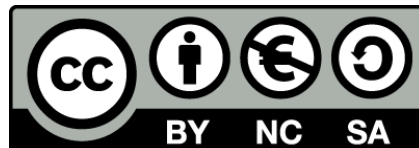




UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## El aforamiento según la criminología: Selectividad en el proceso de criminalización de aforados en Brasil y en España

Marina Quezado Soares



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – Compartir Igual 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – Compartir Igual 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política  
Línea de Investigación: Criminología y Sociología Jurídico-Penal

**EL AFORAMIENTO SEGÚN LA CRIMINOLOGÍA:**  
Selectividad en el proceso de criminalización de aforados  
en Brasil y en España

Director / Tutor: Dr. Iñaki Rivera Beiras

Director: Dr. Bruno Amaral Machado

MARINA QUEZADO SOARES

BARCELONA, 2019



**EL AFORAMIENTO SEGÚN LA CRIMINOLOGÍA:**  
Selectividad en el proceso de criminalización de aforados  
en Brasil y en España

Marina Quezado Soares

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política  
Línea de investigación: Criminología y Sociología Jurídico-Penal

Memoria presentada para optar por el título de Doctora  
por la Universidad de Barcelona bajo la dirección del  
Dr. Iñaki Rivera Beiras y del Dr. Bruno Amaral Machado

Barcelona, marzo 2019



Para Rafael Sánchez Montes



## **AGRADECIMIENTOS**

El presente trabajo fue realizado con el soporte financiero de CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil y el fundamental apoyo del Ministerio Público Federal que me concedió excedencia de mis funciones para la realización del doctorado en España. Dejo registrado mis sinceros agradecimientos a ambas instituciones.

Agradezco a todos los compañeros y miembros de la Fiscalía General de la República, a Laurita Vaz y a Vania Rocha, del Superior Tribunal de Justicia en Brasil, a Francisco Bañeres y a todos los fiscales y funcionarios de la Fiscalía Superior de Catalunya y a René Raupp, estadístico, por el auxilio con los datos para la parte empírica de la presente investigación.

A los profesores Iñaki Rivera Beiras y Bruno Amaral Machado, por la dirección atenta de mi recorrido doctoral.

A todos los amigos que hice en Barcelona y a los viejos amigos de Brasíla, a mi familia brasileña y a mi familia española, muchas gracias por el apoyo siempre presente en esos años de intenso estudio.





## **RESUMEN**

El presente trabajo analiza la práctica de la criminalización de altas autoridades públicas en dos países – España y Brasil – a partir de una regla de alteración de competencia, presente en los dos sistemas procesales, llamada «aforamiento». El aforamiento es aplicado para el enjuiciamiento de determinadas personas que, por la importancia del cargo que ocupan, no son juzgadas criminalmente ante el juez o tribunal que les correspondería por las reglas ordinarias de competencia, sino ante un tribunal distinto, superior. Se indaga, en este trabajo, si este instituto procesal, objeto de críticas y de fuerte debate actual, refuerza la impunidad de los detentores del poder. Para eso análisis, fue desarrollada una investigación empírica en dos órganos judiciales de ambos países – el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, como muestra para España, y el Superior Tribunal de Justicia de Brasil – que examinó los procesos contra aforados allí incoados entre 2008 y 2016. Los datos recogidos fueron observados a partir de los marcos teóricos de la sociología jurídico-penal y de la Criminología Crítica, especialmente los estudios sobre los crímenes de los poderosos, para comprender no sólo el instituto del aforamiento en sí, sino también para verificar si afecta, y en qué medida, la criminalización de los detentores del poder y la selectividad del sistema penal para las altas autoridades públicas. El presente trabajo identifica las similitudes y diferencias de la criminalización de aforados en ambos países y discute si el debate actual para eliminar el aforamiento se justifica en términos de los objetivos que se pretende alcanzar.

**PALABRAS-CLAVE:** Aforamiento – crímenes de los poderosos – criminalidad de cuello blanco – selectividad del sistema penal – procesos de criminalización.

## **RESUM**

Aquest treball analitza la pràctica de la criminalització d'altres autoritats públiques en dos països – Espanya i Brasil – a partir d'una regla d'alteració de competència, present en els dos sistemes processals, anomenada «aforament». El aforament és aplicat en l'enjudiciament de determinades persones que, per la importància del càrrec que ocupen, no són jutjades criminalment davant del jutge o tribunal que li correspondria per les regles

ordinàries de competència, sinó davant d'un tribunal diferent, superior. S'indaga, en aquest treball, si aquest institut processal, objecte de crítiques i de fort debat actual, reforça la impunitat dels detentors de poder. Per aquesta anàlisi, va ser desenvolupada una recerca empírica en dos òrgans judicials d'ambdós països - el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a mostra per a Espanya, i el Superior Tribunal de Justícia de Brasil – que va examinar els processos contra aforats allí incoats entre 2008 i 2016. Les dades recollides van ser observades a partir dels marcs teòrics de la sociologia jurídica-penal i de la Criminologia Crítica, especialment els estudis sobre els crims dels poderosos, per comprendre no sols l' institut de l'aforament en sí, sinó també per verificar si això afecta, i en quina mesura, la criminalització dels detentors del poder i la selectivitat del sistema penal per a les altes autoritats públiques. El present treball identifica les similituds i diferències de la criminalització d'aforats en ambdós països i discuteix si el debat actual per eliminar l'aforament es justifica en termes dels objectius que es pretén aconseguir.

PARAULES-CLAU: Aforament – crims dels poderosos – criminalitat de coll blanc – selectivitat del sistema penal – processos de criminalització.

## **ABSTRACT**

This work analyses the criminalisation of high public officials in the judicial practice of two countries – Spain and Brazil – following a change of legal jurisdiction in the prosecution system of both countries, called “privilege of court”. This rule applies to people who, due to the importance of the public positions they occupy, are not prosecuted according to ordinary criminal procedures, before a judge or court, but before a higher court. In this work, I question whether this rule, object at the moment of a high criticism and strong debate, reinforces, in the criminal justice system, the impunity of those in power. For this study, empirical research was carried out in the judicial courts of each country – the Superior Court of Justice in Catalonia, as an example for Spain, and the Superior Court of Justice in Brazil – into the criminal procedures filed against high-level government officials between 2008 and 2016. The collected data was analysed from the theoretical frameworks of legal-criminal sociology and critical criminology, in particular the studies on the crimes of the powerful, in order not only to understand the origins and

viii

justifications of this law, but also to verify if - and to what degree - it affects the criminalisation of those in power and the selectivity of the criminal system for high public officials. This study identifies similarities and differences in the criminalisation of high-level government officials in both countries and discusses whether the present debate into the elimination of this law can reach its intended aims.

**KEY-WORDS:** Privilege of court – crimes of the powerful – white-collar crimes – selectivity – criminal justice system – criminalisation process.

## **RESUMO**

O presente trabalho analisa a prática da criminalização de altas autoridades públicas em dois países – Espanha e Brasil – a partir de uma regra de alteração de competência, presente nos dois sistemas processuais, denominada «prerrogativa de foro». A prerrogativa de foro é aplicada para o processamento de determinadas pessoas que, pela importância do cargo que ocupam, não são julgadas criminalmente ante o juiz ou tribunal que lhes corresponderia pelas regras ordinárias de competência, mas sim ante um tribunal distinto, superior. Indaga-se, neste trabalho, se este instituto procesal, objeto de críticas e de forte debate atual, reforça a impunidade dos detentores de poder. Para essa análise, foi realizada uma pesquisa empírica em dois órgãos judiciais de ambos países – o Tribunal Superior de Justiça de Catalunha, como amostra espanhola, e o Superior Tribunal de Justiça do Brasil – que observou os processos ali iniciados contra autoridades com prerrogativa de foro entre os anos 2008 e 2016. Os dados colhidos foram examinados a partir dos marcos teóricos da sociologia jurídico-penal e da Criminologia Crítica, especialmente os estudos sobre os crimes dos poderosos, para compreender não só o próprio instituto da prerrogativa de foro, mas também para verificar se ele afeta, e em que medida, a criminalização dos detentores de poder e a seletividade do sistema penal para as altas autoridades públicas. O presente trabalho identifica as semelhanças e diferenças da criminalização de autoridades com prerrogativa de foro em ambos países e discute se o debate atual pela eliminação dessa regra de competência se justifica em termo dos objetivos que pretende alcançar.

PALAVRAS-CHAVE: Prerrogativa de foro – crimes dos poderosos – criminalidade de colarinho branco – seletividade do sistema penal – processos de criminalização.

## SUMARIO

AGRADECIMIENTOS .....	v
RESUMEN .....	vii
RESUM.....	vii
ABSTRACT.....	viii
RESUMO.....	ix
SUMARIO .....	xi
LISTADO DE TABLAS .....	xiv
LISTADO DE ILUSTRACIONES.....	xxii
LISTADO DE ABREVIATURAS Y SÍMBOLOS .....	xxiii
INTRODUCCIÓN .....	25
1. LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....	39
1.1. Investigación empírica en derecho: estado actual en España y en Brasil .....	39
1.2. Metodologías, epistemología y punto de partida teórico .....	44
2. LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS PODEROSOS.....	57
2.1. Los conceptos fundamentales de la Criminología Crítica .....	57
2.2. La reorientación de la criminología hacia los poderosos: los estudios sobre los «crimes of the powerful» .....	63
2.3. La construcción de los discursos punitivos direccionados a los poderosos.....	69
2.3.1. El recrudecimiento de la actuación del sistema penal y la lucha contra la corrupción en Brasil y en España .....	69
2.3.2. Las características de la construcción de los discursos punitivos dirigidos a los poderosos en España.....	79
2.3.3. Las características de la construcción de los discursos punitivos dirigidos a los poderosos en Brasil.....	81
2.3.4. Un aspecto de la criminalización de los poderosos políticos.....	87
2.4. ¿Quiénes son los poderosos?: poder económico, poder político, alto status social - el concepto de delincuencia dorada .....	91
3. EL AFORAMIENTO EN EL CONTEXTO DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS PODEROSOS .....	99

3.1. La historia del aforamiento: privilegio y desigualdad .....	100
3.2. ¿Quiénes son los aforados en Brasil y en España? .....	109
3.2.1. Los aforados en las Constituciones españolas .....	110
3.2.2. Los aforados en las Constituciones brasileñas .....	114
3.3. Las justificaciones para el aforamiento .....	117
3.4. Críticas y debates .....	121
3.4.1. Prerrogativa vs privilegio y la comparación con los sistemas legales de otros países .....	121
3.4.2. El debate sobre la eliminación del aforamiento en España .....	128
3.4.3. El debate sobre la eliminación del aforamiento en Brasil .....	133
3.5. La «sociología de los aforados»: los políticos, los jueces, los «jueces-políticos» y los «políticos-jueces» .....	138
3.5.1. Los políticos .....	140
3.5.2. Los jueces .....	144
3.5.3. Los «jueces políticos» .....	148
3.5.4. Los «políticos-jueces»: el particular problema de los consejeros de las Cortes de Cuentas .....	151
3.6. El procedimiento para la criminalización de aforados en España y en Brasil – diferencias y similitudes .....	152
3.6.1. El procedimiento para la criminalización de aforados en España .....	153
3.6.2. El procedimiento para la criminalización de aforados en Brasil .....	160
3.6.3. Diferencias importantes entre el procedimiento para la criminalización de aforados en ambos países estudiados .....	174
3.6.4. La Fiscalía Superior de Catalunya y la Fiscalía General de la República de Brasil – notas sobre un breve estudio etnográfico .....	180
3.6.4.1. La Fiscalía Superior de Catalunya .....	180
3.6.4.2. La Fiscalía General de la República de Brasil (PGR) .....	189
<b>4. CRIMINALIZACIÓN DE AFORADOS EN BRASIL Y ESPAÑA: RESULTADOS DE UNA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA .....</b>	<b>197</b>
4.1. Criminalización: aspectos generales sobre el proceso de criminalización secundaria .....	197
4.2. La metodología de la investigación cuantitativa .....	200
4.3. La investigación empírica realizada en Catalunya: recolección, organización y sistematización de los datos .....	203
4.4. Las características de la criminalización de aforados en el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya: análisis cuantitativo y cualitativo de los datos .....	212

4.5. La investigación empírica realizada en Brasil: recolecta, organización y sistematización de los datos .....	253
4.6. Las características de la criminalización de aforados en el Tribunal Superior de Justicia de Brasil: análisis cuantitativo y cualitativo de los datos .....	258
4.6.1. La primera etapa: los procedimientos de investigación abiertos en el STJ .....	258
4.6.2. La segunda etapa del proceso de criminalización de aforados en el STJ: la tramitación de «ações penais» .....	290
<b>5. SELECTIVIDAD EN LA CRIMINALIZACIÓN DE AFORADOS Y EL AUTÉNTICO DEBATE SOBRE EL AFORAMIENTO .....</b>	<b>331</b>
5.1. Recopilación de los principales hallazgos de la investigación empírica .....	331
5.2. La criminalización de aforados en España en la práctica y el debate español sobre la eliminación del aforamiento .....	339
5.3. La criminalización de aforados en Brasil en la práctica y el debate brasileño sobre la eliminación del aforamiento .....	349
5.4. El aforamiento: ¿privilegio a ser eliminado? Aportes al debate desde la criminología de los poderosos .....	360
<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>371</b>
<b>NOTAS TÉCNICAS.....</b>	<b>376</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>383</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA DE LA NOTA TÉCNICA .....</b>	<b>410</b>



## LISTADO DE TABLAS

<b>Tabla 1</b> - Número de aforados en las Cortes de España y Brasil.....	48
<b>Tabla 2</b> - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en España .....	124
<b>Tabla 3</b> - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en Brasil .....	124
<b>Tabla 4</b> - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en Portugal .....	125
<b>Tabla 5</b> - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en Italia .....	126
<b>Tabla 6</b> - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en Francia .....	126
<b>Tabla 7</b> - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en Alemania.....	127
<b>Tabla 8</b> - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en Estados Unidos.....	127
<b>Tabla 9</b> - Diligencias de investigación.....	204
<b>Tabla 10</b> - Diligencias Preprocesales, Informativas y de Investigación.....	205
<b>Tabla 11</b> - Fase de investigación no judicializada .....	207
<b>Tabla 12</b> - Procedimientos Judiciales (Totalidad) .....	207
<b>Tabla 13</b> - Procedimientos Judiciales (muestra).....	208
<b>Tabla 14</b> - Casos para análisis – sólo aforados .....	208
<b>Tabla 15</b> - Casos para análisis Catalunya – procedimientos unificados.....	209
<b>Tabla 16</b> - Categorías de crímenes - España.....	210
<b>Tabla 17</b> - Número de investigaciones por tipo de expediente.....	213
<b>Tabla 18</b> - Número de investigaciones por tipo de iniciativa .....	213
<b>Tabla 19</b> - Número de investigaciones por tipo de cargo del investigado.....	215
<b>Tabla 20</b> - Número de investigaciones por categorías de aforados .....	216
<b>Tabla 21</b> - Número de investigaciones por número de investigados .....	216

<b>Tabla 22</b> - Número de investigaciones por cargo y número de aforados.....	217
<b>Tabla 23</b> - Número de investigaciones por sexo del aforado.....	217
<b>Tabla 24</b> - Número de investigaciones por sexo del aforado – sólo los informados ...	217
<b>Tabla 25</b> - Número de investigaciones por cargo y sexo del aforado .....	218
<b>Tabla 26</b> - Número de investigaciones por cargo y sexo del aforado .....	218
<b>Tabla 27</b> - Número de investigaciones por tipo de crimen .....	219
<b>Tabla 28</b> - Número de investigaciones por tipo de crimen y tipo de aforado .....	220
<b>Tabla 29</b> - Número de investigaciones de crímenes contra la administración pública por cargo del aforado .....	221
<b>Tabla 30</b> - Número de investigaciones de crímenes contra la administración de la justicia por cargo del aforado.....	221
<b>Tabla 31</b> - Número de investigaciones de crímenes contra la libertad por cargo del aforado .....	221
<b>Tabla 32</b> - Número de investigaciones de crímenes contra el orden público por cargo del aforado .....	221
<b>Tabla 33</b> - Número de procedimientos por tiempo de duración de la investigación ...	222
<b>Tabla 34</b> - Tiempo de duración de la investigación.....	223
<b>Tabla 35</b> - Número de investigaciones por fase actual .....	223
<b>Tabla 36</b> - Número de investigaciones por fundamento del archivo .....	224
<b>Tabla 37</b> - Número de procesos en el TSJC por la iniciativa de acusación .....	225
<b>Tabla 38</b> - Número de procedimientos por tipo de cargo .....	227
<b>Tabla 39</b> - Número de procedimientos por tipo de cargo .....	227
<b>Tabla 40</b> - Número de investigaciones en la Fiscalía y de procedimientos judiciales por tipo de cargo.....	228
<b>Tabla 41</b> - Procedimientos penales de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.....	228
<b>Tabla 42</b> - Número de procedimientos por modo de iniciarse el proceso penal.....	230
<b>Tabla 43</b> - Número de procedimientos por cargo y modo de iniciarse el proceso penal .....	231

<b>Tabla 44</b> - Número de procedimientos por cargo y modo de iniciarse el proceso penal .....	231
<b>Tabla 45</b> - Número de procedimientos por sexo del aforado.....	232
<b>Tabla 46</b> - Número de procedimientos por sexo del aforado – sólo los informados ...	233
<b>Tabla 47</b> - Número de procedimientos por cargo y sexo del aforado.....	233
<b>Tabla 48</b> - Número de procedimientos por cargo y sexo del aforado.....	234
<b>Tabla 49</b> - Número de procedimientos por cantidad de aforados.....	235
<b>Tabla 50</b> - Número de procedimientos por tipo de crimen.....	236
<b>Tabla 51</b> - Número de procedimientos por tipo de crimen y categoría de aforados....	237
<b>Tabla 52</b> - Número de procedimientos sobre crímenes contra la administración pública por cargo .....	239
<b>Tabla 53</b> - Número de procedimientos sobre crímenes contra la administración de la justicia por cargo .....	239
<b>Tabla 54</b> - Número de procedimientos sobre crímenes de falsedad por cargo.....	240
<b>Tabla 55</b> - Número de procedimientos sobre crímenes contra la libertad por cargo ...	240
<b>Tabla 56</b> - Número de procedimientos sobre crímenes contra el orden público por cargo .....	240
<b>Tabla 57</b> - Número de procedimientos por cantidad de tipos de crimen en concurso	241
<b>Tabla 58</b> - Número de procedimientos por cantidad de tipos de crimen con concurso - solo los informados.....	241
<b>Tabla 59</b> - Tipos de crimen sin y con concurso de otros tipos de crimen .....	242
<b>Tabla 60</b> - Número de procedimientos por tiempo entre inicio en el TSJC y decisión final.....	243
<b>Tabla 61</b> - Tiempo entre inicio en el TSJC y decisión final .....	243
<b>Tabla 62</b> - Número de procedimientos por fase actual .....	244
<b>Tabla 63</b> - Número de procedimientos por resultado .....	244
<b>Tabla 64</b> - Número de procedimientos por resultado - inadmitida.....	245
<b>Tabla 65</b> - Número de denuncias por tipo de instancia de presentación de la denuncia .....	245

<b>Tabla 66</b> - Procedimientos Judiciales Brasil (Totalidad).....	254
<b>Tabla 67</b> - Distribución de los procedimientos contra aforados en el STJ .....	255
<b>Tabla 68</b> - Distribución de los procedimientos contra aforados en el STJ (unificados) .....	255
<b>Tabla 69</b> - Análisis del proceso de criminalización de aforados en el STJ (2008-2016) .....	256
<b>Tabla 70</b> - Categorías de crímenes - Brasil.....	257
<b>Tabla 71</b> - Procedimientos contra aforados en el STJ (sin unificación de los casos) ..	258
<b>Tabla 72</b> - Número de APNs que antes se tramitaron como procedimiento de investigación .....	259
<b>Tabla 73</b> - Número de investigaciones por cargo del denunciado .....	260
<b>Tabla 74</b> - Número de investigaciones por categorías de aforados .....	260
<b>Tabla 75</b> - Número de investigaciones por unidad de la federación (UF) de origen del cargo del aforado (por orden alfabético).....	261
<b>Tabla 76</b> - Número de investigaciones por UF en orden decreciente de cantidad de casos.....	262
<b>Tabla 77</b> - Número de procedimientos de investigación por región geográfica y UF del cargo.....	263
<b>Tabla 78</b> - Número de procedimientos de investigación por cargo y región geográfica de origen .....	265
<b>Tabla 79</b> - Número de procedimientos de investigación por categorías de aforados y región geográfica de origen .....	265
<b>Tabla 80</b> - Número de procedimientos de investigación de aforados jueces por región geográfica.....	266
<b>Tabla 81</b> - Número de procedimientos de investigación de aforados políticos por región geográfica.....	266
<b>Tabla 82</b> - Número de procedimientos de investigación de aforados políticos-jueces por región geográfica .....	266
<b>Tabla 83</b> - Número de investigaciones por cantidad de aforados .....	267
<b>Tabla 84</b> - Número de investigaciones con presencia de aforado de sexo femenino ..	267
<b>Tabla 85</b> - Número de investigaciones con presencia de aforado de sexo femenino – sólo los informados.....	268

<b>Tabla 86</b> - Número de investigaciones por tipo de crimen .....	268
<b>Tabla 87</b> - Número de investigaciones por tipo de crimen y tipo de aforado.....	269
<b>Tabla 88</b> - Número de investigaciones contra aforados jueces por tipo de crimen .....	270
<b>Tabla 89</b> - Número de investigaciones contra aforados políticos por tipo de crimen .	271
<b>Tabla 90</b> - Número de investigaciones contra aforados políticos-jueces por tipo de crimen .....	271
<b>Tabla 91</b> - Número de investigaciones de crímenes contra la administración pública por categorías de aforados .....	274
<b>Tabla 92</b> - Número de investigaciones de crímenes practicados por funcionarios públicos y abuso de autoridad por categorías de aforados .....	274
<b>Tabla 93</b> - Número de investigaciones de crímenes practicados por particular contra la administración, por categorías de aforados .....	274
<b>Tabla 94</b> - Número de investigaciones de crímenes contra la administración de la justicia por categorías de aforados.....	275
<b>Tabla 95</b> - Número de investigaciones de crímenes de la ley de licitaciones por categorías de aforados .....	275
<b>Tabla 96</b> - Número de investigaciones de crímenes electorales por categorías de aforados .....	275
<b>Tabla 97</b> - Número de investigaciones de crímenes contra la fe pública por categorías de aforados.....	275
<b>Tabla 98</b> - Número de investigaciones de crímenes fiscales por categorías de aforados .....	276
<b>Tabla 99</b> - Número de investigaciones por fase actual del procedimiento .....	276
<b>Tabla 100</b> - Número de casos reclasificados por resultado .....	277
<b>Tabla 101</b> - Número de procedimientos de investigación inhibidos por motivo de la pérdida de la condición de aforado .....	278
<b>Tabla 102</b> - Número de casos por instancia para la cual fue inhibido.....	279
<b>Tabla 103</b> - Número de procedimientos de investigación archivados por motivo del archivo .....	279
<b>Tabla 104</b> - Tiempo de duración de la investigación por motivo del archivo .....	282
<b>Tabla 105</b> - Número de procedimientos de investigación por cargo del aforado y fase actual (31/03/2018).....	284

<b>Tabla 106</b> - Número de procedimientos de investigación contra aforados jueces inhibidos por motivo de la pérdida del aforamiento .....	285
<b>Tabla 107</b> - Número de procedimientos de investigación archivados contra aforados jueces por motivo del archivo .....	285
<b>Tabla 108</b> - Número de procedimientos de investigación archivados contra aforados políticos por motivo del archivo .....	286
<b>Tabla 109</b> - Número de procedimientos de investigación archivados contra aforados políticos-jueces por motivo del archivo.....	286
<b>Tabla 110</b> - Número de investigaciones concluidas por tiempo de duración de la investigación .....	287
<b>Tabla 111</b> - Tiempo de duración de la investigación.....	288
<b>Tabla 112</b> - Número de procedimientos en tramitación por tiempo de duración de la investigación .....	289
<b>Tabla 113</b> - Tiempo de duración de los procedimientos todavía en tramitación .....	290
<b>Tabla 114</b> - Número de APNs por tipo de cargo del aforado .....	290
<b>Tabla 115</b> - Número de APNs por categorías de aforados.....	291
<b>Tabla 116</b> - Número de APNs por tipo de iniciativa de la acusación .....	292
<b>Tabla 117</b> - Número de APNs por cargo del aforado por iniciativa de la acusación...	293
<b>Tabla 118</b> - Número de APNs privadas por cargo del aforado.....	293
<b>Tabla 119</b> - Número de APNs públicas por cargo del aforado .....	294
<b>Tabla 120</b> - Número de APNs por Unidad Federativa de origen del cargo del aforado (por orden decreciente de cantidad de aforados) .....	294
<b>Tabla 121</b> - Número de APNs por región geográfica y UF del cargo del aforado .....	295
<b>Tabla 122</b> - Número de APNs por cargo y región geográfica de origen .....	297
<b>Tabla 123</b> - Número de APNs categorías de aforados y región geográfica de origen del cargo.....	297
<b>Tabla 124</b> - Número de APNs de aforados jueces por región geográfica.....	298
<b>Tabla 125</b> - Número de APNs de aforados políticos por región geográfica.....	298
<b>Tabla 126</b> - Número de APNs de aforados políticos-jueces por región geográfica.....	298
<b>Tabla 127</b> - Número de APNs con presencia de autoridad de sexo femenino.....	299

<b>Tabla 128</b> - Número de APNs por categoría de aforados y presencia de autoridad de sexo femenino.....	299
<b>Tabla 129</b> - Número de APNs por número de aforados procesados .....	300
<b>Tabla 130</b> - Número de APNs por tipo de crimen .....	300
<b>Tabla 131</b> - Número de APNs por tipo de crimen y categorías de aforados .....	301
<b>Tabla 132</b> - Número de APNs contra aforados jueces por tipo de crimen .....	302
<b>Tabla 133</b> - Número de APNs contra aforados políticos por tipo de crimen .....	302
<b>Tabla 134</b> - Número de APNs contra aforados políticos-jueces por tipo de crimen ...	303
<b>Tabla 135</b> - Número de APNs por cargo – Crímenes contra el honor.....	305
<b>Tabla 136</b> - Número de APNs por cargo – Crímenes contra la administración pública .....	305
<b>Tabla 137</b> - Número de APNs por cargo – Crímenes practicados por funcionarios públicos contra la administración y abuso de autoridad.....	305
<b>Tabla 138</b> - Número de APNs por cargo – Crímenes contra la administración de justicia .....	306
<b>Tabla 139</b> - Número de APNs por cargo – Crímenes contra la paz pública.....	306
<b>Tabla 140</b> - Número de procesos por relacionamiento del crimen con la función pública .....	310
<b>Tabla 141</b> - Número de investigaciones por relación del crimen investigado con la función pública .....	310
<b>Tabla 142</b> - Número de APNs por relación del crimen con la función pública .....	311
<b>Tabla 143</b> - Número de APNs por fase actual (31/03/2018) .....	311
<b>Tabla 144</b> - Número de APNs por fase actual (31/03/2018) e iniciativa de la acusación .....	312
<b>Tabla 145</b> - Número de APNs en tramitación por fase procesal (31/03/2018) .....	313
<b>Tabla 146</b> - Número de APNs inhibidas por motivo de la pérdida de la condición de aforado .....	314
<b>Tabla 147</b> - Número de APNs por instancia para la cual fue inhibida .....	314
<b>Tabla 148</b> - Número de APNs finalizadas por resultado .....	315

<b>Tabla 149</b> - Número de APNs por cargo del aforado y fase actual (31/03/2018) .....	317
<b>Tabla 150</b> - Número de APNs inhibidas contra aforados jueces por motivo de la pérdida de la condición de aforado .....	317
<b>Tabla 151</b> - Número de APNs contra aforados jueces, finalizadas sin criminalización, por resultado .....	318
<b>Tabla 152</b> - Número de APNs contra aforados políticos por fase actual (31/03/2018)	319
<b>Tabla 153</b> - Número de APNs inhibidas contra aforado político por motivo de la pérdida de la condición de aforado .....	319
<b>Tabla 154</b> - Número de APNs contra aforados políticos, finalizadas sin criminalización, por resultado .....	320
<b>Tabla 155</b> - Número de APNs de aforados políticos en que hubo pedido de autorización a la Casa Legislativa correspondiente .....	320
<b>Tabla 156</b> - Número de APNs de aforados políticos en que hubo respuesta de la Casa Legislativa a la solicitud de autorización para enjuiciamiento .....	320
<b>Tabla 157</b> - Número de APNs contra aforados políticos-jueces por fase actual (31/03/2018).....	321
<b>Tabla 158</b> - Número de APNs contra aforados políticos-jueces, finalizadas sin criminalización, por resultado.....	321
<b>Tabla 159</b> - Número de APNs por tiempo de duración de su tramitación.....	323
<b>Tabla 160</b> - Tiempo de duración del proceso penal.....	324
<b>Tabla 161</b> - Tiempo de duración del proceso por categorías de aforados .....	324
<b>Tabla 162</b> - Tiempo de duración del proceso por iniciativa de la acusación.....	326
<b>Tabla 163</b> - Tempo de duración del proceso por resultado.....	327
<b>Tabla 164</b> - Tiempo de duración de los procesos finalizados por tipo de resultado ....	329
<b>Tabla 165</b> - Seguridad ciudadana. Infracciones penales .....	340
<b>Tabla 166</b> - Total de condenas por año .....	341



## LISTADO DE ILUSTRACIONES

<b>Ilustración 1</b> - Procesos contra jueces y fiscales TSJ 1995-2017 .....	49
<b>Ilustración 2</b> - Procesos contra aforados Estatuto Autonomia TSJ 1995-2017 .....	49
<b>Ilustración 3</b> - Barómetro: La corrupción y el fraude entre los problemas principales que existen actualmente en España .....	76
<b>Ilustración 4</b> - Latinobarómetro 2004-2017 – principales problemas.....	78
<b>Ilustración 5</b> - Número de Fiscales Generales Adjuntos trabajando en cada materia de competencia del STJ.....	191
<b>Ilustración 6</b> - Fiscales con actuación en los casos de aforados en el STJ – parte 1...	192
<b>Ilustración 7</b> - Fiscales con actuación en los casos de aforados en el STJ – parte 2...	192
<b>Ilustración 8</b> - Fiscales con actuación en los casos de aforados en el STJ – parte 3...	193
<b>Ilustración 9</b> - Tiempo de duración de la investigación por motivo del archivo .....	283
<b>Ilustración 10</b> - Tiempo de duración del proceso por categorías de aforados.....	325
<b>Ilustración 11</b> - Tiempo de duración del proceso por iniciativa de la acusación .....	327
<b>Ilustración 12</b> - Tiempo de duración del proceso por resultado.....	328
<b>Ilustración 13</b> - Tiempo de duración del proceso finalizado por tipo de resultado.....	330

## LISTADO DE ABREVIATURAS Y SÍMBOLOS

ADI	Acción Directa de Inconstitucionalidad
AMB	Asociación de los Magistrados Brasileños
APN	Ação Penal
CC	Conflicto de Competencia
CE78	Constitución Española de 1978
CF88	Constitución Federativa de Brasil de 1988
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIS	Centro de Investigaciones Sociales
CPB	Código Penal Brasileño
CPE	Código Penal Español
CPP	Código de Proceso Penal Brasileño
CRIP	Centro de Registro e Informaciones Procesales de la Fiscalía General de la República de Brasil
DJ	Diario de Justicia (Boletín Oficial del Poder Judicial)
Dje	Diario de Justicia (Boletín Oficial del Poder Judicial) - versión electrónica
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FERDERC	Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción
HC	Habeas Corpus
IBOPE	Instituto Brasileño de Opinión y Estadística
INQ	Inquérito
LC	Ley Complementar
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOMAN	Ley Orgánica de la Magistratura Brasileña
LOMPU	Ley Orgánica del Ministerio Público de la Unión (Brasil)
LONMP	Ley Orgánica Nacional del Ministerio Público Brasileño
MC	Medida Cautelar
MF	Ministerio Fiscal
Min.	Ministro
MP	Ministerio Público
NC	Noticia-crime
PEC	Propuesta de Enmienda Constitucional
PET	Petición

PGR	Fiscalía General de la República de Brasil
PJDF	Procurador de Justicia del Distrito Federal
PP	Partido Popular
PRR	Fiscal Regional de la República
PRT	Fiscal Regional del Ministerio Público del Trabajo
PT	Partido de los Trabajadores
PUC-RS	Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul
REED	Red de Estudios Empíricos en Derecho (Brasil)
RP	Representação
SD	Sindicância
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Tribunal Superior de Justicia de Brasil
SubPGR	Fiscal General Adjunto de la Fiscalía General de la República de Brasil
TC	Tribunal Constitucional Español
TCE	Tribunal de Cuentas de los Estados
TCM	Tribunal de Cuentas de los Municipios
TJ	Tribunal de Justicia
TRE	Tribunal Regional Electoral
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional del Trabajo
TS	Tribunal Supremo Español
TSJA	Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Catalunya
UB	Universidad de Barcelona
UFSC	Universidad Federal de Santa Catarina
UNB	Universidad de Brasilia

## INTRODUCCIÓN

«Los ministros podrán ser denunciados muchas veces, acusados algunas, pocas condenados, y castigados casi nunca.» (Constant, [1818], 1820, p. 112-113)

Las reflexiones que originaron la presente investigación se iniciaron hace algunos años, cuando empecé a estudiar Criminología y especialmente su faceta Crítica: destacada la actuación del propio sistema penal en la construcción de la criminalidad, se constata que hay un verdadero desequilibrio en la distribución de la «etiqueta» de criminal, con reproducción de las desigualdades capitalistas, raciales y de género, presentes en la sociedad.

Que el sistema penal es desigual y construido para perseguir prioritariamente a los más débiles, a los pobres, negros, extranjeros, es premisa ya reconocida no solo por los estudiosos del sistema de justicia criminal sino también encuentra eco dentro del sentido común: la distribución desigual del status de criminal rompe con el mito de que la ley penal es igual para todos.

Durante los más de quince años que han pasado desde que descubrí la Criminología, he percibido, por mi trabajo en la Fiscalía General de la República en Brasil, que hay un interés general de los operadores del sistema de justicia en el equilibrio de esa balanza desigual, no necesariamente en dirección a la minimización del control penal, sino a través de la maximización del poder punitivo, para que no sólo se puna, y bien, a la clientela habitual, sino que se pueda alcanzar también la parcela de la población inmune – e impune – por la acción de los operadores: o sea, una mayor eficiencia en la punición de los «ricos».

Las medidas tomadas para tornar el sistema igualitario pasan por la persecución de los «poderosos» y de la criminalidad de «cuello blanco» y, por esa razón, privilegios ofrecidos por el sistema de justicia, como el aforamiento, han quedado en gran evidencia, tanto en Brasil como en España. El aforamiento es una alteración de las reglas de competencia para el enjuiciamiento de determinadas personas que, por la «dignidad del cargo que ocupan», no son juzgadas criminalmente ante el juez o tribunal que les correspondería por las reglas ordinarias de competencia, sino ante un tribunal distinto,

superior. Como no les corresponde el fuero competencial normal, sino uno especial, se les denomina «aforados», término que se utilizará constantemente a lo largo de este trabajo.

Es importante resaltar que el tema del aforamiento viene acompañado de otros conceptos relacionados con la responsabilización de altas autoridades públicas que no serán objeto específico de estudio en el presente trabajo. La irresponsabilidad, la inviolabilidad y la inmunidad no serán objeto de estudio específico en su contexto de derecho constitucional, penal y procesal, sin embargo, pueden ser referidas dentro del contexto criminológico y en el análisis de los datos de la investigación empírica aquí realizada.

En los años de desarrollo de la presente investigación, Brasil y España vivieron y viven momentos similares en este tema.

En Brasil, el interés mayor por el tema del aforamiento y los debates que se siguieron en dirección a su eliminación empezaron con el enjuiciamiento, por el Supremo Tribunal Federal (STF), de la «Ação Penal 470», que condenó a reos integrantes del llamado «mensalão»<sup>1</sup>. A la condenación de innumerables personajes del medio político brasileño se siguió la que hoy es considerada la mayor investigación de corrupción y blanqueo de capitales de la historia de Brasil: la operación «Lava-Jato».<sup>2</sup> Esta operación, empezada el año 2014 para investigar el movimiento de recursos ilícitos por «doleiros»<sup>3</sup> con la utilización de gasolineras y de empresas de lavado de coches, acabó descubriendo el desvío de miles de millones de reales de recursos de la petrolífera Petrobras, la sociedad estatal más grande del país, por medio del pago de sobornos a altos ejecutivos de la empresa y a otros agentes públicos a cambio de contratos sobrefacturados con constructoras que, además, pactaban bajo mano y concurrían fraudulentamente a las

---

<sup>1</sup>«Mensalão» o el «escándalo de las mensualidades» se refiere a un esquema de corrupción política detectado en la Cámara de los Diputados de Brasil el año 2005 en que el Partido de los Trabajadores del Presidente Lula da Silva pagaba mensualidades a los Diputados a cambio de apoyo político. Informaciones sobre el caso, en portugués, disponibles en <<https://www1.folha.uol.com.br/especial/2012/ojulgamentodomensalao/ojulgamento/>> y en castellano en <[https://elpais.com/tag/caso\\_mensalao/a](https://elpais.com/tag/caso_mensalao/a)>.

<sup>2</sup>Disponible en: <[lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso](http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso)>. [Consulta: 15 septiembre 2016].

<sup>3</sup>«Doleiro» es el nombre dado a la persona que negocia monedas extranjeras – normalmente el dólar – en un mercado alternativo o paralelo, al margen de la ley.

licitaciones. Las investigaciones se desarrollaban solamente en primera instancia cuando, en marzo de 2015, el fiscal general de la República en Brasil empezó la actuación contra 55 personas, 49 de ellas aforadas.

Los números de 2016 de la operación contaban 81 investigaciones incoadas en el Supremo Tribunal Federal de Brasil, con 364 personas investigadas, físicas y jurídicas, 14 denuncias y 3 acciones penales en tramitación.<sup>4</sup>

En marzo de 2016, un episodio en particular trajo el tema del aforamiento otra vez a los debates jurídicos y de la prensa. Investigado por blanqueo de supuestos recursos desviados de Petrobras por medio de la adquisición de un piso triple en Sao Paulo, Luiz Inacio Lula da Silva, ex presidente de la República de Brasil, vio como la Fiscalía de Sao Paulo solicitaba su prisión preventiva en primera instancia. En la justicia del Estado brasileño de Paraná, fue determinada su conducción coercitiva para ser oído.

Su condición de ex presidente no le concedía fuero especial. Así que, algunos días después de decretada su prisión, la entonces presidenta de la República Dilma Youssef decidió nombrarlo jefe de la casa civil, cargo con el cual sería aforado en el Supremo Tribunal Federal. La presidenta de la República tuvo un diálogo con Lula interceptado por la Policía Federal que investigaba este último y, por la interpretación de dicha conversación, se entendió el nombramiento como una tentativa de alterar la competencia para la investigación en contra del ex presidente. El nombramiento fue cuestionado en el propio Supremo Tribunal Federal que lo reconoció como un desvío de finalidad. El propósito sería de, en realidad, conferir al investigado aforamiento en la Corte Suprema brasileña.<sup>5</sup>

La postulación de Lula para el cargo fue impedida y, de manera sorprendente, porque ya me encontraba cursando el doctorado en España, vi como el tema de mi tesis ganaba fuerte presencia en los movimientos sociales, en los medios de

---

<sup>4</sup>Disponible en: <[lavajato.mpf.mp.br/atuação-no-stj-e-no-stf/resultados-stf](http://lavajato.mpf.mp.br/atuação-no-stj-e-no-stf/resultados-stf)>. [Consulta: 15 septiembre 2016].

<sup>5</sup>Disponible en: <[www.conjur.com.br/2016-mar-18/gilmar-mendes-suspende-nomeacao-lula-casa-civil](http://www.conjur.com.br/2016-mar-18/gilmar-mendes-suspende-nomeacao-lula-casa-civil)>. [Consulta: 15 septiembre 2016].

comunicación, en el medio político y en el de los juristas, imponiéndose en el debate las ideas tendentes a la supresión del aforamiento.

El 31 de mayo de 2017, dos eventos fueron representativos del comienzo de esta iniciativa: el Senado Federal, en Brasil, aprobó una enmienda constitucional para alterar los casos de aforamiento, manteniendo el derecho sólo para el presidente de la República, su vicepresidente y los presidentes de la Cámara de los Diputados, Senado y Supremo Tribunal Federal (la propuesta está a la espera de aprobación en la Cámara de los Diputados). En este mismo día, el Supremo Tribunal Federal se reunía para el enjuiciamiento de cuestión de orden en la «Ação Penal n. 937», en la cual el magistrado ponente defendía restricciones a las hipótesis de aforamiento.

Mientras acompañaba el debate creciente sobre el aforamiento con el desarrollo de la operación Lava Jato en Brasil, veía que la situación en España no era diferente. Pasadas dos elecciones generales sin acuerdo de los partidos para la investidura, en agosto de 2016 el tema del aforamiento se puso sobre la mesa como condición para un acuerdo entre los partidos políticos PP (Partido Popular) y Ciudadanos para la investidura de Mariano Rajoy. Entre las seis medidas presentadas por Albert Rivera, presidente de Ciudadanos, y que deberían ser aceptadas por el PP, dos se referían a la materia del presente trabajo: eliminación de los aforamientos y expulsión a todo cargo público imputado por corrupción.<sup>6</sup>

En febrero de 2017, asistimos a otro momento importante del tema: el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, por primera vez, juzgaba criminalmente a un presidente de la Generalitat. En 06/02/2017, se iniciaba el juicio del expresidente de la Generalitat, Artur Mas, de la ex vicepresidenta Joana Ortega y de la exconsejera de Enseñanza Irene Rigau, por los hechos de la consulta ocurrida en Catalunya, el 9 de noviembre de 2014, sobre su independencia. La consulta había sido prohibida por el Tribunal Constitucional español y, por eso, fueron ellos acusados por los delitos de

---

<sup>6</sup>Disponible en: <[www.elconfidencial.com/elecciones-generales/2016-08-09/condiciones-negociacion-albert-rivera-mariano-rajoy-investidura-gobierno\\_1244953/](http://www.elconfidencial.com/elecciones-generales/2016-08-09/condiciones-negociacion-albert-rivera-mariano-rajoy-investidura-gobierno_1244953/)>. [Consulta: 15 septiembre 2016].

desobediencia, prevaricación, malversación de recursos públicos y usurpación de funciones.<sup>7</sup>

Un aspecto importante de este caso, que importa a la presente investigación, fue la actuación de la Fiscalía. La acusación fue presentada por orden de la Fiscalía General del Estado porque la Fiscalía Superior de Catalunya había decidido, en asamblea de fiscales, que no había que denunciarlos porque no había crimen. El orden superior determinando que fuesen denunciados y la necesidad de acatarla marcan la particularidad de la actuación del órgano fiscal en el país.

El aforamiento en Catalunya, además, tiene la marca de la batalla judicial contra el independentismo. Durante mi instancia en la Fiscalía Superior de Catalunya, pude ver que muchos de los casos contra aforados se relacionaban primero con la consulta llamada 9-N y luego con el referéndum del 1-O. La fase final de esta investigación coincidió con este referéndum por la independencia de Catalunya, ocurrido el 1 de octubre de 2017. En la semana que antecedió a la celebración del referéndum, la justicia determinó la prisión de personal del gobierno (21 y 22/09/2017), pero no ha ido por los aforados que tomaban parte del movimiento. Era clara la involucración de políticos y de miembros de la Generalitat en el intento de proclamar la independencia de Catalunya, pero la acción de la justicia, en un primero momento, siguió direccionada a no aforados. El 16/10/2017, se detuvieron a dos líderes de organizaciones independentistas de la sociedad civil. Pasado el referéndum y con la declaración de independencia de Catalunya, a finales de octubre, el presidente, vicepresidente y consejeros de la Generalitat de Catalunya tuvieron orden de prisión decretada por sedición y un debate importante empezó sobre si su condición de preso tenía o no razón política.

El aforamiento también tuvo su influencia en este tema. Fueron propuestas dos querellas distintas, una ante la Audiencia Nacional, contra el ex Gobierno catalán, que había perdido su condición de aforado en virtud del cese ordenado por la aplicación del art. 155 de la Constitución Española y otra ante el Tribunal Supremo, contra la presidenta y los miembros de la Mesa del Parlamento de Catalunya que, aun

---

<sup>7</sup>Disponible en: <[https://politica.elpais.com/politica/2014/11/21/actualidad/1416568294\\_207719.html](https://politica.elpais.com/politica/2014/11/21/actualidad/1416568294_207719.html)>. [Consulta: 5 mayo 2018].



siendo aforados, al haberse cometido algunos de los delitos fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, deberían ser responsabilizados ante el TS.

El día 17 de septiembre de 2018, cuando la presente investigación ya se encontraba en fase de finalización, Pedro Sánchez, celebrando sus primeros cien días como el nuevo presidente de Gobierno de España, anunció que promovería una reforma «exprés» de la Constitución, en dos meses, para eliminar el aforamiento para los políticos, empezando por restringir las referidas reglas para los delitos cometidos en el ejercicio del cargo.<sup>8</sup> En 30 de noviembre de 2018, el plan de reforma fue aprobado por el Consejo de Ministros para ser presentado al Congreso y con un plazo de un año para ser implementado.<sup>9</sup>

Así que el estudio sobre cómo ocurre la investigación y el procesamiento de los delitos practicados por autoridades aforadas es de gran interés criminológico. No sólo permite confirmar la inmunidad ante el sistema de justicia criminal de las personas con prestigio y poder, sino que posibilita ver, en el ejercicio de esas reglas de competencia, como se manifiesta su selectividad. Esta es la contribución que los criminólogos críticos que estudian la criminalidad de los poderosos aportan a la Criminología: revelar la actuación selectiva del sistema penal, que se inclina a perseguir, en realidad, a la parte más pobre y/o vulnerable de la población, dejando inmune a toda una elite poderosa de la responsabilidad criminal.

Por otro lado, el presente estudio pretende promover los estudios criminológicos sobre la criminalidad de los poderosos y los crímenes de cuello blanco, tal como desarrollados, más recientemente, en el marco de una nueva epistemología de la Criminología Crítica, por criminólogos latino-americanos que, desde la Universidad de Barcelona, vienen incorporando nuevas orientaciones criminológicas relacionadas con los estudios de los crímenes de Estado, el genocidio y los daños sociales y de larga escala, rumbo a la Criminología Crítica Global (RIVERA BEIRAS, 2016; BERNAL SARMIENTO et al., 2014; QUEZADO SOARES, 2017).

---

<sup>8</sup>Disponible en: <[https://elpais.com/politica/2018/09/17/actualidad/1537171600\\_616926.html](https://elpais.com/politica/2018/09/17/actualidad/1537171600_616926.html)>. [Consulta: 3 diciembre 2018].

<sup>9</sup>Disponible en: <[https://elpais.com/politica/2018/11/30/actualidad/1543575543\\_072898.html](https://elpais.com/politica/2018/11/30/actualidad/1543575543_072898.html)>. [Consulta: 3 diciembre 2018].

Dentro de ese marco, se abordará en el presente trabajo el tema de la criminalidad de poder desde una perspectiva aún poco trabajada: los estudios sobre la criminalidad de poder venían siendo dirigidos exclusivamente a la criminalidad económica, de las grandes corporaciones privadas; esta investigación pretende trabajar con categoría distinta, no tanto de la del poder económico sino más centrada en la del poder político. Pretende observar qué papel ocupan en la sociedad las personas con cargos clave del poder público, cómo ascienden a una clase social superior por el cargo que ocupan, cómo mezclan el poder político con el poder económico y cómo actúan para inmunizarse contra la actuación del sistema de justicia criminal.

Con estos análisis, el presente trabajo pretende responder a la siguiente pregunta: el aforamiento, como prerrogativa de determinados detentores de cargos públicos de ser juzgados en tribunales superiores y no por un juez de primera instancia, presente en Brasil y España y objeto de críticas y de fuerte debate actual, ¿puede, en verdad, reforzar, en el sistema de justicia criminal, la impunidad de los detentores del poder?

Como objetivo general, la presente investigación presenta un estudio teórico y empírico sobre el aforamiento, tomando la experiencia de Brasil y de España, de manera comparada, para que se haga un debate criminológico crítico al respecto de ese instrumento procesal. Para ello, fueron desarrolladas algunas tareas u objetivos específicos:

a) la inserción del tema dentro de los estudios criminológicos desarrollados a partir de la Criminología Crítica sobre la «Criminalidad de los Poderosos», recuperando la lectura de los autores que se dedicaron a promover el interés de la criminología a la criminalidad de los detentores del poder;

b) la busca del origen histórico y las justificaciones dogmáticas para la adopción de las reglas de aforamiento, tanto en Brasil como en España, en un contexto de inmunización de las autoridades dentro de la respuesta penal;

c) la realización de una investigación empírica con recolecta de datos de los procesos contra aforados en Brasil y en España por medio de la cual serían: c.1) comparados los ritos procesales adoptados en esos dos países; c.2) demostradas las

particularidades de cada rito y las dificultades de orden procedimental que pueden ser utilizadas como instrumentos para la impunidad; y c.3) identificadas las características de la selectividad en el proceso de criminalización secundaria<sup>10</sup>, o sea, en la actuación de los operadores del sistema de justicia criminal en los casos contra aforados en el Tribunal Superior de Justicia de Brasil (STJ) y en el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (TSJC).

El estudio quiere mostrar que el sentimiento de igualdad en la balanza punitiva, que se buscaba con el intento de castigo de los poderosos, se debilita ante la gran impunidad de los aforados y que, además, el sistema de justicia criminal se comporta de manera selectiva también para ellos. Por tanto, la tesis se desarrolla en tres frentes, correspondientes a las tres tareas descritas anteriormente, fundamentalmente presentadas en los capítulos 2, 3 y 4.

Como se explicará a lo largo de este trabajo y específicamente en sus conclusiones, la hipótesis inicialmente formulada, que atribuía la responsabilidad para tal impunidad al aforamiento, no se confirmó por los resultados de la investigación empírica. Se verificó que, en realidad, la selectividad inherente a todo el sistema de justicia criminal se reproduce, también, en el microcosmos de la criminalización de aforados. Así, el aforamiento sería apenas una característica del proceso de criminalización, con fuerte actuación en la impunidad, es cierto, pero sin permitir que se defienda la eliminación de la prerrogativa como forma de combatir la exclusión de los poderosos del sistema criminal.

El trabajo se inicia con la explicación, en el capítulo 1, de la metodología empleada, porque la tesis es, esencialmente, el resultado de una larga investigación empírica realizada entre 2015 y 2018. En este capítulo, se presentan las

---

<sup>10</sup>Como se explicará en el capítulo 2, el presente trabajo adopta la definición de sistema penal que no le reduce al conjunto de normas penales, sino que lo concibe como un proceso articulado y dinámico de criminalización al cual concurren todas las agencias del control social formal, desde el Legislativo, por medio del mecanismo de producción de las normas (criminalización primaria), pasando por la Policía, el Poder Judicial y la Fiscalía, o sea, el proceso penal y los mecanismos de aplicación de las normas (criminalización secundaria) y que culmina con el sistema penitenciario y los mecanismos de control social informal (ANDRADE, 1996, p.281). El término «procesos de criminalización», siempre que utilizado en este trabajo, se refiere a la etapa de criminalización secundaria: investigación, acusación, procesamiento, enjuiciamiento y condena, en la cual actúan la Policía, el Poder Judicial y el Ministerio Público.

razones para la elección de este método de investigación, fruto de la influencia de grandes autores de la sociología jurídica brasileña que enseñaban en la Universidad de Brasilia, institución en la que cursé mi formación anterior. La investigación empírica fue siempre mi método predilecto, lo utilicé en las investigaciones que hice en la conclusión de mi licenciatura en Derecho y en mi máster en Derecho, Estado y Constitución y lo utilizamos en los proyectos de investigación desarrollados por el Grupo Candango de Criminología de aquella Universidad. Así que la tesis se inicia con la justificación de esa decisión metodológica y por el panorama de su utilización en trabajos de investigación en criminología crítica.

En seguida, el capítulo describe las demás metodologías utilizadas para este estudio – investigación documental, análisis cuantitativos y cualitativos de flujo del sistema de justicia, investigación etnográfica con observación participante y entrevistas – bien como su punto de partida teórico. Son explicadas, aquí, las elecciones metodológicas de base, así como las razones por las que son elegidas como fuentes el Tribunal Superior de Justicia de Brasil y el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

En el capítulo 2, se establece el marco teórico utilizado para la tesis - la sociología jurídico penal - que reúne las corrientes de pensamiento que cuestionan los procesos de creación de las normas jurídicas y los procesos de su aplicación y la Criminología Crítica, más específicamente los estudios sobre «white-collar crimes», «crimes of the powerful», «state crimes» y aquí, especialmente, los «governmental crimes». Además de las líneas generales sobre tales estudios, se ha trabajado y utilizado el concepto de «cuello dorado» y de «cifra dorada», acuñados por Versele (1976), examinándolos conjuntamente con la relación entre poder, poder político y económico, Estado y status social adquirido con la posición de autoridad pública.

En el capítulo 3, se presenta el instituto del aforamiento en España y en Brasil, iniciándolo con un recorrido histórico para explicar su origen en el privilegio y la desigualdad y cómo se ha mantenido en la modernidad y bajo qué justificaciones. Se presentan, además, los números de aforados en ambos países, demostrando que son un record mundial en el tema (España tiene cerca de 250 mil aforados, Brasil tiene casi 55 mil) y el debate actual que se desarrolla hacia la eliminación del instituto.

Luego, se explica quiénes son esos aforados, cómo están ubicados en la escala social de ambos países, de dónde vienen y hacia dónde van cuando ocupan un cargo y qué tipo de poder pasan a tener. Finalmente, el capítulo presenta cómo ocurre la criminalización de aforados en ambos países, con aspectos no sólo de dogmática procesal penal sino también con elementos de la observación participante que hice durante mi ejercicio profesional en Brasil y mi estancia de investigación académica en Barcelona.

En el capítulo 4, son presentados los resultados de la investigación empírica realizada para este trabajo, cómo se hizo la recogida de datos y qué categorías fueron examinadas. La parte española de la investigación fue realizada en la Fiscalía Superior de Catalunya, donde comparecí, semanalmente, desde enero de 2016, autorizada por el fiscal superior. Allí, fueron consultados todos los expedientes archivados contra aforados, iniciados entre enero de 2008 y diciembre de 2016, y examinados, en dos años y medio de estudio, 354 procedimientos de investigación incoados en la Fiscalía y 3711 procedimientos judiciales iniciados en el TSJC.

En Brasil, la investigación fue iniciada informalmente durante el desempeño de mi cargo de asesora de la vicefiscal general de la Republica, entre 2013 y 2015, cuando recogí muchos de los datos aquí utilizados. Durante la realización formal de la investigación, fui autorizada por la entonces presidenta del Superior Tribunal de Justicia de Brasil a consultar los datos de todos los procesos criminales e investigaciones contra aforados de aquella Corte. Establecí el mismo recorte temporal de los datos de Catalunya, analizando todos los procesos criminales e investigaciones iniciadas en el Tribunal entre 01/01/2008 y 31/12/2016. Fueron examinados 332 procesos judiciales (ações penais) y 1155 procedimientos de investigación.

Las informaciones recolectadas fueron sometidas a tratamiento estadístico y los resultados son presentados al final del capítulo 4.

A partir de los resultados encontrados, presento, en el capítulo 5, el que consideré el auténtico debate sobre el aforamiento, con las respuestas sobre si realmente puede este instituto ser considerado como razón de la impunidad de los poderosos.

La investigación realizada es inédita, tanto en Brasil como en España. Los estudios sobre aforamiento son bastante escasos en ambos países y casi siempre se

dedican exclusivamente a explicar las reglas de proceso penal, partiendo de una perspectiva dogmática. En España, los profesores Gómez Colomer y Esparza Leibar publicaron, en 2009, los resultados de un proyecto de investigación de tres años sobre los supuestos de inviolabilidad, inmunidad, aforamiento y privilegios de altas autoridades y funcionarios públicos en el Derecho Español, que se tornó la única obra específica sobre aforamientos procesales y que analiza el tema desde el punto de vista jurisprudencial. En Brasil, la tesis de doctorado de la jueza federal Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, con la dirección de la ministra<sup>11</sup> del STJ Maria Thereza Rocha de Assis Moura, de la Universidad de São Paulo, abordó la fase de investigación de los crímenes de aforados (CAVALCANTI, 2012) y la tesina de master de Orlando Belém (BELÉM, 2008) trazó el recorrido histórico del aforamiento. Pero por el estudio bibliográfico hecho para el presente trabajo, no fueron encontrados, hasta ahora, estudios que partieran de la perspectiva criminológica como instrumento de abordaje, a excepción de un artículo de Oliveira (OLIVEIRA, MVA, 2008) que, como se hará en el presente trabajo, indagaba, analizando los resultados de una investigación empírica realizada por la Asociación de los Magistrados Brasileños en 2007, si el aforamiento guardaba realmente relación con el fenómeno de la impunidad.

En Brasil, en 2017, la Fundación Getulio Vargas publicó su informe anual sobre análisis estadísticos de procesos del Supremo Tribunal Federal brasileño, escogiendo el tema del aforamiento y analizando las investigaciones y procesos penales contra aforados, en aquel tribunal, entre 2002 y 2016. Diez años antes, el tema ya era objeto de una investigación empírica sobre las acciones penales de aforados en el STF y en el STJ por la Asociación de Magistrados Brasileños (AMB), publicada en 2007 y titulada «Jueces contra la corrupción: diagnóstico del problema de la impunidad y posibles soluciones propuestas por la AMB». La AMB analizó, en aquel estudio, los procesos criminales incoados contra aforados en los dos tribunales, entre 1988 y 2007 y presentó datos que impulsaron la discusión sobre el aforamiento en el país.

El presente trabajo retoma, en cierto sentido, el estudio de la AMB, para profundizarlo. Sin desconsiderar la importancia de la investigación de la AMB, la

---

<sup>11</sup>Ministra y ministro son los nombres dados a quien ocupa el cargo de juez de Tribunales Superiores y del Supremo Tribunal en Brasil

investigación de esta tesis se plantea ir más allá, partiendo en realidad del inicio del proceso de criminalización – la apertura del procedimiento investigativo – e identificando las autoridades y cargos ocupados. Esos dos aspectos no fueron considerados en el análisis de la AMB. Al limitarse a los procesos criminales ya abiertos, sin considerar la fase de investigación, se pierde una importantísima etapa para el análisis del proceso de criminalización. Además, el cargo de los aforados es elemento que se considera fundamental para estudios de selectividad.

Las investigaciones empíricas sobre el tema de aforados, por su parte, en lo que se ha podido observar en España, son inexistentes.

La parte teórica del presente trabajo fue realizada a partir de bibliografía en lengua castellana, inglesa, portuguesa y catalana y desarrollada a partir de metodología teórico-descriptiva. Las citaciones en idioma original distinto del castellano fueron traducidas por mí libremente. En la investigación empírica, los datos recolectados estuvieron en portugués, en Brasil y en castellano y catalán, en España, pero se presentan traducidos al idioma castellano, elegido para la redacción de todo el trabajo. Muchos términos jurídicos específicamente brasileños fueron traducidos a su equivalente en el sistema español, como el término «relator», que es el miembro del Tribunal colegiado a quien se atribuye la llevanza del asunto y fue substituido, en las referencias a la parte brasileña, por su equivalente en el sistema español: «ponente». De otra parte, se mantuvo el nombre de las clases procesales del STJ, en portugués, para facilitar el tratamiento y análisis de los datos de la parte empírica. Además, se utilizan, en todo el texto, las palabras juez y magistrado como sinónimos, como lo son en Brasil, aunque haya para España una distinción entre las nomenclaturas: magistrado equivale a una categoría superior que la del juez.

Fueron preservados en sigilo todos los nombres de las autoridades aforadas que fueron objeto de los casos analizados en la parte empírica. Además, se optó por insertar, en el cuerpo del texto, las tablas y gráficos relativos a los datos recolectados para facilitarle al lector el acceso a la información.

En la bibliografía, fueron incluidos, además de las obras directamente citadas en el texto, aquellas que no fueron citadas pero consultadas y que de alguna manera influenciaron la realización de la investigación.

Aunque rigurosamente lo correcto en castellano sería escribir Cataluña y no Catalunya, se utilizará a lo largo de este trabajo la denominación oficial en catalán – Catalunya – como un gesto simbólico de reconocimiento a la plurinacionalidad de España y sus lenguas cooficiales. Por otro lado, como recomienda la nueva ortografía de la lengua española,<sup>12</sup> se escribirán todos los nombres de los cargos mencionados con minúscula inicial, por su condición de nombres comunes, a pesar del recurrente hábito de dotarles – específicamente a los aforados – esa dignidad y respeto que atinge incluso a la manera de mencionarlos en la forma escrita. Se mantendrá la inicial mayúscula sólo para el nombre de las instituciones.

Se espera que las conclusiones del presente trabajo puedan contribuir a aclarar el debate sobre la eliminación del aforamiento y a permitir un enfoque más adecuado al tema de la criminalización de autoridades públicas en Brasil y en España.

---

<sup>12</sup>Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española. Versión beta. Ortografía de la lengua española (2010), p.470-471 y 482-483. [Edición en línea (www.rae.es). Consulta: 1 diciembre 2018].





# 1. LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

## 1.1. Investigación empírica en derecho: estado actual en España y en Brasil

Una parte esencial de cualquier trabajo académico es la metodología utilizada para escribirlo. En esta parte introductoria se debe situar al lector, exponiendo toda la planificación de la investigación realizada, el objeto, las preguntas formuladas, las hipótesis, el método de trabajo, las opciones epistemológicas y metodológicas, las dificultades, los aciertos y desaciertos, las indagaciones, todo lo que ha marcado el recorrido del investigador hasta la materialización de su investigación en un texto accesible al mundo. Empezando con estas necesarias consideraciones, se opta por introducir el aspecto más importante de este trabajo: es el resultado de una investigación realizada en los últimos tres años, basada en un estudio eminentemente empírico.

Es empírica la investigación que se basa en observaciones sobre el mundo (EPSTEIN; KING, 2013, p.11), que utiliza los métodos cuantitativos y cualitativos propios de la investigación en las ciencias sociales (GARCÍA; NOVALES, p. 7). Y aunque muy utilizado en diversos campos de las ciencias sociales, el método empírico tiene todavía una escasa aplicación en las Facultades de Derecho.

En el inicio de mi investigación doctoral en la Universitat de Barcelona (UB), en España, no me di cuenta de esta particular escasez. El primer tribunal de defensa de tesis de una compañera de Doctorado al que comparecí era, justamente, fruto de una investigación empírica, el primoroso trabajo de Cristina Fernández Bessa «El dispositiu de deportació – Anàlisi criminològica de la detenció, internament i expulsió d’immigrants en el context espanyol» (2015). No me di cuenta, en ese momento, que era una rara muestra en la Facultad de Derecho de la UB del tipo de investigación que deseaba hacer, hasta que empecé a trabajar las partes metodológicas de mi propia investigación.

El estado de la investigación empírica en Derecho en España es, para García y Novales, exiguo y disperso, estaría frecuentemente cuestionada por los académicos tanto de las Facultades de Derecho como de las de Ciencias Sociales y tiene una producción corta y fragmentaria, con poco sentido en el marco de la sociología jurídica (p.8-9). En las palabras de esos autores:

Los que han surgido en los terrenos fronterizos apenas si son conocidos por los juristas, mientras que las investigaciones sobre las profesiones jurídicas y la cultura legal española son bien recibidas por la prensa; pero poco más. Y lo que puede ser peor, el núcleo de personas que se agrupa por simpatía, por vocación o por convicción en la onda de la sociología jurídica en nuestro país vive un poco de espaldas a la investigación empírica. La teoría sociológica, la fundamentación científica, la crítica ideológica y la criminología teórica tienen, en general, un nivel científico alto o muy alto; pero la investigación socio-jurídica, salvo unas pocas y meritorias excepciones, brilla por su ausencia. En líneas generales, haciendo balance sobre la situación actual de la sociología jurídica, puede decirse que mientras los enfoques teóricos gozan de una cierta buena salud, las investigaciones empíricas adolecen de una clara debilidad y serían del todo punto insuficientes, tanto desde el punto de vista de las funciones auxiliares al conocimiento de la praxis jurídica como desde las posibles aportaciones al desarrollo de una teoría socio-jurídica del derecho. (GARCÍA; NOVALES, PID\_00184287, p.8-9).

Al consultarse la base de datos TESEO,<sup>13</sup> de tesis doctorales realizadas en España, se ve que es escasa la presencia de investigaciones empíricas en Derecho, pero que se pueden encontrar ejemplos, principalmente en el campo del Derecho Penal y de la Criminología, aunque más desarrolladas desde el paradigma de la Criminología Clínica que del paradigma crítico. Más ejemplos de estudios empíricos en esa área y de cierta manera también alejados de la interpretación criminológica crítica, se pueden encontrar entre muchas de las investigaciones apoyadas por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya.<sup>14</sup> En el área de la sociología jurídica, hay ejemplos de investigaciones empíricas publicadas por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, además de los trabajos de Díez-Ripollés, en la Universidad de Málaga y las tesis dirigidas por Elena Larrauri en la Universidad Pompeu Fabra, en el área específicamente penal.

El hecho de que había pocas tesis doctorales basadas en el método empírico, particularmente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, no afectó el presente trabajo. Primero porque, al verificar que la investigación empírica existente en España estaba bastante vinculada a la sociología jurídica, tenía en la UB la

---

<sup>13</sup>Disponible en: <<https://www.educacion.gob.es/teseo/irBusquedaAvanzada.do>>. [Consulta: 30 julio 2018].

<sup>14</sup>Disponible en: <<http://cejfe.gencat.cat/es/recerca/>>. [Consulta: 30 julio 2018].

tradición de los estudios en sociología jurídico-penal allí realizados desde la llegada de Roberto Bergalli, en los años 1980, como facilitadora de una apertura importante en nivel institucional para el desarrollo del presente trabajo por el método elegido. Además, mi grupo de investigación de la UB, el OSPDH – Observatorio del Sistema Penal y Derechos Humanos, fundado en 2001 y liderado por Iñaki Rivera, el director del presente trabajo, es uno de esos núcleos de vanguardia que se dedica a desarrollar la investigación empírica desde una perspectiva criminológica crítica en este país. El OSPDH ha apoyado la realización de diversas investigaciones empíricas a lo largo de sus más de 15 años de existencia, ejemplo de ello son los trabajos sobre la cárcel en el entorno familiar (GARCÍA-BORÉS et. al., 2006) y sobre las trabajadoras sexuales en Barcelona (ARELLA et. al., 2007).

Por otro lado, la gran ventaja de recibir investigadores de otros países en un programa de doctorado está en la posibilidad de intercambiar experiencias de investigación que puedan animar y traer un soplo de aire fresco a un área local más débil, tanto para el país de origen como para el de destino del investigador. A pesar de la producción científica jurídica en Brasil también estar todavía circunscrita a la investigación bibliográfica (BEDÊ; SOUSA, 2018, p.784), hay en el país importantes núcleos académicos que eligen el método empírico en sus investigaciones en el campo del Derecho, principalmente en el área de la sociología jurídica en general y la sociología jurídico-penal en particular. Por eso, es importante aquí subrayar la experiencia de Brasil con la investigación empírica en Derecho y mi contexto académico original.

Igual que en España, la investigación empírica entró en el ámbito del Derecho en Brasil por la puerta de la sociología jurídica. Como explican Horta et. al., escribiendo sobre el desarrollo de la investigación empírica en Derecho, se destacaron en Brasil, en la década de 1970, los trabajos de Joaquim Falcão, Cláudio Souto, Roberto Lyra Filho, Roberto Aguiar, João Batista Herkenhoff, Edmundo Lima Arruda Jr., Luís Warat, José Eduardo Faria, Celso Campilongo, José Geraldo de Sousa Jr., Luciano Oliveira y Eliane Junqueira, en el campo de la sociología jurídica, a partir de la cual se pusieron en valor las investigaciones empíricas y se rompió la exclusividad de la tradicional investigación teórico-bibliográfica tan presente en los estudios jurídicos (HORTA et. al., 2014, p.165). En seguida, las transformaciones políticas y sociales en Brasil en los años 1980 y 1990 impulsaron la adopción, por muchos juristas, de una lógica

más crítica y contestataria del Derecho y temas como el pluralismo jurídico, el acceso a la justicia, los derechos colectivos, las necesarias reformas en el Poder Judicial, pasaron a ser objeto de investigación de los académicos. Innumerables investigaciones empíricas empezaron a ser desarrolladas, sobre el perfil de los actores del sistema de justicia, sobre la gestión y su funcionamiento y sobre las propias decisiones judiciales, tanto cualitativa como cuantitativamente (CUNHA, 2013, p.17-18).

Mi formación en Derecho tuvo lugar en la década de 1990, en la Universidad de Brasilia (UnB), en Brasil, bajo la enseñanza de muchos de los nombres de la Sociología Jurídica mencionados anteriormente. Bajo su incentivo, fui voluntaria del programa de iniciación científica de la UnB para estudiar dentro de «O Direito achado na rua»<sup>15</sup>, el proyecto de ley presentado en la Cámara de los Diputados, en 1995, para el reconocimiento jurídico de las uniones de personas de mismo sexo, derecho que hasta hoy no está respaldado por la legislación brasileña, sino garantizado por decisión de la Suprema Corte de Brasil de 2011 (QUEZADO GROSNER, 2011). Con este tema, desarrollé mi primera investigación empírica y mi visión crítica del Derecho, que marcó desde entonces mi actuación como investigadora.

No hay, para mí, otra manera de estudiar el Derecho críticamente que no sea por el método empírico: es por la investigación empírica que se puede desestructurar el discurso jurídico, comprobar su ineficacia en el mundo real, cuestionar el sistema de justicia y verificar que no funciona como debería. La investigación empírica se tornó mi manera natural de desarrollar mis inquietudes académicas. En 1997 empecé a trabajar como funcionaria de la Fiscalía General de la República de Brasil, donde trabajo hasta hoy, en el campo criminal. En 2002 conocí la Criminología Crítica en un curso de Posgrado en Sistemas de Justicia Criminal, de la mano de Vera Regina Pereira de Andrade, que había desarrollado sus estudios doctorales bajo la dirección de Alessandro Baratta. Acogí la epistemología criminológica crítica de manera inmediata como mi marco para pensar todas las cuestiones sobre el sistema penal. Y al problematizarlo,

---

<sup>15</sup>«O Direito Achado na Rua» (DANR) es una concepción teórica desarrollada a partir de las ideas de Roberto Lyra Filho, con el objetivo de pensar el Derecho desde la acción de los movimientos sociales a partir de una perspectiva que entiende el derecho como una «legítima organización social de la libertad». Designa también el movimiento político-teórico e sociológico-jurídico surgido a partir de esta visión, que toma forma en la Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR). <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Direito\\_Achado\\_na\\_Rua](https://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_Achado_na_Rua)>.

busqué, siempre, la observación de su actuación práctica como método de investigación. Esa elección metodológica tenía, sin duda, la influencia de Vera Andrade, que dirigía estudios de Criminología Crítica en la Universidad Federal de Santa Catarina bajo el enfoque empírico y que dirigió la tesis doctoral de Ela Wiecko Volkmer de Castilho, en 1996, que sería mi directora de master.

Ela Wiecko fue una de las precursoras en la investigación empírica sobre actuación del sistema de justicia (CASTILHO, 2001) y bajo su dirección, en el máster en Derecho, Estado y Constitución, que hice en la Universidad de Brasilia de 2004 hasta 2006, ejercí una vez más mi predilección por ese método de investigación, analizando más de mil decisiones judiciales del Tribunal Superior de Justicia brasileño (STJ), dictadas en procedimientos de *habeas corpus*, para discutir la selectividad de la actuación de aquella Corte. El año 2004, con Ela Wiecko, Fabiana Barreto y Ana Flauzina, fundamos el GCCrim – Grupo Candango de Criminologia, grupo de investigación en Criminología con una ya importante tradición, en sus 14 años de existencia, en la producción de estudios empíricos (a título ejemplificativo, las investigaciones de BARRETO, 2007; QUEZADO GROSNER, 2008; PEIXOTO, 2009; MACHADO, V. 2009; CORDEIRO, 2013; FERREIRA, 2013; FERREIRA, 2017).

Mientras el GCCrim desarrollaba sus investigaciones empíricas en el marco de la Criminología Crítica, en Brasilia, otras Universidades brasileñas también adoptaban el método en sus investigaciones en las Facultades de Derecho, como las realizadas en el UniCeub, bajo la dirección de Cristina Zackseski y Bruno Amaral Machado, codirector del presente trabajo, sobre cárceles, seguridad pública y sistema penal y las de los diversos grupos de trabajo de la PUC-RS, UFSC, entre otros. El año 2011, surgió en Brasil la Red de Investigación Empírica en Derecho (REED), con la realización del primer Encuentro de Investigación Empírica en Derecho en Ribeirão Preto, São Paulo y sus encuentros anuales dan muestra de la creciente utilización del método empírico por los brasileños académicos en Derecho.

La investigación empírica en Derecho en Brasil tiene apoyo institucional gubernamental no sólo por medio del Ministerio de la Educación y los organismos que dan soporte financiero al postgrado y al desarrollo científico, como la CAPES, que financia el presente trabajo, sino también del Ministerio de la Justicia, por

medio del proyecto «Pensando o Direito»<sup>16</sup> que, en 2014, reunió a los principales especialistas en investigación empírica en Derecho para discutir los avances del método en el país.<sup>17</sup>

En las palabras de Igreja, los estudios empíricos permiten ver el Derecho como reflejo de relaciones de poder, de jerarquías y de procesos sociales y culturales vigentes en un determinado contexto, atendiendo a un campo de relaciones de fuerza presentes en la sociedad (IGREJA, 2017, p. 11-12). Deja antever el «ser» y no el «deber ser» de la norma; en lugar de la interpretación de la norma, investiga su producción y aplicación; en lugar de discutir los límites de las competencias atribuidas por la ley a cada órgano de decisión, investiga cómo esos órganos y sus miembros piensan y actúan en concreto (CUNHA; SILVA, 2013, p.11). De esa manera, los estudios críticos sobre el sistema de justicia criminal encuentran en el método empírico su mejor herramienta de desarrollo.

## **1.2. Metodologías, epistemología y punto de partida teórico**

Las decisiones epistemológicas y metodológicas que fueron tomadas para esta investigación fueron influenciadas no sólo por mi formación académica, sino también por mi vivencia profesional. Hace poco más de 20 años que soy funcionaria de la Fiscalía de Brasil, en el asesoramiento de los fiscales en el área criminal. Mis inquietudes sobre la cuestión criminal son fruto de esta vivencia y por eso tienen la influencia tanto de mi quehacer dentro de la Fiscalía como de mi posición crítica sobre el sistema de justicia. Cristina Fernández (2015), al enfrentar su propio dilema de tener asumidos algunos puntos de vista previos a su investigación que no le dejaban políticamente indiferente a su objeto de estudio, asumió que todos tenemos una visión parcial de la realidad y que es necesario reconocer que el sitio desde donde miramos influenciará el conocimiento que producimos. Así, seguramente, el tema de esta investigación, el problema y la hipótesis inicial formulada tuvieron la influencia certera de mi actuación en la criminalización de los aforados, con la que he trabajado desde 2013.

---

<sup>16</sup>Disponible en: <<http://pensando.mj.gov.br/2015/09/14/acompanhamento-pesquisas-2/>>. [Consulta: 31 julio 2018]

<sup>17</sup>Disponible en: <[https://www.youtube.com/watch?v=CRcY\\_a\\_lgM](https://www.youtube.com/watch?v=CRcY_a_lgM)>. [Consulta: 31 julio 2018].

El punto de partida de este estudio es la sociología jurídico penal: desarrollo esta investigación bajo el marco de las corrientes de pensamiento que critican los procesos de aplicación de las normas jurídico penales, especialmente los procesos de criminalización, o sea, la función constitutiva de la criminalidad que tiene la reacción de las instancias oficiales de control social (legislador, juez, fiscal, policía) y de la cual depende la atribución del status social de delincuente (BARATTA, 1982). Utilizo, como objeto de análisis, el concepto de selectividad, herencia de la Criminología Crítica, y la categoría de los aforados, inserta dentro del grupo de los poderosos, a quien los estudios posteriores a la Criminología Crítica vienen dando atención. Así pues, este trabajo representa el fruto de la compatibilización de un actuar académico con el profesional, no siempre exitosa, pero posible, de ser una criminóloga crítica y trabajar dentro del sistema de justicia, como engranaje de una máquina que se sabe que es ilegítima y que no cumple sus funciones declaradas.

La Criminología Crítica avanzó en sus estudios hacia la criminalidad de los poderosos, tema que se explorará en el capítulo siguiente, justamente porque se constataba que el sistema penal era selectivo y que la balanza punitiva estaba normalmente inclinada a perseguir a la parte más pobre y/o vulnerable de la población. Al estar obligados a operar un sistema ilegítimo, viciosamente construido, del cual no se podía prescindir todavía, los criminólogos críticos vieron la necesidad de reconducción de la actuación del sistema de justicia criminal a los poderosos. Pero esta reconducción sigue teórica y empíricamente fracasando, manteniéndose la selectividad y la impunidad de esos agentes. Motivos varios han sido apuntados como causantes de esa selectividad, y entre ellos me topé con el propio instituto del aforamiento, escogido como tema de mi investigación.

El problema fue formulado así: dentro de este intento de equilibrio de la balanza punitiva con la criminalización de los poderosos, ¿el aforamiento reforzaría la inmunidad de los detentores del poder ante el sistema de justicia criminal? O sea, ¿cuál es el papel de la regla del aforamiento para las autoridades públicas dentro del intento de su responsabilización por actos criminales? ¿El aforamiento contribuye a la selectividad del sistema penal? La hipótesis a ser confirmada era que sí, que el aforamiento ayuda a reforzar la inmunidad de los detentores del poder. Confirmada la hipótesis, la finalidad de este estudio era reconocer el instituto del aforamiento como vulneración del principio



constitucional de igualdad y que debería sufrir un debate crítico en dirección a su restricción o eliminación.

Como notan Lee Epstein y Andrew Martin, «el principal desafío de la investigación es estrechar el espacio entre la cuestión preguntada y la cuestión realmente contestada.» (EPSTEIN; MARTIN, 2014, p.30). Para contestar mi pregunta de investigación, fue necesario planificarla, escoger los métodos, definir qué datos utilizaría y como los conseguiría, codificarlos y analizarlos. Avanzo que la presente investigación se realizó por métodos múltiples de investigación empírica.

Mi primera decisión metodológica fue optar por la investigación documental de procesos judiciales contra aforados, por medio del análisis cuantitativo, método que, en nuestra tradición, es fundamental para la constatación de la selectividad del sistema de justicia criminal (FERREIRA, 2013, p.59) y que sería refinado, posteriormente, por el análisis cualitativo. De esa manera, me decidí por la realización de una toma estadística sobre cuántos casos, qué tipos de casos, contra qué aforados y por qué tipo de crímenes, con posterior análisis cualitativo de algunas categorías seleccionadas.

Al empezar la elaboración del proyecto de esta investigación planifiqué, primeramente, un retrato de la criminalización de los aforados en Brasil. Luego, en las lecturas exploratorias del tema a nivel teórico, verifiqué que pocos países tenían reglas procesales sobre aforamiento similares. Constaté, sin embargo, que había un debate creciente sobre el tema en España, donde pretendía yo profundizar mis estudios en Criminología Crítica con el grupo de mi director Iñaki Rivera Beiras. Decidí, entonces, ampliar la investigación para la formulación de dos retratos sobre la criminalización de aforados, en el sistema procesal brasileño y en el español, para observar similitudes y diferencias, a nivel comparado y si la selectividad se presentaba de la misma manera en los dos países.

Para definir la población a ser analizada, seleccioné como fuente, primeramente, los casos de aforados del Tribunal Superior de Justicia (STJ). Brasil tiene dos Cortes Superiores principales para el examen del tema del aforamiento a nivel nacional: el Tribunal Supremo Federal (STF) y el Tribunal Superior de Justicia (STJ). A

pesar de haber mucho interés mediático y académico en la actuación del STF brasileño<sup>18</sup>, esta investigación utiliza el STJ como parámetro por dos razones. Esos aspectos serán mejor explicitados en el capítulo 3, pero se tiene, en primer lugar, que el cálculo aproximado de las autoridades aforadas en el STF es de 855 personas que, en su mayoría, ejercen cargos políticos, con mandatos electivos fijos en el tiempo que delimitarán la competencia de la Corte al período de su duración. El STJ, a su vez, es competente para procesar y juzgar a más de 3500 autoridades. De esas 3500 autoridades, sólo 27 son políticos. O sea, la casi totalidad de las autoridades juzgadas en el STJ tienen cargos vitalicios y restricta posibilidad de alteración de la competencia por acto voluntario del aforado.

Examinar el STJ es, así, demostrar que el tema del aforamiento está muy poco relacionado a los cargos políticos porque, en realidad, la mayoría de los aforados, tanto en Brasil como en España, no son políticos y sí jueces, magistrados y fiscales. Así, elegir la Corte Suprema para este estudio implicaría elegir un objeto de investigación cuya competencia para la criminalización de autoridades era de tal manera restringida que no representaría a la mayoría de los aforados.

España, por su parte, cuenta con más de 17.000 autoridades aforadas<sup>19</sup>. Para establecer un paralelismo adecuado con el STJ brasileño, no había lugar para el análisis del Tribunal Supremo español, las autoridades aforadas serían muy distintas. La mejor equivalencia estaría en comparar el STJ brasileño con los Tribunales Superiores de Justicia españoles. A nivel numérico, el número de aforados en el STJ brasileño y el número de aforados sólo en el TSJ de Catalunya, una entre todas las Comunidades Autónomas de España, son superiores a las respectivas Cortes Supremas de ambos países.

---

<sup>18</sup>Por ejemplo, el estudio de FALCÃO et al., 2017.

<sup>19</sup>Segundo el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes, «en España hay actualmente casi 250.000 aforados, de los que algo más de 232.000 son miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estatales o autonómicos, cinco de la Familia Real y el resto -17.603- pertenecen a instituciones del Estado y de las Comunidades Autónomas (políticos, miembros de las Carreras Judicial y Fiscal, integrantes de órganos como el Tribunal de Cuentas y el Consejo de Estado, Defensores del Pueblo estatal y autonómicos, etc.)» <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/En-Portada/El-presidente-del-TS-y-del-CGPJ---La-Justicia-ha-de-ser-justa--pero-no-justiciera-->>. Esos datos fueron confirmados en comunicación telemática establecida para esta investigación con el Consejo General del Poder Judicial.

**Tabla 1** - Número de aforados en las Cortes de España y Brasil

País	Total de aforados	Tribunal Supremo	Tribunal Superior
España	250.000	1435	2127 (TSJC)
Brasil	54.990	855	3504 (STJ)

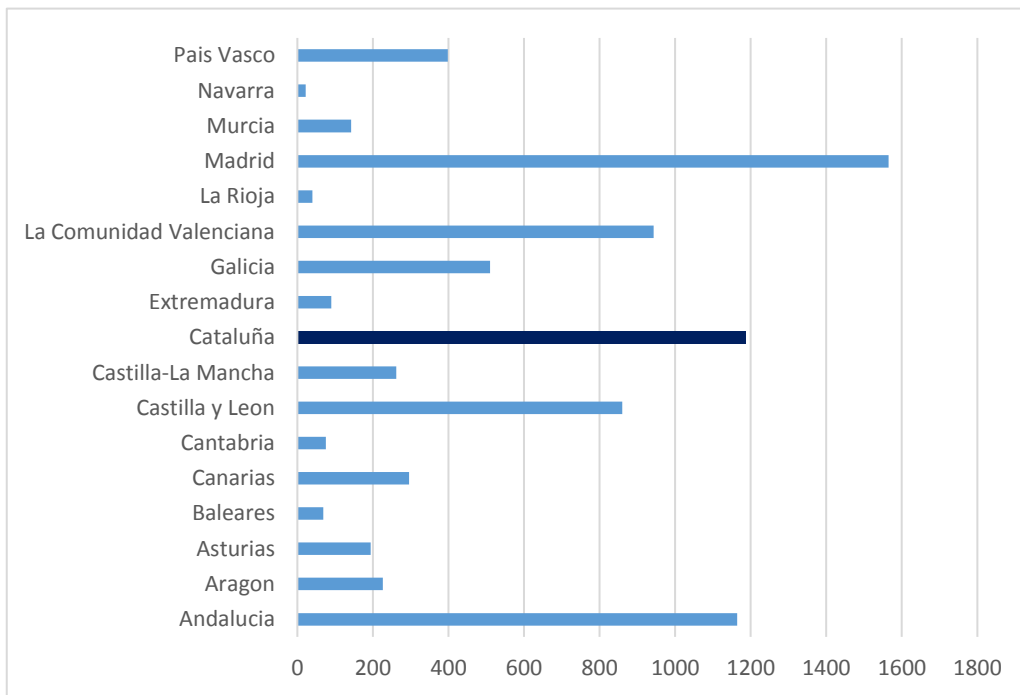
Al definir el parámetro español de la muestra, decidí examinar la actuación del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, aunque su área de competencia fuera limitada a los aforados de esta Comunidad Autónoma. Así fue, primeramente, por el acceso más fácil a los datos, ya que se encontraba en la misma sede de mis estudios en Barcelona. Además, los datos estadísticos del Consejo del Poder Judicial muestran que Catalunya es un parámetro importante como muestra de España en casos de aforados. En número de procesos, casi siempre estuvo en segundo lugar, detrás de Madrid, en causas contra jueces y fiscales. Contra otros aforados, está entre los líderes de casos, con picos en los momentos vinculados a su situación política.

Las ilustraciones siguientes fueron elaboradas a partir de informaciones de la Base de Datos de la Estadística Judicial Online (PC-AXIS) disponible en el sitio web del Poder Judicial España.<sup>20</sup>

---

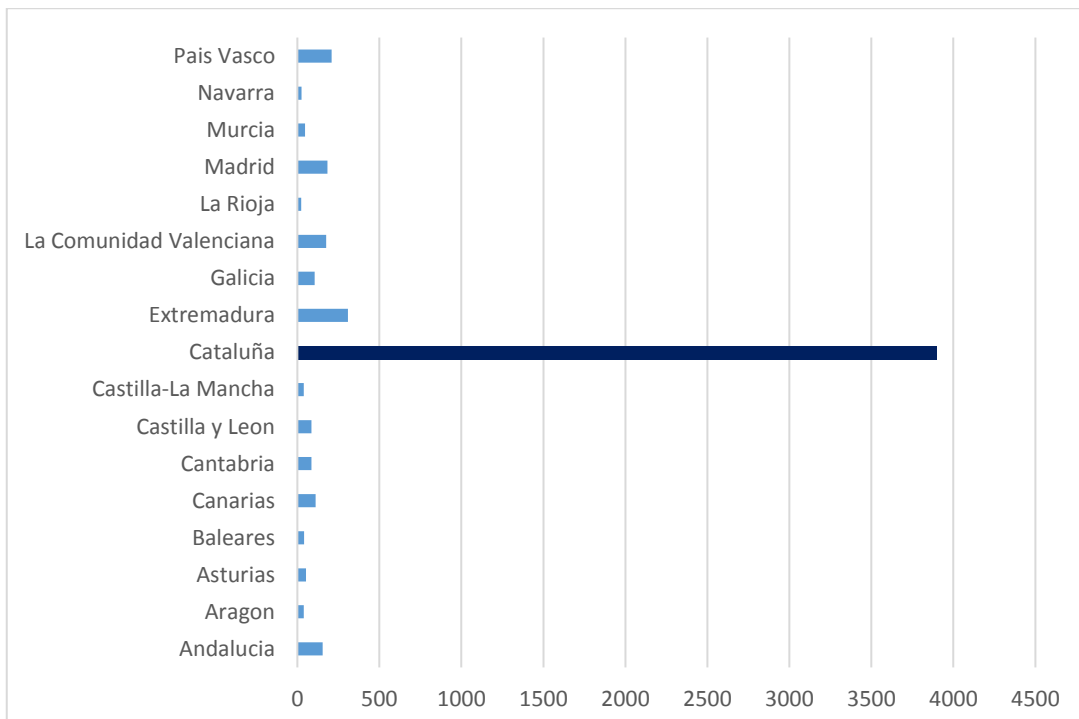
<sup>20</sup>BBDD Estadística Judicial (PC-AXIS). Disponible en: <<http://www6.poderjudicial.es/PXWeb/pxweb/es/?rxid=947ad06a-8af8-4e68-8774-97edac81a801>>. [Consulta: 3 diciembre 2018].

**Ilustración 1 - Procesos contra jueces y fiscales TSJ 1995-2017**



Fuente: Base de Datos de la Estadística Judicial Online (PC-AXIS)

**Ilustración 2 - Procesos contra aforados Estatuto Autonomia TSJ 1995-2017**



Fuente: Base de Datos de la Estadística Judicial Online (PC-AXIS)

La recolecta de datos para la parte brasileña fue realizada sin problemas de acceso. En una primera etapa, fui recolectando los datos mientras trabajaba con la vicesfiscal general de la República, Ela Wiecko, responsable de los procesos contra aforados en el STJ y a quien entrevisté para este trabajo, formalmente, en septiembre de 2018. Hacía esa recolección consultando los procesos y apuntando los datos conforme venían para vista de la Fiscalía para realización de algún acto procesal.

A continuación, ya viviendo en Catalunya, solicité, en 2017, autorización a la Presidenta del Superior Tribunal de Justicia de Brasil para acceder a los datos que faltaban para la investigación y para el uso de la información con fines académicos. Con su autorización, recogí todos los datos de todos los procedimientos judiciales contra aforados desde la creación del STJ, en 1989, hasta 06/09/2017, fecha de mi última visita a la Coordinadora de la Corte Especial del STJ. Con la totalidad de la población de procesos ya recogida, definí la muestra temporal a ser examinada. Para los casos más antiguos, que no estaban disponibles en el sistema informático de consulta de procesos del Tribunal, pude contar con el auxilio de funcionarios del STJ y de la PGR para acceder a la información.

La recogida de datos de la parte española tuvo que ser realizada por el mismo medio utilizado en la primera fase de la brasileña, a través de los expedientes que llegaron a la Fiscalía Superior de Catalunya para práctica de actos procesales. Ciertamente la falta de experiencia de los órganos judiciales con la investigación empírica en Derecho genera, en España, una incomodidad más grande que la vivida por los investigadores en Brasil. La petición dirigida al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya fue recibida con desconfianza y con la contestación de que debería apuntar exactamente qué procesos necesitaría consultar. Pero para la realización de una investigación cuantitativa, no sólo no era posible saber de antemano qué expedientes deberían ser consultados, sino que esa providencia ya haría inviable el método en su inicio.

Había un aspecto también importante sobre el objeto de la investigación que se relacionaba con el nivel de conocimiento previo sobre él: a pesar de mis conocimientos y experiencia con el procesamiento de aforados en la realidad brasileña, yo no tenía ningún conocimiento sobre la praxis española. Era importante, así, hacer una recolecta de datos amplia y exploratoria, que me permitiese también conocer más sobre

el objeto investigado y sobre las categorías que, posteriormente, identificaría como importantes para el análisis. Esa posibilidad de acceso libre a los datos de los procesos la obtuve en la Fiscalía Superior de Catalunya.

Al llegar a Catalunya, ya había decidido, antes de enfrentarme a las dificultades de acceso a los datos de la investigación, que uno de los métodos importantes para su realización sería la observación participante. A finales de 2015, me presenté como funcionaria de la Fiscalía de Brasil en la sede de la Fiscalía Superior de Catalunya. La vicefiscal general de la República de Brasil envió, en su momento, correspondencia oficial al fiscal general de la Fiscalía Superior de Catalunya, el fallecido Sr. José María Romero de Tejada, presentándome y pidiéndole que me facilitara acceso a los datos. Me fue autorizada la permanencia en las instalaciones de la Fiscalía donde comparecí semanalmente, desde enero de 2016 hasta julio de 2018 y donde pude discutir mi investigación con el actual fiscal general Francisco Bañeres. Desde la Fiscalía Superior de Catalunya, pude consultar todos los procesos contra aforados que se tramitaron en el TSJC.

Mi desconocimiento sobre el objeto español de investigación hizo que llegara a la Fiscalía con una actitud abierta para aprender y ser sorprendida. La parte brasileña de la investigación, en este contexto, fue pensada de manera bien más deductiva, pues yo ya sabía lo que debería encontrar en mi campo, aunque haya habido sorpresas en la confrontación de los datos de manera conjunta y no particularizada como lo hacía en mi actuación profesional. La parte española, en cambio, fue inductiva, hecha de manera totalmente libre de prejuicios y con calma, aguardando la llegada de los hallazgos.

A la investigación cuantitativa y cualitativa que producía a partir de la recolecta de datos en Brasil y en la Fiscalía Superior de Catalunya, añadí otros métodos fundamentales para mis análisis posteriores de los datos. La estancia en la Fiscalía Superior de Catalunya me permitió acceder al contexto cultural en que inserto el sistema de justicia español a través de una «observación directa participante», que allí realicé de manera que me permitió, en el posterior análisis de los datos, tener la intimidad similar con el tema que ya poseía para la parte brasileña, después de años trabajando con la criminalización de aforados.

En la observación directa participante, el investigador «se adentra en el contexto social que quiere estudiar, vive *como* y *con* las personas objeto del estudio, comparte con ellas la cotidianidad, les pregunta, descubre sus preocupaciones y sus esperanzas, sus concepciones del mundo y sus motivaciones al actuar, con el fin de desarrollar esa «visión desde dentro» tan importante para la comprensión.» (CORBETTA, 2007, p.304-305). Así, la estancia en la Fiscalía Superior de Catalunya durante los años de investigación constituyó un método importante para construir un breve estudio etnográfico que me ayudara a entender no sólo la categoría de los aforados en España, en su relación con el sistema de justicia criminal, sino también la actuación del Ministerio Fiscal en esas causas.

Tener una vivencia dentro de la Fiscalía de Catalunya me permitió, además, acceder a las mismas posibilidades de investigación que había tenido en Brasil: introducirme naturalmente dentro del campo de investigación, hablar con los funcionarios sobre sus percepciones sobre las autoridades, los expedientes, el flujo procesal e identificar las diferencias y similitudes entre Brasil y España, que aportaron mucho a mi trabajo investigativo.

Un aspecto importante de esta observación incluyó el aprendizaje del idioma catalán. Como en Catalunya se utilizan por igual los dos idiomas – castellano y catalán – los documentos en los expedientes estaban indistintamente redactados en castellano o en catalán, así que mis estudios en el Consorci per la Normalització Lingüística fueron fundamentales para que pudiera comprender bien los datos recogidos. Además, pasé a participar de las conversaciones informales con las compañeras y compañeros en este idioma, que me fue fundamental, incluso, para comprender los eventos sobre la independencia de Catalunya que traspasaron la etapa de recogida de datos.

Las conversaciones informales con el hoy fiscal general y entonces teniente fiscal Francisco Bañeres me sorprendieron desde el principio de mi estancia. Bañeres era el responsable por llevar los casos de aforados del TSJC y siempre fue muy abierto y disponible para mis preguntas. Al explicarle, en nuestra primera conversación, que mi interés principal era sobre los aforados jueces y no tanto los políticos – ya que venía de Brasil con la mayoritaria presencia de aforados del Poder Judicial en mi campo

de investigación – fue alertada que quizás mi investigación, en Catalunya, no llegaría al resultado esperado. ¿Corrupción judicial? No tenían casos allí. Su opinión personal sobre el aforamiento también me ayudó a reflexionar sobre mis propias ideas preconcebidas sobre el tema y, de alguna manera, recordarme mi posición en la observación participante y de no contaminar mi investigación con mis juicios y conclusiones.

Al final de mi instancia de investigación en la Fiscalía Superior de Catalunya, realicé con él una entrevista formal para captar de manera estructurada su pensamiento sobre los temas que venía estudiando y debatiendo con él a lo largo de mi instancia. La entrevista se realizó el 10/07/2018 y le cuestioné sobre la división de trabajo en la Fiscalía Superior, sobre si hubo cambios en el procesamiento de aforados con la creación de la Fiscalía en 2007, sobre las dificultades encontradas en la criminalización de los aforados y sobre los temas relacionados a la función del Ministerio Fiscal, su poder de investigar, la ausencia de monopolio de la acción penal en España y sobre la injerencia jerárquica del fiscal del Estado. Sus opiniones fueron incorporadas al presente texto, así como las que obtuve en las entrevistas realizadas cuando visité a la Fiscalía Superior de Madrid, en septiembre de 2018 y la Oficina Antifrau de Catalunya, en julio de 2017.

El método de la observación directa participante me permitió, también, construir las consideraciones sobre la sociología de los aforados presentadas en el capítulo 3. Lupetti Baptista explica que los investigadores que también son profesionales del Derecho, al realizar investigaciones en sus propios espacios de actuación profesional, sienten la necesidad de desarrollar determinadas habilidades de modo a intentar tornar exótico lo que les es familiar (LUPETTI BAPTISTA, 2017, p.94). Este ejercicio no fue necesario en la Fiscalía Superior de Catalunya porque un sinnúmero de situaciones que vivencié en el día a día de los funcionarios y fiscales allí me parecían totalmente exóticas desde la cultura de funcionariado público de la que procedo. Por ejemplo, acostumbrada a los numerosos servicios ofrecidos a las autoridades dentro de las instalaciones públicas en Brasil (limpieza, camarero, chófer particular, ascensorista, lavabos y ascensores privados para las autoridades, entre otros), bajé un día a tomar un café (porque no tenía allí el camarero que pasa casi de hora en hora en las oficinas públicas brasileñas ofreciendo la bebida gratuitamente) y, al volver, encontré una de las fiscales, del más alto rango jerárquico dentro de la Fiscalía en Catalunya, con una fregona en las manos. Mi ímpetu servicial de funcionaria fue de inmediatamente ofrecerle ayuda y preguntarle qué



había pasado. «Nada, he derramado el café en el suelo de la cocina...». Aquello me impactó, seguramente para todo el resto de mi vida de funcionaria, y con toda honestidad, no vería nunca una situación similar en Brasil.

Por otro lado, lo que fue hecho de manera metodológicamente consciente para España – y con un papel de observadora del «otro» muy bien marcado en el contexto español – ya había sido hecho de manera inconsciente para Brasil, con la recolecta de mis propias percepciones sobre qué había podido observar en la actuación del sistema de justicia en relación a los aforados y como se construía, allí, la categoría de poder de las autoridades públicas. Para Brasil, el estudio pasaba, en cierta medida, de «los otros» a «nosotros mismos», como observa Corbetta, sobre la adopción del método, originario de la antropología, por la sociología (CORBETTA, 2007, p.331).

Para describir mi observación participante en la Fiscalía de Brasil, sí que he tenido no sólo que hacer el ejercicio propuesto por Lupetti Baptista, sino también reconocer las dificultades, relatadas por esa autora para sus propias investigaciones, de convivir con las facilidades de la posición privilegiada de intimidad con el campo y la dificultad de establecer la necesaria distancia para desnaturalizar y evaluar, con objetividad, los datos y representaciones vivenciados (LUPETTI BAPTISTA, 2017, p.95). Bruno Machado, codirector de este estudio, también vivenció la misma dificultad en la investigación que hizo en la Fiscalía de Barcelona y en el Ministerio Público brasileño, de la cual se hablará en el capítulo 3, la de «conciliar la proximidad con los escenarios analizados y el alejamiento necesario para una interpretación crítica de los datos del trabajo de campo» (2007b, p.26).

Esas dificultades se veían aún más relevantes cuando constataba que estaba valorando, en la investigación, mi propia actuación profesional y reconocía que yo participaba de alguna manera, de esta selectividad del sistema penal que pretendía desvelar. Pero como enseña Corbetta, «el investigador no debe temer contaminar los datos mediante un proceso de interpretación subjetiva y personal, ya que la subjetividad de la interacción y la interpretación, es precisamente una de las características de la técnica» (CORBETTA, 2007, p.305). Así, despejé las dudas que tuve, sobre si mi inserción en el contexto investigado me permitiría una investigación realmente científica, con el apego a la honestidad metodológica: «tenemos que mirar para el campo y ver lo que nos enseña,

aunque lo que veamos sea contrario a nuestras hipótesis iniciales y a las premisas que condujeron la construcción de nuestro objeto» (LUPETTI BAPTISTA, 2017, p. 100-101).

Finalmente, es necesario mencionar que la presente investigación se insiere en las investigaciones criminológicas sobre el desempeño del Sistema de Justicia Criminal que, desde el siglo XX, descubrieron, midieron y analizaron las cifras ocultas de la criminalidad (RIBEIRO; ZACKSESKI, 2017, p.324-325). Las cifras ocultas se refieren a la diferencia entre la criminalidad real y la criminalidad conocida por la policía, o sea, se constituyen de las ocurrencias criminales que no llegan a tener registro formal. Pueden indicar, también, los crímenes que, conocidos y registrados formalmente, se pierden entre las etapas del sistema criminal, no acabando en criminalización y responsabilización de su agente. Su existencia impulsó el método de investigación que observa las etapas del sistema de justicia criminal y que hoy es llamado de estudio de flujo de justicia criminal (RIBEIRO; ZACKSESKI, 2017, p.324-325; OLIVEIRA, MVB; MACHADO, M., 2017b).

Como explican Ribeiro y Zackseski, «la investigación de flujo de procesamiento tiene como objetivo reconstituir – cuantitativa y cualitativamente – la forma como un crimen registrado, en regla, por la policía, es procesado por las demás agencias que siguen en el flujo, como la Fiscalía, los abogados públicos, el Poder Judicial y el Sistema Penitenciario» (2017, p.325). Pretende, en el aspecto cuantitativo, medir «la tasa de deserción<sup>21</sup>, o sea, la proporción de ofensas registradas en la policía que son traídas al Sistema de Justicia Criminal y responsabilizadas con una sentencia – condenatoria o absolutoria.» En el aspecto cualitativo, «la investigación busca desvelar quiénes son los autores y las víctimas de determinados delitos, cuáles son las distintas “verdades” construidas por los operadores del Derecho en cada fase de procesamiento (Foucault, 2001) y en qué medida la sentencia final representa una construcción social acerca de un determinado delito, muchas veces lejos del que de hecho ocurrió» (RIBEIRO; ZACKSESKI, 2017, p.326).

---

<sup>21</sup>Se traduce como “tasa de deserción” el termo “attrition”, en inglés, y “atrito”, en portugués, que corresponde a los casos perdidos de una muestra en su pasaje por el tiempo y series de procesos secuenciales.

Por fin, en esta investigación de múltiples métodos, se utilizó el estudio de caso como estrategia complementaria para mejor comprensión de los resultados de la investigación empírica, de manera ejemplificativa.

## **2. LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS PODEROSOS**

### **2.1. Los conceptos fundamentales de la Criminología Crítica**

Un estudio criminológico sobre aforados puede seguir tres recorridos básicos, dependiendo del paradigma teórico en Criminología que se quiera adoptar. Puede pretender explicar la criminalidad de los aforados, identificando las razones por las cuales estos individuos cometen crímenes y trazando un perfil adecuado a las características comunes en ellos encontradas; o bien puede querer explicar los crímenes más frecuentemente cometidos por ellos e intentar comprender, a partir de teorías sociológicas, los factores y condiciones que permiten la ocurrencia del comportamiento criminal, cómo es definido y generado. Esos dos caminos, así resumidos, tendrían un claro abordaje etiológico por el cual sería primordial buscar las causas de esa criminalidad. Las investigaciones basadas en el paradigma etiológico conciben la criminalidad como un fenómeno natural y causalmente determinado, como una realidad ontológica, pre-constituida al Derecho Penal y, a partir de la identificación de sus causas, pretenden prever medidas para combatirla, en defensa de la sociedad. Consideran los criminales como distintos de los no criminales e intentan identificar, en ellos, características de propensión al crimen que determinan su comportamiento, por medio de un perfil del delincuente.

Un tercer camino es el que considera que el crimen no tiene existencia ontológica previa a la reacción social contra él y, por eso, considera más importante analizar el proceso por el cual determinadas actividades, entidades e individuos son definidos como criminosos, después de investigados, acusados y juzgados. Para los casos de los aforados, como integrantes de una clase política y económicamente dominante, verificar qué casos son identificados, como se da su enjuiciamiento y cómo evitan su criminalización. Ese tercer camino es el que deben recorrer los que adoptan el paradigma criminológico crítico.

Estudiar el tema del aforamiento y de los aforados desde una mirada criminológica crítica implica afrontar diversos aspectos del desarrollo teórico de la Criminología a lo largo de su existencia como disciplina. Implica, primeramente, situar el tema dentro de un marco teórico alejado del paradigma tradicional en Criminología,

derivado del positivismo y de la etiología, al cual interesaba indagar sobre las causas de la delincuencia e identificar ese individuo diferente, causalmente determinado a actuar, por ella responsable. Implica romper con el mito del derecho penal igual para todos, invocando los estudios que demostraron que el crimen es una realidad construida por la actuación de un sistema penal que distribuye desigualmente el atributo criminal a hechos y personas. Implica, por fin, constatar que al distribuir desigualmente la etiqueta de criminoso, el sistema penal actúa selectivamente, hacia las clases dominadas, inmunizando a las clases dominantes. Sin situar el presente estudio dentro del paradigma de la reacción social y del paradigma criminológico crítico, no se podría comprender el análisis que aquí se propone sobre el proceso de criminalización de aforados: las etapas por las cuales se construye la criminalidad permeada por mecanismos de selección que hacen que los hechos delictivos practicados por detentores de poder escapen a la acción del sistema de justicia.

La Criminología nació bajo un paradigma positivista, en el siglo XIX, estudiando la clientela habitual del sistema de justicia y consolidó, así, en la comprensión sobre la criminalidad, la falsa idea de que los criminosos provenían de las clases pobres. Los integrantes de las clases sociales más altas no se encuadraban en el estereotipo del criminoso, a quien se debía temer y de quién se debía proteger. Pero a pesar de la poca atención a aquellos que no respondían al estereotipo patrón de los criminales, se puede recolectar en la historia de la Criminología referencias a los crímenes cometidos por los detentores de poder. El fundador de la Criminología como disciplina científica en el siglo XIX, Cesare Lombroso, en medio de sus conocidos estudios sobre los criminosos natos, escribió, en 1902, sobre las diferencias entre los antiguos y nuevos crímenes, identificando los «nuevos» como los cometidos por los poderosos, incluso por políticos (LOMBROSO, 1902), que se insertaban en su descripción de los «delincuentes latentes» (PESET y PESET, 1975, p.571-572).

Aunque pueda sorprender que los poderosos hayan sido considerados en el nacimiento de la Criminología, muchos miembros de la Escuela Positiva hicieron mención a los delitos de las elites, cuando advertían: «[...] que la “tiranía burguesa” en breve negaría los derechos humanos y civiles a los ciudadanos (Pietro Ellero); que la elite estaba dando forma a “nuevas” formas de criminalidad, más devastadoras que las antiguas

(Cesare Lombroso); y que las clases dominantes, con su desprecio por la legalidad, dictarían el tono moral (o inmoral) de todo el país (Enrico Ferri)» (RUGGIERO, 2010, p.91). En el inicio del siglo XX, el crimen era relacionado con las condiciones económicas de la política capitalista por Willem Bongers (1905), criminólogo holandés, que ya notaba que las clases ricas y privilegiadas permanecían inmunes a la responsabilización por los delitos por ella cometidos (ANITUA, 2015, p.427-428). E.A. Ross (1907) y A. Morris (1935) también otorgaron atención a la categoría de delitos y delincuentes «del mundo superior» (of the upper world) (BERGALLI, 1984, p.45).

A pesar de esas pocas consideraciones acerca de la criminalidad de poder en sus primeros momentos, la Criminología no volvió a mencionar las elites hasta 1939, cuando Edwin Sutherland impulsó el debate fundamental entre los criminólogos sobre el crimen. Sutherland enfrentó las equivocadas conclusiones de los estudios hasta entonces desarrollados en el sentido de que el crimen era un fenómeno asociado a la pobreza y al status social inferior, al constatar que los individuos de alta «respetabilidad» y alto status social también cometían crímenes. Al reconocer que el sistema penal ya se mostraba selectivo en su tiempo (las estadísticas criminales enseñaban que menos de un dos por ciento de las personas sometidas a prisión en un año pertenecían a las clases altas), Sutherland cuestionó el uso de datos estadísticos como fuente para extraer teorías generales sobre el comportamiento delictivo: «Las explicaciones convencionales son invalidadas principalmente porque ellas se derivan de muestras sesgadas. Las muestras están sesgadas porque ellas no incluyen vastas áreas del comportamiento criminal de personas no pertenecientes a las clases más bajas.» (SUTHERLAND, [1940], 2011, p.191). Identificaba, con eso, el primer problema de los estudios sobre causas de los crímenes que buscaban, en las estadísticas criminales, los casos a ser analizados:

Los criminólogos han utilizado las historias de caso y las estadísticas derivadas de las agencias de justicia criminal como su información principal. Estas teorías son que, desde que el delito está concentrado en las clases más bajas, este es causado por la pobreza y por características personales y sociales que se cree están estadísticamente asociadas a la pobreza, incluyendo la debilidad mental, desviaciones psicopáticas, barrios tugurizados y familias «deterioradas». Esta afirmación, de hecho, no hace justicia a las cualificaciones y variaciones en las teorías convencionales del comportamiento criminal, pero presenta correctamente su tendencia central. (SUTHERLAND, [1940], 2011, p.191).

No es correcto relacionar el crimen con la pobreza o con características personales y sociales con ella asociadas cuando el comportamiento delictivo de los hombres de negocios, de la «white-collar class», es totalmente ignorado (SUTHERLAND, 1940). Sutherland propuso, entonces, el término que definiría un tipo de ofensor y un tipo de crimen, que la Criminología también debería tener en cuenta como objeto de su estudio: el crimen del cuello blanco (white-collar crime). En su definición, consideró que serían ellos los delitos cometidos en el ámbito de su profesión, por una persona de respetabilidad y elevado status social, con violación de confianza.

La desconstrucción de los estudios que se venían realizando en el ámbito de la sociología criminal norteamericana y la ampliación de la manera de observar la criminalidad, propuestas por Sutherland, consistieron en aportes relevantes para los abordajes posteriores que culminaron con el surgimiento de nuevos paradigmas criminológicos entre las décadas de 1950 y 1970. La imposibilidad de aprensión de las múltiples dimensiones de la criminalidad como una realidad preexistente a la reacción social e independiente de las construcciones sociales que culminan con el etiquetamiento de la conducta y del criminoso como desviante, fue uno de los aportes que la teoría del «labeling approach» trajo para la Criminología en ese período.

Para los criminólogos críticos europeos y latinoamericanos, esa teoría, llamada del «etiquetamiento o rotulación» impulsó el cambio paradigmático en Criminología, trasladando la investigación de las causas del crimen hacia la reacción social (BARATTA, 1982; ANDRADE, 2003) y cambiando el tipo de cuestionamiento a ser hecho: no se debería preguntar por qué alguien se torna delincuente, sino quien define la delincuencia y cómo se rotula a alguien como un delincuente (ANIYAR DE CASTRO, 1982). A partir de entonces, la atribución del carácter criminal a una conducta o a un individuo no estaría determinado por trazos de la personalidad del autor o por las influencias de su medio ambiente, sino que sería el resultado de procesos sociales por los cuales se define la conducta como delictiva y se selecciona el individuo a ser estigmatizado como delincuente, entre todos aquellos que practicaron tales comportamientos (BARATTA, 1982).

Los *procesos de criminalización*, a los que se dedica la presente investigación, se refieren, así, a la función constitutiva de la criminalidad que tiene la

reacción de las instancias oficiales de control social (legislador, juez, fiscal, policía) y de la cual depende la atribución del status social de delincuente (BARATTA, 1982). Emerge, con este cambio paradigmático en Criminología para los procesos de criminalización, la sociología del control penal conceptualizada por Bergalli como «un primer nivel de investigación meta-normativa en torno a los procesos de creación (selectiva) de las normas jurídico-penales y con un segundo nivel que engloba la investigación sobre los procesos de aplicación (criminalizadores o estigmatizantes) de semejantes normas por medio de las instancias institucionalmente establecidas para tales fines (policía, tribunales de justicia, establecimientos penitenciarios o correccionales, etc.)» (BERGALLI, 1999, p.228-229).

El enfoque en los procesos de definición y selección permite verificar, para los poderosos, que ellos están mucho mejor equipados para confrontar eventuales intentos de etiquetamiento que aquellos desprovistos de poder, «o son capaces de negociar con más éxito los términos de cualquier esfuerzo para estigmatizarlos» (FRIEDRICHS, 2010, p.236). El análisis de los procesos de criminalización de los poderosos se desarrolla bajo ese enfoque: a partir de él, se indaga sobre la legislación penal que prevé las conductas objeto de control penal, la actuación de los «empresarios morales», las campañas de endurecimiento en la persecución de la corrupción o la constatación de que muchas conductas delictivas atribuibles a los poderosos son aceptadas por la sociedad, la actuación del sistema de justicia sobre los hechos delictivos identificados, la investigación, la impunidad, los procesos de selección de los criminosos, los mecanismos de inmunización<sup>22</sup>, etc.

---

<sup>22</sup>Dos términos de uso recurrente en la presente investigación son los de «inmunidad» (o «inmunización») e «impunidad». Como ya esclarecí en mis investigaciones anteriores sobre los procesos de criminalización (QUEZADO GROSNER, 2008, p.55-57), «inmunidad» (o «inmunización») es el término comúnmente utilizado para las situaciones que o no fueron objeto de criminalización primaria – la conversión de una conducta en ilícita mediante la previsión en una ley penal (CASTILHO, 2001, p.49) o que, aunque prevista en legislación penal como delictivas, no llegaron a adentrar el sistema penal. Se refiere, así, a la criminalidad oculta, que no es conocida por las instancias oficiales de control y, por lo tanto, denota una ausencia de representación de las personas o conductas inmunizadas entre los casos tratados por el sistema penal. El término «impunidad», por su vez, es utilizado para los casos conocidos por el sistema pero que no terminaron con la atribución del rótulo de criminoso. Con él, se hace referencia al carácter selectivo del sistema penal, pues el fenómeno de la impunidad ocurre cuando los individuos, insertos en el sistema penal, son de él excluidos durante el proceso de criminalización y escapan a la atribución del status criminal y a las consecuencias de la estigmatización del rótulo de delincuente.



Para todos esos análisis, la Criminología Crítica aporta el cuestionamiento sobre el *carácter selectivo* de esos procesos, revelando los intereses de los grupos que tienen el poder de influir sobre ellos. A partir de la Criminología Crítica, se constata que el sistema penal está dirigido hacia las clases subalternas, privilegiando los intereses de las clases dominantes, que se quedan *inmunes* a su acción. Esa constatación ya había sido hecha por Sutherland (Chambliss reconoció que el trabajo de Sutherland era muy radical para su tiempo y que, en ese sentido, él era el padre de la criminología crítica – FRIEDRICHS, 2016, p.2), pero a partir de su desarrollo, en la década de 1970 en adelante, se destapaban las razones políticas por las cuales determinado comportamiento es encuadrado como desviante o determinado sujeto es considerado delincuente, mientras otras conductas o individuos no lo son. Sin el entendimiento traído por la Criminología Crítica, como observa Pavarini, la criminalidad podría ser vista apenas como un inexplicable accidente (PAVARINI, [1980], 1999, p. 130). La Criminología Crítica, como explicó Baratta, identificó en los procesos de criminalización uno de los más graves nudos teóricos y prácticos de las relaciones sociales de desigualdad propios de las sociedades capitalistas, extendiendo al derecho penal la crítica del derecho desigual (1989, p.209). Demostró que los intereses que están en la base de formación y aplicación del derecho penal no son los intereses comunes de todos los ciudadanos, sino los de aquellos grupos minoritarios dominantes y socialmente privilegiados.

Mientras el sistema penal se dirige hacia la criminalidad de las clases subalternas, los crímenes de los poderosos de la clase alta pasan desapercibidos. Un porcentaje muy pequeño de la criminalidad de cuello blanco es procesada por el sistema de justicia criminal, evidenciando no sólo su sesgo clasista, sino los innumerables factores que auxilian la inmunización de esa clase a la acción del sistema: el prestigio de los autores de las infracciones, la gran disponibilidad de recursos para acusados de cuello blanco, la compleja y costosa investigación, la presión política sobre los operadores del sistema de justicia, el ofrecimiento más frecuente a esos crímenes de alternativas no penales a su responsabilización criminal, etc. (BARATTA, 1982; FRIEDRICHS, 2010; SANTOS, 2000; MACHADO et al., 2016).

La categoría de la selectividad es fundamental para estos estudios y se evidencia cuando se identifica qué casos obtuvieron el eficiente etiquetamiento de desviante al final de la acción del sistema de justicia. Cuando se analizan los casos de

cuello blanco que pasaron por el sistema penal, se ve que la selectividad se reproduce, también, en el microcosmos de la criminalidad de poder: el eficiente etiquetamiento de algunos pocos desviantes de cuello blanco es resultado de la acción del sistema sobre agentes vulnerables o que perdieron apoyo político o que se encuentran en posición subalterna en la jerarquía institucional. Las investigaciones realizadas en la Escuela de Derecho de Yale, bajo la dirección del Profesor Stanton Wheeler (1982), sobre las condenas por delitos de cuello blanco en siete jurisdicciones federales americanas, demostraban que casi todos los criminales condenados eran de clase media (GEIS, 2006), la mayoría no eran los «peces gordos» y no encuadraban en la imagen de bien situados o de poderosos del cuello blanco (DALY, 1989, p.790). Las mujeres identificadas en el estudio habían sido condenadas por crímenes menores y eran trabajadoras de las áreas administrativas, con alta proporción de negras y sin vínculo de trabajo formal (DALY, 1989).

Eso denota que, a pesar del foco que se empezó a dar a los crímenes de cuello blanco, desde 1940, las clases altas en el poder siguen invisibilizadas en el sistema penal, que todavía permanece dirigido hacia los más vulnerables y manteniendo alejadas a las personas de alto status y «respetabilidad» y en posiciones de poder.

## **2.2. La reorientación de la criminología hacia los poderosos: los estudios sobre los «crimes of the powerful»**

El estudio de los crímenes de los poderosos se inició mucho antes de la aparición de las teorías de la rotulación o etiquetamiento que impulsaron el desarrollo de la Criminología Crítica. Como hemos visto anteriormente, los estudios de Sutherland, desde la década de los 30 del siglo pasado, son el marco imprescindible del inicio de un nuevo recorrido posible, dentro de la Criminología, en el cual se ha operado un cambio de dirección: de los crímenes de la calle y de la clientela habitual del sistema penal hacia los crímenes de los que detentan el poder.

Sin desconsiderar la importancia de las conclusiones de Sutherland, ya presentadas y que fueron fundamentales para empezar a cambiar el rumbo de la Criminología, es importante mencionar que sus estudios y la teoría que desarrolló después de crear el concepto de «crímenes de cuello blanco», aún se posicionaban en el marco

explicativo del crimen. La concepción hegemónica de las primeras décadas del siglo XX, explicativa de la criminalidad, era la de que el desvío estaría asociado a la desorganización social, fruto de la heterogeneidad cultural y a los fallos en el proceso de internalización de pautas y de socialización, conforme a los valores considerados normales o hegemónicos. Contra esa concepción, Sutherland defendió que no se trataba de desorganización social, sino de una organización social diferenciada, estructurada conforme a valores distintos, y marcada por la búsqueda de objetivos alternativos. Y así, propuso que, en distintos contextos culturales, los individuos aprenden e internalizan modelos y esquemas de comportamiento. El aprendizaje englobaría tanto las técnicas para practicar el acto como para racionalizar el comportamiento desviado, conforme variados repertorios motivacionales que justifican sus acciones. De esa manera, Sutherland entendía que el individuo se torna desviado cuando en el medio en que actúa prevalecen más definiciones dirigidas a la infracción de las reglas (SUTHERLAND, 1983).

Los nuevos paradigmas criminológicos surgidos entre 1950 y 1970 tuvieron en cuenta la ampliación de la manera de observar la criminalidad, propuesta por Sutherland, pero cada vez más alejados del intento de explicar sus causas. Ella no podía ser considerada como una realidad pre-existente a la reacción social e independiente de las construcciones sociales que culminan con el etiquetamiento de la conducta y del criminoso como desviante. El contexto social y político que marcó el surgimiento de los paradigmas de la reacción social y criminológico crítico impulsó el estudio de los crímenes de cuello blanco y la investigación criminológica sobre las ilegalidades cometidas por corporaciones y Estados, como detentores de poder.

A finales de los años 1960, proliferaron los escritos que criticaban incluso la nueva teoría de la rotulación para que un camino definitivo hacia las elites empezara. Como explica Tierney (2006, p.160), esos escritos eran basados en dos proposiciones fundamentales: la primera, que la definición de crimen y desvío (y, en consecuencia, la propia naturaleza de la ley penal) estaba relacionada con los intereses de elites o clases poderosas; la segunda, que gobiernos, corporaciones y miembros «respetables» de la sociedad frecuentemente estaban involucrados en actividades criminosas (y, de ellas, se escapaban), que eran mucho más dañosas que las llamadas actividades desviantes. Esa línea de pensamiento giró, en definitiva, la atención a los poderosos en la sociedad, tanto como «self-interested rule makers» (creadores de reglas

en interés propio), cuanto como «cynical rule breakers» (cínicos rompedores de normas), o como ambos (TIERNEY, 2006, p.160), como los caracterizaba además Jock Young (1975), situándolos como objeto de la criminología radical<sup>23</sup>. En las dos obras fundamentales de la Criminología Crítica: «The New Criminology» (Taylor et al., 1973) y «Critical Criminology» (Taylor et al., 1975, 1980), se extraía, como uno de los elementos fundamentales de esta línea de pensamiento, el deseo de enfatizar el crimen de la clase dominante en oposición al de la clase trabajadora (TIERNEY, 2006, p. 160).

Los «self-interested rule makers» fueron estudiados por muchos autores en la primera mitad de los años 1970, que abordaron, por ejemplo, el uso de la ley penal para el control de la clase trabajadora (Thompson, 1975 y Stedman-Jones, 1971) y en beneficio de la industria de la carne (Kolko, 1976) o de la industria farmacéutica (Graham, 1976), o la necesidad de redefinición del concepto de crimen liberada de los parámetros impuestos por el Estado capitalista y direccionada a los derechos humanos (Schwendinger; Schwendinger, 1970) (TIERNEY, 2006, p. 162).

Sin embargo, el gran impulso para el estudio sobre los crímenes de los poderosos se dio con los análisis sobre los «cynical rule breakers». William Chambliss, en el libro Criminología Crítica de Taylor, Walton y Young de 1975, presentó su estudio sobre la aplicación de las leyes penales en Nigeria y los Estados Unidos, mostrando que, en ambos países, eran sistemáticamente violadas con impunidad de aquellos que controlaban los recursos políticos y económicos de la sociedad. Constató la existencia de corrupción corriente en los sistemas políticos y legales de ambos países y el hecho de que la mayor parte del esfuerzo en la aplicación de la ley estaba dedicado a la prisión y al procesamiento de ofensas menores cometidas por personas que estaban en la base de la jerarquía de las clases sociales (CHAMBLISS, 1975).

Los análisis sobre los poderosos como autores de los hechos delictivos trajeron importantes constataciones: gobiernos, corporaciones y miembros respetables de la sociedad cometían actos dañinos y sus crímenes pasaron a ser conocidos como los «crímenes de suites» para hacer el contrapunto con los «crímenes de las calles». Frank

---

<sup>23</sup>Criminología radical es el término utilizado por los autores ingleses para lo que después fue conocido generalmente como Criminología Crítica.

Pearce, al publicar su libro «Crimes of the Powerful: Marxism, Crime and Deviance», en 1976, acuñó el término «crímenes de los poderosos». En su obra, notaba que la Criminología tradicional no estudiaba seriamente los Estados y sus agentes y que desconsideraba las actividades de la clase dominante. Con una investigación sobre las actividades criminales de las empresas americanas, demostró cómo eran raros los casos de responsabilización de los poderosos: los delitos de mayor significado económico eran los cometidos por los ricos – los que menos se divulgaban, menos se investigaban y, cuando eran sancionados, dejaban un estigma muy leve en los infractores (PEARCE, 1980, p.109).

Las investigaciones que se siguieron mostraron, entre otras, la criminalidad de la industria automovilística (Dowie, 1988), de las empresas mineras del carbón (Caudill, 1977), de la industria de petróleo (Carson, 1982), la relación entre crimen corporativo y recesión económica (Clinard; Yeager, 1981; Box, 1987), etc (TIERNEY, 2006, p.201). En 1983, Roberto Bergalli pronunciaba conferencia en las Jornadas de Estudio sobre «El Juez penal frente a la criminalidad económica», organizadas por el Consejo General del Poder Judicial en España, en la cual examinaba los «white-collar crimes» desde una perspectiva criminológica crítica y, al resaltar el papel decisivo de las corporaciones transnacionales en la criminalidad económica, anticipaba de cierta manera los debates que hoy se hacen sobre el daño social y la criminología global (BERGALLI, 1984).

En 1988, William Chambliss, entonces presidente de la Sociedad Americana de Criminología, convocó a los criminólogos para el estudio de los crímenes del Estado (state crimes), los actos definidos por la ley criminal y cometidos por oficiales del estado en las actividades de su trabajo como representantes estatales (CHAMBLISS, 1989, p.184). En 1992, Landrove Díaz escribía sobre los crímenes de los poderosos en América Latina, dónde su acción por sus intereses económicos, la codicia sobre los recursos naturales, era tan devastadora cuanto la destrucción física y cultural de la población indígena, quinientos años antes (LANDROVE DÍAZ, 1992, p. 478-479).

Se estableció, así, una corriente de estudios dedicada a analizar no sólo lo que previamente se conocía como las ilegalidades cometidas por los criminosos de «cuello blanco», sino todos los fenómenos delictivos asociados a la actuación ilícita del

Estado, la criminalidad organizada estatal (state organized crime), los delitos corporativos, los delitos estatal-corporativos, financieros, contra el medio ambiente y los resultantes del proceso de globalización económica, practicados por actores situados, estructuralmente, en una posición social privilegiada por su presencia en órganos que administran el poder político o el capital (LASSLETT, 2010, p.211). Escribiendo sobre el estado actual de este área de la criminología, Gregg Barak introduce el *Rotledge International Handbook of The Crimes of the Powerful* (2015b) definiendo así los crímenes de los poderosos: los típicamente cometidos por organizaciones privadas bien establecidas o por organizaciones públicas con violación de los derechos de trabajadores, mujeres, niños, contribuyentes, consumidores, mercados, sistemas ecológicos y políticos o contra la igualdad y religiosidad, origen étnico y raza, género y sexualidad. Además, se refieren también a otras formas de violación, como la tortura y el genocidio (BARAK, 2015b).

Hoy, el estudio de los «crímenes de los poderosos» tiene importantes investigaciones desarrolladas en diversas áreas, entre las cuales se destacan los de Gregg Barak, David O. Friedrichs, Vincenzo Ruggiero, Dawn L. Rothe, Tony Ward, Penny Green, Jeffrey Ian Ros, Ronald Kramer, David Kauzlarich, Steve Tombs, David Whyte, Paddy Hillyard, Iñaki Ribera, Alejandro Forero, Camilo Bernal, Daniel Jiménez, Marília de Nardin Budó, entre otros.

Bajo este paraguas fueron abrigados importantes temas de la criminalidad de los detentores de poder hasta entonces pasados por alto. Muchos de los que se dedicaban al estudio sobre los crímenes de cuello blanco no habían sido capaces de dedicarse a lo que no fuera la esfera privada y los delitos corporativos y, por eso, los delitos de los Estados y de sus agentes, antes de la consolidación de los «crímenes de los poderosos» como área de estudio, estaban mucho más olvidados que el estudio de los delitos privados (FRIEDRICHS, 2010, p.129). La corrupción política, por ejemplo, en el inicio del siglo XXI, se encontraba desconsiderada no sólo por los criminólogos tradicionales, sino incluso por los criminólogos críticos (RUGGIERO, 2000, p.106).

La recuperación de temas que fueron olvidados históricamente por la Criminología viene impulsando reflexiones de muchos académicos sobre el propio objeto de investigación de la disciplina (MORRISON, 2006; BERNAL SARMIENTO et.al,

2014; RIVERA BEIRAS, 2016), que debería ser reconfigurado para que pudiera lidiar con los dos grandes generadores de sufrimiento en la actualidad: el Estado y las grandes corporaciones internacionales (RIVERA BEIRAS, 2014, p.5-6). Con eso, el enfoque de la Criminología debería dirigirse, definitivamente, a la criminalidad de Poder.

Dentro del marco teórico de los estudios sobre los «crímenes de los poderosos», la actuación de los aforados, objeto de la presente investigación, puede ser insertada en diversos ramos. Entre los innumerables tipos de crímenes estudiados como crímenes de los poderosos – los resultantes de la globalización, corporativos, ambientales, financieros, estatales, estatal-corporativos y estatales rutinarios<sup>24</sup> – que pueden ser clasificados de más de una manera al mismo tiempo, las variadas formas de actuación de los aforados se pueden insertar en los tipos que involucran al Estado. Rothe, por ejemplo, define el crimen estatal como «cualquiera acción que viole la ley internacional pública y/o la ley doméstica propia de un Estado cuando esas acciones son cometidas por actores individuales que actúan por o en nombre del Estado, aunque tales actos sean motivados por intereses económicos, políticos o ideológicos personales.» (ROTHER, 2009, p.6).

En la clasificación de Friedrichs (2010), la actuación de los aforados se inserta en la clásica caracterización de los crímenes de cuello blanco gubernamentales, que engloban tanto los «political white-collar crimes», que se refieren a las actividades ilegales practicadas por funcionarios públicos y políticos para su directo beneficio personal y los «state crimes», las actividades dañosas llevadas a cabo por los Estados o sus agencias (FRIEDRICHS, 2010, p.138).

Barak, a su vez, trabaja con el concepto de «state-routinized crimes»<sup>25</sup> (SRC o crímenes estatales rutinarios), para tratar especialmente sobre las distintas formas de corrupción institucionalizada, legales o no, que causan daño a la población, generan

---

<sup>24</sup>Los diversos conceptos trabajados en la línea de estudios de los «crímenes de los poderosos» fueron desarrollados en lengua inglesa y su traducción al castellano aún está siendo incorporada a los artículos escritos en este idioma. Daniel Jiménez tradujo el término «state-corporate crimes» como «crímenes estatal-corporativos» en su texto «Cuellos Blancos, Criminología, Delincuentología, Crímenes Estatal-Corporativos y Daño Social» (JIMÉNEZ FRANCO, 2016). A la falta de traducción conocida al término «state-routinized crimes», se traducirá para este trabajo como «crímenes estatales rutinarios».

<sup>25</sup>La introducción de Gregg Barak al Routledge international handbook of the crimes of the powerful explora ese concepto en la Parte VIII y está disponible en el sitio web del autor: <[www.greggbarak.com/whatx\\_new\\_10.html](http://www.greggbarak.com/whatx_new_10.html)>.

lucro a sus participantes y reúne a políticos, lobistas, recaudadores de fondos para campañas electorales y demás interesados de todas las áreas – empresarios, juristas y militares, y que puede tener, aún, vinculación, muchas veces, con el crimen organizado (Barak, 2015b).

Si bien los estudios hoy sobre los crímenes de los poderosos tengan una dimensión mucho más grande que la restringida a los hechos criminales de individuos atomizados, como esclarece Barak (2015a), y que muchas de las investigaciones hoy realizadas dentro de ese marco se dirijan más a los crímenes y los grandes daños relacionados a la economía y a la acumulación lícita e ilícita de capital, principalmente a nivel global, la presente investigación sobre los crímenes de los aforados encuentra su lugar también dentro del marco teórico de los crímenes de los poderosos. En primer lugar, porque se trae también para esta investigación la dimensión del poder aportada a la Criminología y que culminó con el desarrollo de la línea de estudios abordada en este capítulo, bajo la cual son realizados los análisis sobre los procesos de criminalización de los aforados.

Además, la categoría de los aforados permite reunir, en un solo grupo, las características de respetabilidad y alto status social descritas por Sutherland y de pertenencia a la elite en el Poder. Como David Whyte afirmó en la primera obra específica sobre los «crímenes de los poderosos», de 2009, el estudio de los «crimes of the powerful» no es tanto sobre crimen, es en realidad sobre el poder (WHYTE, 2009, p.3). Los aforados, como se explicará a lo largo de este trabajo, son agentes del Estado, desarrollan funciones públicas y tienen tratamiento procesal diferenciado en sus procesos de criminalización, en los países aquí estudiados.

## **2.3. La construcción de los discursos punitivos direccionados a los poderosos**

### **2.3.1. El recrudecimiento de la actuación del sistema penal y la lucha contra la corrupción en Brasil y en España**

El concepto de crimen de cuello blanco (white-collar crime) propuesto por Sutherland, en 1939, lo definía cómo los delitos cometidos, en el ámbito de su profesión, por una persona de respetabilidad y elevado status social, con violación de la confianza (SUTHERLAND, 1940). Este concepto aparentemente sencillo, sin embargo,



motivó gran discusión académica sobre a qué se refería Sutherland con el término «cuello blanco»: si al ofensor, a la ofensa o a ambos. Julio Virgolini explica que el delito de cuello blanco se diferenciaba del delito convencional por el hecho de haber sido cometido por una persona respetable o de la clase socioeconómica alta, en el curso de su ocupación. Pero Sutherland no dijo cuál de esas circunstancias debería predominar y esa imprecisión «despertó inacabables debates acerca de la mejor manera de concebir el campo y acerca de cuáles delitos, y hasta qué punto o con qué características, quedarían afuera o adentro del concepto» (VIRGOLINI, 2004, p.47).

Las ambigüedades e imprecisiones de la definición de Sutherland, como nota Virgolini, no le quitaron de ella su riqueza y potencial crítico, pero motivaron una búsqueda obsesiva durante décadas por una precisión terminológica que delimitara las diversas conductas abarcadas por el concepto genérico de delito de cuello blanco, una discusión académica sobre denominaciones, definiciones y objetos que al parecer del autor fue improductiva, insatisfactoria y no llegó a ninguna parte (VIRGOLINI, 2004).

Como se explicará mejor posteriormente, Sutherland definió el crimen de cuello blanco basándose en el criterio del ofensor, porque justamente se enfatizan, en el concepto por él presentado, las características del autor de la ofensa, con relación a su respetabilidad, poder y alto status social. Pero esas eran características difíciles de imprimirse objetivamente dentro del derecho penal, así que se fue alejando el requisito de la respetabilidad para enfocarse privilegiadamente la relación entre el hecho delictivo y el desempeño de la actividad profesional. Con eso, el inicio del estudio de los crímenes de cuello blanco se dirigió hacia dos tipos básicos: el «corporate crime» y el «occupational crime» (VIRGOLINI, 2004, p. 47).

El direccionamiento hacia los crímenes practicados en el ámbito corporativo tuvo su explicación también en el contexto económico norteamericano en el cual surgió el concepto de crimen de cuello blanco. Bergalli explica que el interés criminológico por los «white-collar crimes» en los Estados Unidos fue promovido por la política criminal norteamericana iniciada como respuesta al proceso de concentración económica del final del siglo XIX. Innumerables leyes surgidas entre el final del siglo XIX e inicio del siglo XX venían a regular los negocios de las grandes corporaciones, atender las presiones de los consumidores, ayudar el Estado a recuperar el control de la

regulación económica: «puede entonces afirmarse que la originaria concepción del WCC tiene una proyección semántica muy ligada al nuevo proceso del Estado intervencionista norteamericano de las décadas posteriores a la crisis de 1929-30, en tanto y en cuanto esta clase de delito constituye una violación a las nuevas reglas de juego del Estado de los monopolios y de las primeras corporaciones multinacionales [...]». (BERGALLI, 1984, p. 56).

En el continente europeo, la reactivación económica ocurrió después de la segunda guerra, cuando la actividad del mercado funcionaba libremente hasta que el crecimiento de las grandes corporaciones hizo necesaria la intervención estatal para regular las tensiones originadas con la ruptura de la competitividad (BERGALLI, 1984, p.56). El debate de los juristas europeos giró en torno a encontrar un criterio unificador sobre el bien o los bienes jurídicos que se debían proteger con la tipificación de acciones económicas punibles. En Europa, como explica Bergalli, prevaleció, así, el concepto de criminalidad económica, con poca recepción en el derecho penal europeo del concepto de «delitos ocupacionales» o «delitos corporativos» desarrollados en los EUA (Bergalli, 1984, p.60). Los delitos económicos fueron los que durante décadas fueron estudiados como delitos de cuello blanco, a los que recientemente se agregaron otros delitos relacionados con el concepto de intereses difusos (VIRGOLINI, 2004, p. 58).

En América Latina, el tema del crimen de cuello blanco también sufrió apoderamiento por el derecho penal. El II Congreso Latinoamericano de Criminología, realizado en Santiago, en 1941, trajo por primera vez, como tema complementario, «los delitos económicos», a cargo del chileno Raúl Varela (DEL OLMO, 2004, p. 201), quien consideraba insuficientes las figuras delictivas contempladas en los códigos penales para hacer frente a las transformaciones económicas y sociales producidas en aquel siglo, que habían modificado los conceptos sobre los cuales descansaban las relaciones jurídicas patrimoniales, «sustituyendo por la dirección estatal o corporativa de la economía y del contrato el principio de la libre contratación y de la autonomía de la voluntad hasta entonces vigente» (ACTAS, p.29).

Así, de Sutherland hasta la irrupción de las discusiones criminológicas críticas de los crímenes de los poderosos, se puede decir que el debate sobre el crimen de cuello blanco se limitó casi exclusivamente a conformar el concepto en la legislación

penal. El primer acercamiento del sistema de justicia hacia el tema se dio por la criminalización primaria. En los países que no contemplaban legislación para delitos económicos, se pasó al debate legislativo, para prever los tipos penales correspondientes. Después de la proliferación de leyes especiales sobre el tema de la delincuencia económica, se pasó al debate sobre su aplicación y el movimiento de recrudescimiento del sistema penal hacia los criminales de cuello blanco.

En España, el tratamiento legislativo de la delincuencia económica empezó en 1938, mediante el inicio de la promulgación de leyes penales especiales (VILADÀS JENÉ, 1978, p. 643). Como explica Viladàs, desde 1939 hasta finales de la década de los 50, hubo un período de escasez generalizada con prácticas ilícitas en el ámbito económico típicas de la posguerra pero que luego fue seguido de una fuerte y rápida expansión económica que trajo las infracciones típicas de un proceso económico capitalista presidido por un régimen político autoritario. En el inicio de los 70, una grave crisis económica hizo que algunas empresas sucumbieran a la recesión y que algunas subsistiesen gracias a la realización de actos de dudosa licitud o claramente delictivos. Lo importante es que, durante todo ese período, hubo una ausencia casi total de reflexiones críticas sobre la delincuencia. Los juristas estaban dedicados casi exclusivamente a las cuestiones dogmáticas de esa criminalidad y las actuaciones delictivas quedaban impunes y no eran enfrentadas ni siquiera por la opinión pública, censurada, como los trabajos que intentaron denunciar los delitos económicos, por el régimen de Franco. Después de la muerte del dictador, en noviembre de 1975, las denuncias y la sensibilización del público pasaron a ser más amplias (VILADÀS JENÉ, 1978, p. 637).

En Brasil, desde 1945, empezaba a haber leyes criminalizando conductas que se encuadrarían en el concepto de crimen de cuello blanco (MACHADO, B., 2001, p. 50; CASTILHO, 2001, p. 72). Con el golpe de Estado militar, en el año 1964, se inició un nuevo orden jurídico que se afiliaba, en el plan económico, a la economía social de mercado, formalizada por la Constitución de 1967 y continuada por la de 1988, rechazando la economía liberal y el principio de la auto-regulación de la economía, y en el cual el sistema financiero nacional se imponía como importante instrumento de intervención estatal en las actividades económicas que, junto al orden económico-financiero, serían bienes jurídicos a ser protegidos penalmente (CASTILHO, 2001, p. 58-59).

Además, los años 70 en Brasil, y en América Latina como un todo, habían sido marcados por la crisis del petróleo – que permitió a los Estados exportadores la acumulación de recursos financieros que fueron transferidos a bancos europeos y americanos y, luego, ofrecidos como préstamo a los países latinoamericanos (FRANCO, 2000, p.237). A pesar de las enormes deudas de esos países y las dificultades para pagarla sufridas en los 80, los 90 fueron marcados por un proceso acelerado de transformación, avances tecnológicos y la llegada de la globalización que trajeron el cuello blanco al foco de la persecución penal. En 1986, se publicaba la Ley n. 7492/1986, en Brasil, que define los crímenes contra el sistema financiero nacional y que pasó a ser conocida como la ley de los crímenes de cuello blanco.

En la década de los 90, ambos países, Brasil y España, con sus contextos social, histórico y político particulares, atendieron en realidad a la llamada global (que partía de los EUA) hacia la preocupación por la criminalidad de cuello blanco. Como explica Friedrichs, para el contexto americano, los esfuerzos contra los «white-collar crimes» marcaron la década de los 90 y duraron hasta el inicio del siglo XXI porque, con los atentados de septiembre de 2001, la atención pública dejó la criminalidad de cuello blanco para concentrarse en el terrorismo. Luego volvió a ella cuando, en 2008, la gran crisis económica y, particularmente en los EUA, los escándalos en que se vieron envueltas las financieras en Wall Street, trajeron nuevamente la atención a los altos criminales de la élite económica (FRIEDRICHS, 2010, p.18). Sin embargo, a diferencia de los Estados Unidos, la clase de delincuencia económica que ganó la atención del sistema de justicia en Brasil y España estuvo relacionada con la corrupción.

La atención de la comunidad internacional por la lucha contra la corrupción surge en la década de los 90, ligada a las políticas de desarrollo económico marcadas por el Banco Mundial, que consideraba que la corrupción suponía un impedimento al éxito de las reformas económicas y un freno al crecimiento y al desarrollo. Así, en 1996, se iniciaron las acciones para construir, bajo el Derecho Internacional, un marco común a las políticas nacionales de combate a la corrupción (QUINTERO, 2016, p.10). En 2003, la ONU llamaba a que los Estados miembros sancionaran distintas conductas corruptas en el Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificado por España y Brasil en 2006. Junto a eso, la presión internacional para implementar instrumentos para prevenir y combatir el blanqueo de capitales, como

estrategia principal de la «guerra contra el crimen», es considerada uno de los más importantes catalizadores del incremento de la criminalización de la delincuencia de cuello blanco en ambos países (CORDEIRO, 2013; VASCONCELOS, 2015).

La persecución de la delincuencia de cuello blanco, en Brasil y en España, privilegió el tema de la corrupción, que pasó a tener, desde la década de los 90 del siglo pasado, una atención mayor de los medios, de la sociedad y de los operadores del sistema de justicia penal. Esa atención especial al tema de la corrupción marca la emergencia del tema de la criminalización de los aforados, porque muchos de los hechos de la delincuencia económica en estos países se relacionaban con la actuación de autoridades públicas en tramas de corrupción, malversación y financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales.

En España, la actuación del sistema de justicia contra la corrupción tiene su marco inicial a finales de los 80 e inicio de los 90, cuando documentados tres grandes casos detectados y sentenciados – el caso Roldán, el caso Filesa y el caso Osakidetza – que, muy distintos entre sí, dan la clara dimensión de las tres vías por las cuales la corrupción en España se desarrolla: la corrupción derivada de la financiación ilegal de los partidos políticos, la corrupción de carácter personal de altos cargos en el gobierno y la corrupción que incide directamente en las instituciones públicas (RAMÍO MATAS, 2015). Esos casos más destacables de corrupción ganaron la atención mediática en el inicio de la década de los 90, hasta el punto de afectar los dos últimos años de gobierno socialista en España, con petición de dimisión y procesamiento del presidente González, que motivaron el adelanto de elecciones (VILLORIA MENDIETA, 2001, p. 103).

En 1994, el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) empezó a detectar un aumento de la percepción de los españoles sobre la corrupción como uno de los principales problemas de España, índice que alcanzó su ápice en enero de 1995, colocando el tema como su segunda mayor preocupación, sólo por detrás del paro.<sup>26</sup> En ese año, en medio a sonados casos de corrupción política del Gobierno socialista, se creó

---

<sup>26</sup>Disponible en: <[http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos\\_html/TresProblemas.html](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html)>. [Consulta: 6 junio 2018].

la «Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción» (FERDERC), un área especializada de la Fiscalía del Estado, cuya creación fue justificada por la «conveniencia siempre deseable de la especialización orgánica y funcional que se hace necesaria como remedio para el problema de nuevas formas de delincuencia que se apartan de aquella que podríamos llamar “tradicional” y que ha venido en definirse como delincuencia económica.» (Ley 10/1995, de 24 de abril). En la opinión de Bruno Machado (2007b, p.297-298), la creación de la FERDERC, en el último año del Gobierno socialista, se interpretaba como una estrategia política para contrarrestar la gran turbulencia por la que pasaba España en ese momento:

La creación del órgano anticorrupción se constituía en una alternativa con un elevado capital político, ya que atendía a las reclamaciones del Congreso de Diputados y era divulgada por los socialistas como señal de compromiso de lucha contra la corrupción, dotada de elevado valor simbólico. (MACHADO, 2007b, p.299-300).

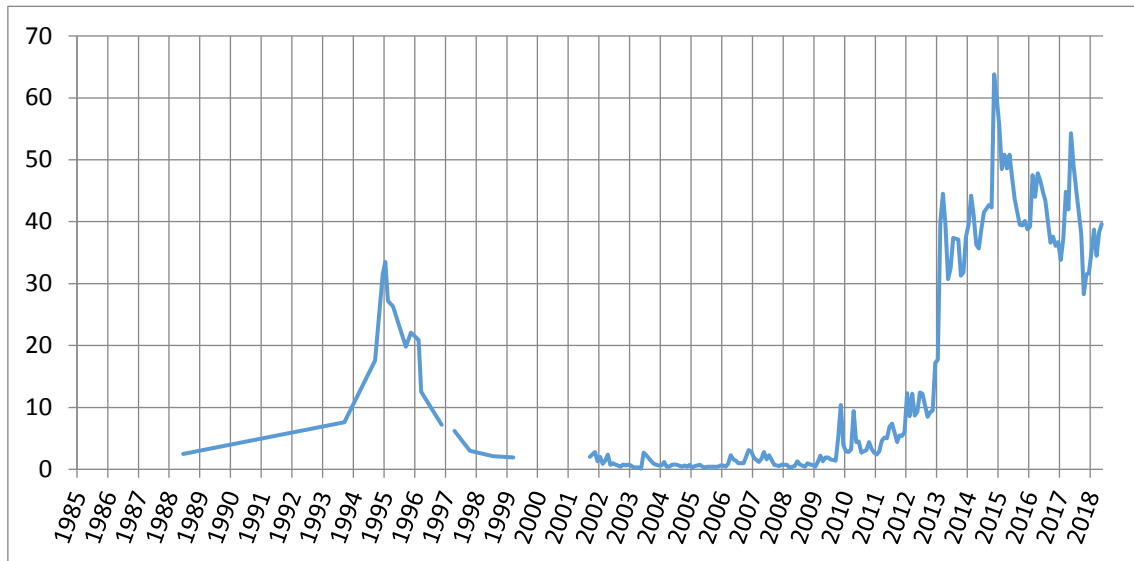
En 2007, esa Fiscalía Especial modificó su nombre por el de «Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada».<sup>27</sup>

Los índices de preocupación por la corrupción bajaron después de 1995 y permanecieron bajos hasta finales de 2009, cuando volvió el tema a la preocupación de los españoles. Mantuvo una escala ascendente con picos en el inicio de 2013 y luego a finales de 2014, cuando alcanzó su pico máximo (CIS, Barómetros, Indicadores).

---

<sup>27</sup>Ley 24 de 2007.

**Ilustración 3** - Barómetro: La corrupción y el fraude entre los problemas principales que existen actualmente en España



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del CIS

El retorno de la corrupción como tema de preocupación de los españoles, en 2009, vino acompañada de reformas en el Código Penal, primero en 2010, que incrementó las penas para los delitos relacionados con la corrupción y creó la figura de la corrupción entre particulares y después en 2015. El aumento de penas fue celebrado por sus efectos en la prescripción que, dadas las dificultades de investigación, acababa ocurriendo en muchos casos y generando frustración social (MORAL GARCÍA, 2017, p.8)

En Brasil, a pesar de haber estado el tema de la corrupción presente en todas las fases de su historia, se considera que a partir de los años 40 del siglo XX, se consolidó por medio del Código Penal de 1940, la disociación entre la corrupción a ser combatida, que era sistémica y el esquema jurídico y político vigente, que estaba preparado sólo para debatir la corrupción desde el punto de vista individual (BUSATO, 2015). La propaganda de combate a la corrupción ganó fuerza con la recuperación de la democracia después de 1988 y permitió la elección del presidente Collor de Mello, que durante su campaña electoral había prometido acabar con los privilegios del funcionariado público y con la corrupción del anterior Gobierno (MACHADO, 2007b, p.65). Los índices sobre las preocupaciones de los brasileños, a su vez, no señalaban la corrupción entre los principales problemas percibidos en Brasil. Las encuestas realizadas

por el IBOPE, importante instituto de mediciones y estadísticas brasileño, mostraban que en 1989, sólo un 20% del electorado de las primeras elecciones democráticas situaban la corrupción entre las cinco mayores preocupaciones de Brasil. Ya en 1995, en la primera encuesta del latinobarómetro, la corrupción era mencionada sólo por el 3,7% de los entrevistados<sup>28</sup>

El presidente Collor de Mello dejó la presidencia, en 1992, cuando se aprobó la apertura de proceso de «impeachment» contra él por desvío de dinero del recaudador de recursos para su campaña electoral. Desde entonces, se dio la apertura progresiva de investigaciones por corrupción. En 1996, en el inicio del gobierno de Fernando Henrique Cardoso (FHC), el latinobarómetro mostraba que la corrupción pasaba a ocupar una preocupación mayor, para el 12,5% de los entrevistados, pero sin mostrar un aumento relevante en las encuestas posteriores. En el inicio de los 2000, la prensa brasileña informaba de la actuación aparentemente exitosa del Ministerio Fiscal del país en innumerables casos criminales por corrupción practicada por altas autoridades públicas, que trajo el reconocimiento público al órgano fiscal, con aprobación del 61% de la población en el año 2004 (CORDEIRO, 2013).

En 2003, el Partido de los Trabajadores, un partido de izquierdas y que hacía oposición al Gobierno de FHC, alcanzó el poder en Brasil, por primera vez, incluyendo también en su programa de gobierno la lucha contra la corrupción y ofreciendo apoyo institucional a la Policía Federal (CORDEIRO, 2013), responsable de las grandes operaciones de investigación de casos de corrupción que involucraban la máquina pública. Sin embargo, el caso más importante de este período, la «Ação Penal 470», conocida como «mensalão» y enjuiciada en el Supremo Tribunal Federal, condenó justo a políticos y empresario ligados al gobierno del Partido de los Trabajadores. Ese período coincide con un acenso importante en la percepción de los brasileños de la corrupción como el principal problema del país, llegando a ocupar, el primer lugar de las

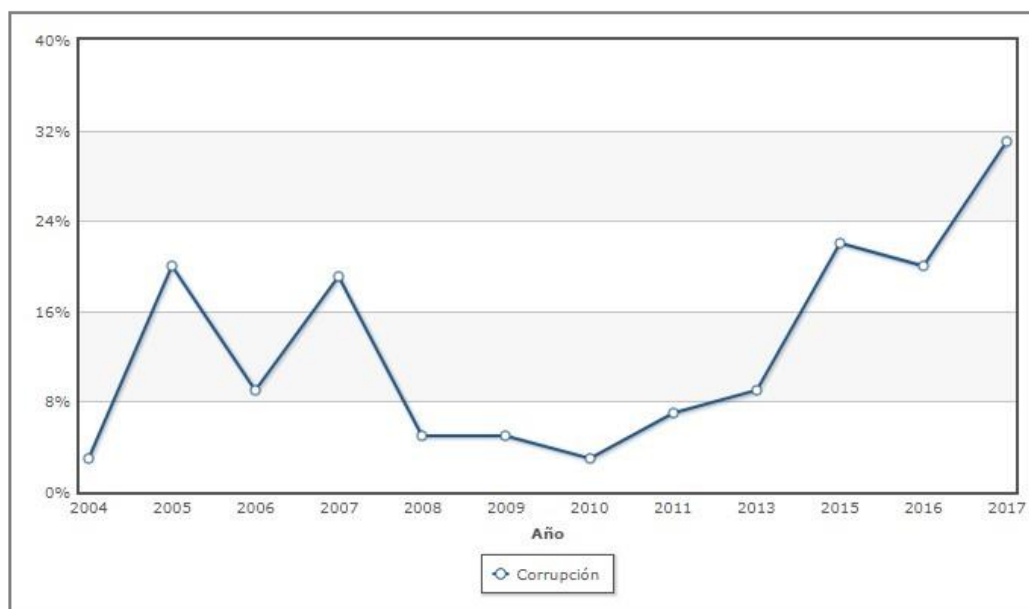
---

<sup>28</sup>Disponible en: <<https://oglobo.globo.com/brasil/corruptcao-principal-preocupacao-para-62-dos-brasileiros-mas-denuncias-podem-ser-coadjuvantes-22241432>> y <<http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>>. [Consulta: 6 junio 2018].



encuestas de 2015<sup>29</sup> y 2017<sup>30</sup>. En 2011, sólo un 9% apuntaba la corrupción como una preocupación prioritaria. En 2017, el 62% de los electores indicaron la corrupción como el tema número 1 de la agenda del país.<sup>31</sup>

**Ilustración 4 - Latinobarómetro 2004-2017 – principales problemas**



Fuente: <http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>

Las encuestas de percepción – no del fenómeno de la corrupción en sí, sino de la preocupación de la población con el tema – son útiles porque representan la confianza de la población en las instituciones (TARÍN, 2016). La percepción de la población sobre los problemas nacionales más graves se convierten en demandas que se reflejan en la pauta de la política criminal, en las iniciativas legislativas y en la presión – retroalimentada por los medios de comunicación – por una actuación más dura del sistema de justicia. En comparativa, los dos países aquí investigados, Brasil y España, viven momentos similares de ubicación del tema de la corrupción entre las preocupaciones más importantes de sus ciudadanos.

<sup>29</sup>Disponible en: <[http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/11/30/avaliacao\\_dilma.pdf](http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/11/30/avaliacao_dilma.pdf)>. [Consulta: 6 junio 2018].

<sup>30</sup>Disponible en: <<https://oglobo.globo.com/brasil/latinobarometro-corrupcao-aparece-pela-1-vez-como-principal-preocupacao-para-brasil-diz-pesquisa-21999964>>. [Consulta: 6 junio 2018].

<sup>31</sup>Disponible en: <<https://oglobo.globo.com/brasil/latinobarometro-corrupcao-aparece-pela-1-vez-como-principal-preocupacao-para-brasil-diz-pesquisa-21999964>>. [Consulta: 6 junio 2018].

A pesar de esas similitudes en el recorrido hacia el recrudecimiento del sistema de justicia para la delincuencia de cuello blanco, especialmente en el tema de la corrupción, se identifica, para ambos países, un desarrollo distinto en su enfoque. Se presentará, seguidamente, algunas características en la construcción de los discursos punitivos hacia los poderosos en España y a continuación en Brasil.

### **2.3.2. Las características de la construcción de los discursos punitivos dirigidos a los poderosos en España**

En el estudio realizado por Villoria y Jiménez, sobre la corrupción en España entre 2004-2010, se compararon los datos de las encuestas europeas y españolas sobre la percepción de la corrupción por la ciudadanía (que mostraban un aumento de la preocupación de los españoles con la corrupción), los de encuestas de victimización (que mostraban una Administración donde el pago de sobornos es lo excepcional) y los datos de la Fiscalía General del Estado sobre las causas incoadas (con números muy bajos de criminalidad entre políticos y altos cargos), para trazar algunas conclusiones importantes sobre el fenómeno en España. Primero, «que la corrupción percibida no se corresponde con los datos objetivos que se conocen de delitos contra la Administración»; segundo, «que la corrupción pública en España no es corrupción administrativa, sino corrupción esencialmente política, que se ha desarrollado ante todo en el nivel local de gobierno y ha estado vinculada al boom de la construcción»; tercero, que la grande percepción de la ciudadanía está relacionada en realidad al tratamiento de los medios de comunicación a las noticias de los casos descubiertos (VILLORIA; JIMÉNEZ, 2012 p.110).

En efecto, mientras la percepción ciudadana en España de que la corrupción está muy extendida en el país – en 2013, el Eurobarómetro realizado constató que un 95% de los ciudadanos españoles así lo afirmaba – las encuestas sobre la vivencia personal de un caso de corrupción daban en el mismo año afirmativo para sólo un 8% de los preguntados (TARÍN, 2016, p.67; VILLORIA, 2016, p.51). Así, los autores que estudian el fenómeno en España afirman que, no sólo no se vive un problema de corrupción sistémica en el país, sino que los episodios de corrupción ocurren en esferas alejadas de la vida cotidiana de los ciudadanos y no afectan a los funcionarios públicos de manera relevante (TARÍN, 2016, p. 67; VILLORIA, 2016, p. 50). Con eso, los estudiosos del tema suelen afirmar que, en España, el problema de la corrupción está

vinculado al medio político y, especialmente, al nivel local (QUERALT, 2012), involucrando a los alcaldes.

Esos datos permiten relacionar la construcción del discurso punitivo hacia los poderosos, en España, a un fuerte componente político y que viene ligado a la crisis económica vivida en 2008. Como explica Villoria, en los años en que la situación económica en España era positiva, la percepción de la corrupción por los españoles alcanzaba índices bien bajos: «entre 2001 y 2006, los años de la especulación y de la burbuja urbanística son los años en la serie histórica de ASEP, que va de 1994 a 2011, donde hay más españoles que consideran que la corrupción ha disminuido algo y mucho (34,6% en 2002 y 34% en 2006). Sin embargo, el análisis de los casos descubiertos posteriormente demuestra que esa es una de las épocas más corruptas de la historia reciente de España.» (VILLORIA, 2016, p. 53). Así, los primeros cambios en la opinión pública y el reforzamiento de las investigaciones vienen justamente en 2005, cuando importantes casos de corrupción empezaron a venir a la luz cuando empezaba la crisis económica. La situación de empobrecimiento de sectores populares y el crecimiento de inseguridad social ha colocado la corrupción, en los momentos de crisis económica en España, dentro de la ecuación resultante de este contexto y que es acompañada de una demanda de mayor severidad en el control social y penas de prisión para sus responsables (ABAD, 2017, p.48).

En 2009, se dio a conocer el más grande caso de corrupción del período estudiado en el presente trabajo, el «caso Gürtel», que involucraba al Partido Popular y, a pesar de las denuncias de corrupción, en las elecciones generales españolas de 2008 y 2011, el tema del endurecimiento contra los corruptos todavía no había pasado al juego político en España, no figurando como uno de los principales temas de las campañas electorales (SAMPEDRO; SEOANE PÉREZ, 2009; HUMANES; ÁNGELES MORENO, 2012; ANDUIZA et al., 2014). El en cambio de mando de José Luis Rodríguez Zapatero (PSOE) a Mariano Rajoy (PP), en 2011, imperaba en la agenda electoral el tema económico. Sólo a finales de aquél año, la preocupación por la clase política y los partidos políticos empezó a compartir protagonismo con la cuestión económica (ANDUIZA et al., 2014, p.67).

Ya en las elecciones generales de 2015, el tema de la corrupción estaba entre los tres temas más destacados por los candidatos, incidiendo con más fuerza en el discurso de Pedro Sánchez (PSOE), cuya campaña se basaba en denunciar los casos de corrupción vinculados con el Partido Popular de su adversario Mariano Rajoy (LÓPEZ-GARCÍA et al., 2018, p.788). Mariano Rajoy fue investido nuevamente presidente el 29 de octubre de 2016 y la presión de los partidos de oposición sobre el tema de las acusaciones de corrupción se siguieron. En 2017, los partidos de oposición interpelaban al Ministro de la Justicia en el Congreso de los Diputados sobre injerencias en la actuación de la Fiscalía<sup>32</sup>. El 24 de mayo de 2018, se dio a conocer la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el «caso Gürtel», condenando a diferentes cargos públicos del PP por un sistema de corrupción institucional consistente en la manipulación de la contratación pública central, autonómica y local. La sentencia motivó la presentación de Moción de Censura exigiendo la responsabilidad política del Gobierno de Mariano Rajoy que, votada el 1 de junio de 2018, culminó en la salida de Mariano Rajoy y en la investidura de Pedro Sánchez como presidente.

Ese período, a partir de finales de 2011, es marcado por la alzada definitiva del tema de la corrupción al juego político, por la atención mediática y diversas innovaciones y alteraciones legislativas, en el Código Penal español, en la normativa sobre Financiación de partidos políticos, la entrada en vigor del Estatuto del Alto Cargo, entre otras.

### **2.3.3. Las características de la construcción de los discursos punitivos dirigidos a los poderosos en Brasil**

En Brasil, se pueden visualizar tres características destacadas en la construcción de los discursos punitivos hacia los poderosos. La primera, la de ser el resultado de un marcado ímpetu punitivo de la izquierda, como consecuencia de las constataciones de la criminología crítica sobre la reproducción por el sistema penal de la desigualdad de clases del orden capitalista, pero que desconsidera el papel re-legitimante del sistema en esta actuación.

---

<sup>32</sup>Disponible en: <[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-51.PDF#page=43](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-51.PDF#page=43)>. [Consulta: 3 agosto 2018].

La segunda, la presencia de la elaboración de un discurso garantista de doble velocidad para una actuación diferenciada de los operadores del sistema de justicia en los casos de los poderosos.

La tercera, la utilización de la justificativa de que se está obteniendo la igualdad en el sistema de justicia criminal por medio de una actuación que, en realidad, es meramente simbólica.

Analizando la primera de esas características, se ve que, desde los años 70, se puede situar el movimiento por la represión a la criminalidad económica, en Brasil, dentro de la reivindicación de la izquierda por extender la reacción punitiva a las conductas tradicionalmente inmunes a la intervención del sistema penal. Karam testificó, en Brasil, el recrudecimiento del sistema penal hacia los poderosos llevado a cabo en la década de los 90, cuando escribió su texto «La izquierda punitiva», criticando fuertemente el clamor persecutorio de la época hacia la clase dominante, que desconsideraba, en esta actuación, el elemento re-legitimador de un sistema penal desigual que antes era objeto de críticas de la izquierda:

[...] amplios segmentos de la izquierda, percibiendo apenas superficialmente la concentración de la actuación del sistema penal sobre los miembros de las clases subalternas, a dejar inalcanzables conductas socialmente negativas de las clases dominantes, no se preocuparon en comprender la clara razón de esta actuación desigual, ingenuamente pretendiendo que los mismos mecanismos represores se dirigieran al enfrentamiento de la llamada criminalidad dorada, más especialmente los abusos del poder político y del poder económico. [...] Entusiasmados con la perspectiva de ver estos «buenos magistrados» imponiendo rigurosas penas a reos adinerados (sólo por eso vistos como poderosos) y apropiándose de un generalizado e inconsecuente clamor contra la impunidad, estos amplios segmentos de la izquierda fueron tomados por un desenfrenado furor persecutorio, centralizando su discurso en un histérico e irracional combate a la corrupción [...] (KARAM, 1996, p. 80)

Ese reorientación hacia las clases dominantes era resultado ya de las constataciones de la criminología crítica sobre la desigualdad del sistema penal y su actuación selectiva (CARVALHO, 2013), que en Brasil se ven aún más destacadas por la fuerte desigualdad económica y social del país.

La modificación de la lógica del sistema penal, para que pasara a inclinarse menos a las clases desfavorecidas y más a los poderosos, estaba presente en el discurso criminológico crítico. Al proponer diseñar un programa de izquierdas sobre el control del delito, los realistas de izquierda<sup>33</sup> ya defendían no sólo la revisión de los conceptos sobre el delito común, sino también «persistir en la denuncia y crítica de los delitos de los poderosos» (ANITUA, 2015, p.497), lo que en definitiva, como explica Anitua, era re-legitimarse el sistema penal.

Aliado al discurso marxista sobre la desigualdad, la construcción del punitivismo hacia los poderosos también fue influenciada por el enfoque minimalista o garantista, al que se acercaron muchos juristas que adoptaron los postulados de la Criminología crítica y que, para frenar los abusos del sistema, defendieron el derecho penal de garantías. En las estrategias para una «política criminal» de las clases subalternas de Baratta, la que derivaba de la crítica al derecho penal como derecho desigual se refería a la necesidad de «dirigir los mecanismos de la reacción institucional hacia la criminalidad económica, hacia las desviaciones criminales de los organismos y corporaciones del Estado y hacia la gran criminalidad organizada» (BARATTA, 1989, p. 214-215). Como explica Anitua, no se trataría, con eso, de «relegitimar al sistema penal sino fundamentar otro sistema que serviría para perseguir aquellos comportamientos inmunes al actual sistema pero mucho más dañinos, como las formas de criminalidad de las clases dominantes» (ANITUA, 2015, p.500).

Esa característica primera de la construcción de un discurso punitivo de los poderosos sigue fuerte y reformulada en la llamada que la Criminología crítica y ahora global hace para el siglo XXI: de crítica a los crímenes del poder previstos en el ordenamiento como delito, «a fin de buscar la reversión de la doble vía que hace hoy a la justicia penal una justicia fuertemente clasista: derecho penal máximo, máximamente duro e inflexible contra la delincuencia de los pobres, delincuencia de subsistencia; derecho penal mínimo, máximamente leve e indulgente contra los crímenes del poder, la

---

<sup>33</sup>El realismo de izquierda, como explica Anitua (2015, p. 491-493), fue el enfoque adoptado por algunos de los más destacados criminólogos críticos anglosajones, como John Lea y Jock Young, que mantenían el paradigma marxista, pero con críticas a sus primeros desarrollos dentro de la Criminología Crítica, para insistir en la necesidad de una política de control del delito sobre la base de que el delito es un problema y que afecta a las clases trabajadoras.

corrupción y las bancarrotas, incluyendo la agresión y la violencia de la policía contra los manifestantes.» (FERRAJOLI, 2014, p. 94-95).

La segunda característica sobre la construcción de los discursos punitivos hacia los poderosos está en las teorías elaboradas para justificar esa actuación particular del sistema de justicia. La reordenación de prioridades en la intervención criminal impulsó, principalmente entre los operadores del sistema de justicia y muy particularmente entre miembros del Ministerio Público, el desarrollo de concepciones jurídicas justificadoras de la actuación prioritaria y más rigurosa del sistema penal en la persecución de los delitos de cuello blanco y que también marcó, en Brasil, la construcción de los discursos punitivos hacia la criminalidad de los poderosos.

El trabajo de innumerables fiscales proponía, primeramente, en ámbito penal, una teoría legitimadora de esa persecución basada en la Constitución, que pautaba la actuación del derecho penal hacia la violación de los intereses difusos y los delitos de cuello blanco, que afectarían más fuertemente a la comunidad, y que así debería pautar la actuación de la fiscalía (FELDENS, 2002). Al respaldar el derecho penal en el derecho constitucional, Feldens pudo justificar la necesidad de reordenar las prioridades de actuación de la fiscalía en el área criminal, defendiendo además un garantismo bifrontal de maximización de protección de los individuos frente a la actuación estatal aliada a la protección de los derechos fundamentales por medio del derecho penal (CORDEIRO, 2013, p.91).

Seguidamente, en el ámbito del proceso penal, se dio continuidad a la elaboración teórica de Feldens para hacerse una relectura del garantismo jurídico de Ferrajoli y crear el «garantismo penal integral». Esta relectura muy particular del garantismo de Ferrajoli se alejó y mucho del derecho penal mínimo, acercándose al punitivismo, para defender que el Estado no sólo debería garantizar los derechos fundamentales individuales, sino también la seguridad de los ciudadanos, o sea, tendría el deber no sólo de evitar las conductas criminosas, sino también de garantizar la debida investigación del ato ilícito y punición del responsable (CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2010).

Conforme al «garantismo penal integral», no se debe centrar apenas en los derechos fundamentales individuales de los ciudadanos investigados, procesados o condenados, sino también en el deber del Estado de protección de los ciudadanos, que incluye su seguridad y que permite que, en los casos en que sea necesario, adecuado y proporcional, los derechos fundamentales individuales sean restringidos (FISCHER, 2010). Tal construcción proporcionó la base teórica para superar las dificultades prácticas del Ministerio Público brasileño en la investigación y persecución de la criminalidad de los poderosos. Dentro de una concepción de que el fin justifica los medios, los fiscales actuantes en el área de la delincuencia de cuello blanco pasaron a defender sus estrategias de investigación, muchas veces cuestionadas por las defensas de los acusados y con la firme convicción de equilibrar la doble balanza de la justicia que, desde Sutherland, «penaliza sistemáticamente los delitos de los pobres, por un lado y, por el otro, garantiza la libertad en lo relacionado con los delitos de los ricos.» (ANITUA, 2015, p.349). Se adoptó, así, el discurso ideológico de la reducción de la desigualdad del sistema penal por medio de la máxima criminalización de las conductas de cuello blanco (CORDEIRO, 2013, p. 87).

El discurso de que habría en Brasil un hipergarantismo, dirigido exclusivamente a los derechos de los reos, en especial a los reos poderosos, en detrimento de la protección de la sociedad, marcó la actuación del Ministerio Público Federal en la persecución de la corrupción en los últimos años y del Poder Judicial en los casos denunciados.

La tercera de las características aquí presentadas está en la justificativa dada a la actuación hacia los poderosos de equilibrio de la balanza punitiva que, en realidad, se muestra meramente simbólica. Como resultado de todo el esfuerzo para perseguir la criminalidad de la clase dominante, se consigue imputar a uno u otro miembro el atributo de criminoso. El sistema penal sigue selectivo y con esos ejemplos puntuales de criminalización exitosa de los poderosos, se legitima el sistema penal dándole una apariencia de igualitario. Como explica Karam en su crítica al punitivismo de la izquierda hacia los poderosos:



No perciben estos sectores de la izquierda que la posición política, social y económica de los autores de los abusos de poder político y económico les da inmunidad a la persecución y a la imposición de pena, o, en la mejor de las hipótesis, les asegura un tratamiento privilegiado por parte del sistema penal, la retirada de la cobertura de invulnerabilidad de los miembros de las clases dominantes sólo se da en poquísimos casos, en que conflictos entre sectores hegemónicos permiten el sacrificio de uno u otro responsable por hechos de esa naturaleza, que colisione con el poder mayor, a que ya no sea útil. No perciben que, cuando llega a haber alguna punición relacionada con hechos de esa naturaleza, ésta acaba recayendo en personajes subalternos (KARAM, 1996, p.81).

Vera Malaguti Batista también se unió a la crítica contra las políticas criminales de la izquierda de las cuales venían muchos equívocos, entre ellos, la ilusión del redirección del poder punitivo contra los poderosos (BATISTA, V., 2012, p.122).

En medio de la celebración de la condena de algunos políticos y empresarios en las últimas décadas, los estudios empíricos sobre la criminalización de la delincuencia de cuello blanco en Brasil demuestran que ésta no fue efectiva, sino meramente simbólica. La investigación de Ela Wiecko sobre 682 casos de crímenes contra el sistema financiero entre 1987 y 1995, encontró apenas 77 con sentencia final y entre ellos sólo 3 condenas (CASTILHO, 2001). La investigación sobre la persecución penal de la corrupción y de los delitos económicos en el sistema de justicia federal de Brasil, realizada por Machado, Costa y Zackseski, en el año 2012, analizó 55 casos, con 218 reos involucrados, entre los cuales sólo 1 fue condenado (MACHADO et al., 2016a). La investigación sobre los procesos criminales contra aforados en el Supremo Tribunal Federal, entre 2002 y 2016, realizada por la FGV Direito Rio, encontró un 1,04% de condenaciones (FALCÃO et al., 2017).

En la investigación de Cordeiro (2013), que analizó las prisiones provisionales de acusados de cuello blanco en operaciones de la Policía Federal entre los años 2003 y 2010, a pesar del gran foco mediático y de ser el resultado de ese incremento en la persecución de esa criminalidad, acabaron contribuyendo, en realidad, a la construcción de una jurisprudencia más liberal en materia de prisiones cautelares.

Las acciones aisladas de éxito en la persecución de los poderosos sirven, en realidad, para presentar una apariencia de neutralidad del sistema penal

(PEMBERTON, 2007, p.30; ALVESALO y TOMBS, 2002, p.31) y mantener la afirmación de que en una sociedad democrática las leyes se aplican igualmente a ricos y pobres (FRIEDRICHS, 2010, p.309). Como ya notaba Pearce: «la aplicación esporádica de las leyes que atacan a los ricos satisface la exigencia de que el Estado se muestre neutral y parezca controlado por el pueblo» (PEARCE, 1980, p.150-151).

Además, como explica CASTILHO, como la selectividad es necesaria para la manutención del sistema, ella seguirá siempre presente si la apuesta es todavía por la eficacia de la función preventiva del sistema penal (CASTILHO, 2018, p.322).

#### **2.3.4. Un aspecto de la criminalización de los poderosos políticos**

Construido así el discurso punitivo de la criminalidad de los poderosos, en Brasil, su implementación, en la actualidad, viene generando en el país una situación de crisis en diversos sectores e incluso entre los criminólogos críticos. La persecución de la criminalidad de la clase dominante era un deseo de la izquierda, pero no sólo suyo. Fue adoptado por los operadores del sistema de justicia criminal que vivenciaban cotidianamente su actuación selectiva dirigida a los pobres. Y, al final de un recorrido en que el gobierno de izquierdas posibilitó las condiciones que hacían falta para implementarse esta persecución – la legislación, el fortalecimiento de la policía, la innovación en la jefatura de la Fiscalía General de la República, los sistemas de intercambio de informaciones entre los órganos de investigación – el Partido de los Trabajadores del presidente fue objeto de esa persecución por corrupción, en dos casos de gran alcance mediático: «Mensalão» y «Operação Lava-Jato».

Esta última viene siendo considerada por los medios «el mayor caso de corrupción de la historia del mundo moderno» y resultó en la investigación y condenación de muchos miembros de la clase política brasileña por corrupción relacionada con la compañía estatal de petróleo Petrobras que alcanza más de mil millones de euros. En el presente trabajo, no se discutirán los detalles de este caso que son muy interesantes no sólo desde el punto de vista criminológico, sino también del Derecho Penal, Procesal Penal y de la Ciencia Política. Pero un aspecto importante merece ser mencionado por permitir visualizar una característica más de la persecución de los poderosos, inherente a toda iniciativa en este sentido.

La persecución de los poderosos ligados al Estado tiene un factor añadido en relación a los demás delincuentes de cuello blanco, del ámbito corporativo privado, que es el componente político. En todos los casos en que hay investigación y enjuiciamiento de figuras del medio político que todavía ocupan posiciones de poder o que aún no perdieron cobertura – «cuando por alguno de los motivos señalados el grupo que integran ya no puede ni le conviene sostenerlos» (VIRGOLLINI, 2004) – el factor del uso político de la persecución criminal es invocado para cuestionar la legitimidad de la actuación del sistema sobre él. Y aquí hay dos facetas de la utilización de este argumento. El primero, cuando el componente político es el factor motivante de la persecución criminal, que es iniciada por los adversarios políticos, que auxilian en la investigación, denuncian los hechos delictivos, reúnen pruebas e influyen la opinión pública en contra de la autoridad, pero limitados a funcionar como meros «empresarios morales»<sup>34</sup>. El segundo, cuando se acusa a toda la actuación del sistema de justicia de estar marcada políticamente.

En el primero caso, no hay deslegitimación de la persecución penal, porque importa poco si los hechos fueron descubiertos por la actuación de los adversarios políticos. Como explican Villoria y Jiménez, «las denuncias de corrupción política son también parte de la política, voluntariamente o no.» (2012, p.116). En esta primera hipótesis, además, se conforma bien la eventual actuación parcial de los fiscales, porque como órgano de acusación, no pueden exceder su sesgo político más allá de la acusación y de los pedidos de medidas restrictivas de libertad que dependen de decisión judicial para su implementación.

El segundo caso es el que aporta mayor problema: la acusación de maniobra política del sistema de justicia criminal y que afecta, sobremanera, a los jueces.

Andrés Ibañez narra para España lo que se puede aplicar tranquilamente también para Brasil: los intentos de deslegitimación de los jueces y de las causas

---

<sup>34</sup>El concepto de «empresarios morales», «moral entrepreneurs» en el original, fue trabajado por Howard Becker, que escribió que «la imposición de una regla es un acto de iniciativa y ocurre cuando aquellas personas que quieren que la regla sea públicamente impuesta (los instigadores de la moral) llaman la atención de los otros sobre la infracción, ya que, cuando ésta se hace pública, ya no puede ser ignorada» ([1963], 1971, p.113). Así, «la imposición se produce cuando alguien hace el llamado de atención. En tercer lugar, la gente realiza dicho llamado, haciendo la imposición necesaria, cuando ve alguna ventaja en ese acto. El interés personal la impulsa a tomar la iniciativa.» (BECKER, [1963], 1971, p.113).

tramitadas contra imputados excelentes (2015, p. 411 y 420). La crítica, muchas veces, se dirige a la actuación judicial sobre representantes de cargos electos bajo el argumento de que la investidura del juez no procede de las urnas y así, la decisión del Poder Judicial estaría interviniendo en otro Poder, elegido democráticamente. En España, como recuerda Andrés Ibañez, se presentó ese tipo de cuestionamiento ante la posibilidad de imputación de un presidente de gobierno, en la época de la persecución judicial de la guerra contra ETA: ¿era posible, políticamente hablando, procesar «a un señor que contaba con el respaldo de nueve millones de votos»? (ANDRÉS IBAÑEZ, 2015, p.423).

El mismo cuestionamiento lo hace Díez-Picazo, que sitúa en el fondo de la responsabilidad penal de los gobernantes una tensión ínsita entre el Estado de derecho (igualdad ante la ley, sumisión de los gobernantes a la legalidad, etc.) y la democracia (carácter representativo de los cargos públicos, responsabilidad política, etc.). La aplicación de la legalidad penal a los gobernantes no es vista con buenos ojos por los particularmente sensibles a las exigencias de la democracia, que ven en ella una violencia a los dictados de la voluntad popular. Así, la compatibilidad de la responsabilidad penal con la legitimación democrática de los gobernantes es innegablemente problemática (DÍEZ-PICAZO, 2000, p. 29-31):

Es incuestionable que los delitos graves de los gobernantes, en especial cuando afectan al propio funcionamiento del proceso político democrático, deben ser siempre investigados y perseguidos; pero es preciso reflexionar antes de afirmar que cualesquiera infracciones cometidas por los gobernantes, incluso aquellas que suelen cometer la mayor parte de sus conciudadanos, han de ser combatidas. He aquí el que podría llamarse «argumento de las consecuencias políticas de la criminalidad gubernativa»: ¿tiene sentido un puritanismo que permite que el funcionamiento de la democracia se vea afectado o, incluso, manipulado por una aspiración, no siempre sincera y desinteresada, a que los gobernantes mantengan una conducta inmaculada? [...]

Es precisamente la consciencia de los defectos de la condición humana la que exige que se impongan límites y controles al ejercicio del poder; pero dista de ser evidente que esos límites y controles deban ser siempre jurídicos y, en particular, penales. Aunque suene duro, a veces un país tiene que elegir entre estar correctamente gobernado y hacer justicia en todo caso. En el momento de configurar cómo debe exigirse responsabilidad penal a los gobernantes, la presencia del argumento de las consecuencias políticas de la criminalidad gubernativa es inevitable. (DÍEZ-PICAZO, 2000, p. 31-33).

En Brasil, la actuación judicial contra el ex presidente de la República, por implicación en actos de corrupción relacionados con la empresa Petrobras y por los cuales acabó condenado y encarcelado, vienen suscitando los mismos cuestionamientos, dirigidos a lo que su defensa llamó «lawfare».

«Lawfare» es el término acuñado para designar la politización del poder judicial, el mal uso o abuso del derecho para fines políticos y militares.<sup>35</sup> Nacido en Estados Unidos, el término fue recuperado por la defensa del ex presidente Lula para describirlo como víctima de una guerra jurídica orientada a alejarlo de la vida pública. La construcción del concepto de «lawfare», que incluyó la creación de un instituto por iniciativa de sus abogados<sup>36</sup>, a finales de 2017, la publicación de libros sobre el caso Lula y de videos que lo comparan al líder Nelson Mandela<sup>37</sup>, fue una importante estrategia defensiva en medio de una batalla judicial en la cual estaba siendo acusado el líder político más carismático de Brasil. En ese caso, el intento de criminalización de una figura política que todavía contaba con apoyo político y popular hizo que el discurso punitivo hacia la criminalidad de cuello blanco sufriera reservas, como si la fiscalía hubiera elegido el poderoso equivocado a ser perseguido.

En lo que se refiere exclusivamente a la persecución de los crímenes de los poderosos, la invocación de la ocurrencia de una «lawfare» – muchas veces la única posibilidad defensiva disponible para una autoridad pública acusada y con grandes posibilidades de verse seleccionada por el sistema de justicia – es la otra cara de una misma moneda. En la cara de la acusación, la misma situación configura el típico obstáculo para perseguir un poderoso cuando ese es el poderoso «equivocado», que cuenta con apoyo popular y político. En el debate sobre la selectividad del sistema penal, la persecución penal eficiente, justamente por la selectividad, también es criticada. Como defiende Terradillos, «los riesgos de instrumentalización de la justicia penal para dar

---

<sup>35</sup>Un punto interesante al abordar este tema en el presente trabajo, aún que meramente de paso, es que el término también está siendo utilizado para designar la inculpación de los líderes independentistas en Catalunya. A respecto ver: <<http://www.lavanguardia.com/internacional/20180405/442206466841/condena-lula-estado-derecho.html>> y <<https://www.vilaweb.cat/noticies/aixi-desplega-espanya-una-estrategia-clara-de-lawfare-contra-catalunya/>>. [Consulta: 7 junio 2018]. Sobre la criminalización política del movimiento pro-independentista en Catalunya, ver: FERNÁNDEZ-BESSA et al., 2018.

<sup>36</sup>Disponible en: <<http://lawfareinstitute.com/>>.

<sup>37</sup>Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=8VnrsSjH6mk>>.

respuesta o una determinada respuesta a conflictos políticos son evidentes, y han de ser evitados. Pero evitar la judicialización de la política no es equivalente a desjudicializar la respuesta a la corrupción política.» (TERRADILLOS, 2017, p.11).

#### **2.4. ¿Quiénes son los poderosos?: poder económico, poder político, alto status social - el concepto de delincuencia dorada**

Los discursos punitivos hacia la criminalidad de cuello blanco se deparan con un problema conceptual de base. El concepto «white-collar crime» es utilizado como un paraguas bajo el cual se abrigan innumerables actividades ilegales, prohibidas y dañosas, que se relacionan a la violación de la confianza – pública o privada – son practicadas por instituciones o individuos con un status respetable y legítimo y que se dirigen a la obtención de beneficios financieros o a la manutención el poder y del privilegio (FRIEDRICHS, 2010, p.8). Pero, desde Sutherland, hay importantes debates sobre a qué se refiere el término cuello blanco: ¿al ofensor, a la ofensa o a ambos? ¿Se refiere a personas (o a organizaciones por ellas integradas) de la clase alta, con status social elevado y posición de destaque que practican crímenes? ¿A tipos específicos de delitos practicados en el contexto de la ocupación profesional, negocios o actos de administración pública? ¿O a las dos cosas?

Sutherland, al definir el crimen de cuello blanco, utilizó el primero criterio, lo de quien es el ofensor, enfatizando las características del autor relacionadas con su respetabilidad, poder y alto status social (BENSON, 2009, p.549-550). Hacía clara alusión al poder económico o político que inviste el agente, «lo cual sugiere la estrecha relación entre criminalidad y desarrollo estructural en el que ella se manifiesta» (BERGALLI, 1984, p.48). Sutherland acuñó el término para crear una categoría que ejemplificara la criminalidad de la clase alta y, con ese ejemplo, cuestionar la tradicional relación que se hacía entre crimen y pobreza. Pero en el recorrido de la teoría de la criminalidad de cuello blanco hubo al menos dos problemas de interpretación que se desviaron de esa idea inicial.

Primeramente, la utilización del término para caracterizar un tipo de crimen, practicado en el contexto empresarial y económico, que no necesariamente fuera practicado por miembros de la elite. Eso resultó de la puesta en foco, para la definición

de esos crímenes, en la forma de actuar y en el objeto material de la conducta, en que restaban minimizados los conceptos subjetivos de respetabilidad y posición social. Con eso se rompía, como percibió Virgolini, las fronteras que podrían trazarse entre una criminalidad de las clases altas y la criminalidad difusa de las clases medias: ambas entrarían en el mismo campo empírico mientras se mantuviera el requisito de la relación con una ocupación (VIRGOLINI, 1994, p.48). Al caracterizar cualquier crimen practicado en el contexto profesional como «white-collar crime», se pasó a atribuir crímenes de cuello blanco a personas de «cuello azul»<sup>38</sup>, desgarnecidas de poder y vulnerables a la acción del sistema de justicia criminal y que pasaron, así, a ocupar las estadísticas criminales. Como demuestran los estudios empíricos sobre la criminalidad de cuello blanco, las condenas suelen recaer sobre las presas fáciles de los pequeños negocios y los pequeños empresarios (ALVESALO, TOMBS, 2002, p.32), la clase media trabajadora del área administrativa, responsabilizada por crímenes de cuello blanco cuando ni llevan cuellos o, cuando los llevan, no son de color blanco (DALY, 1989, p.790; FRIEDRICH, 2010, p.15; SHOVER; CULLEN, 2008, p.159).

De esa manera, al alejarse de las especificidades del agente, dirigiendo los estudios para las características de la infracción, se permitió que la teoría del «white-collar crime» abrigara todo un conjunto de comportamientos substancialmente idénticos que desconsideraba lo que los estudios iniciales acentuaban de más importante: ser los sujetos activos del delito miembros de una elite, condición que les facilitaba indiscutibles privilegios en su relación con la justicia (SANTOS, 2000, p.197).

El segundo problema está en utilizar el delito de cuello blanco para ejemplificar la delincuencia habitual de las elites, como lo hizo Sutherland, y verlo utilizado como sinónimo de la criminalidad de la clase dominante, como si esos fueran exclusivamente los actos criminales por ella practicados y en que reforzada la idea de que el comportamiento de la clase dominante es cualitativamente distinto de lo de los demás delinquentes. Estancados en grupos definidos, que además no se mezclan – los

---

<sup>38</sup>Como explica Bergalli (1984, p.44-45), «white collar» (cuello blanco) y «blue collar» (cuello azul), sociológicamente hablando, han constituido siempre expresiones destinadas a poner de manifiesto las diferentes vestimentas utilizadas respectivamente por los empleados y los trabajadores. Concretamente, en la sociología industrial fueron expresiones empleadas para designar a los trabajadores no manuales (WC) y a los trabajadores manuales (BC). Sin embargo, esa idea sociológica no correspondió al significado que la expresión white-collar criminality o white-collar criminal pasó a designar.

privilegiados practican «suite crimes», los desprivilegiados practican «street crimes»— se perpetua la división entre estos y aquellos, desconsiderándose todos los crímenes «comunes» practicados por los poderosos, que siguen inmunizados.

Por eso, como defienden algunos autores y autoras, entre ellas Santos (2000), es fundamental recuperar el núcleo esencialmente subjetivo del concepto de cuello blanco, el que restringido a las infracciones penales practicadas por agentes especialmente influyentes, que tienen su poder proveniente de una privilegiada posición social, económica, profesional y que no deja de considerar el contexto en lo cual es practicado. Atentar para el color del cuello, reconducir el concepto para la reflexión inicial sobre los crímenes de los ricos y poderosos y sobre la forma cómo ellos evitan las consecuencias legales de sus conductas lesivas es la manera de recuperar la esencia de la razón por la cual Sutherland acuñó originalmente el concepto aquí estudiado (SANTOS, 2000, p.203-204).

Esa recuperación de las variables originales de Sutherland sobre el elevado status y respetabilidad también la hacen Ruggiero y Welch (2008), que defienden que la definición a ser adoptada para esos delitos es la que parte de la dimensión de poder. Con eso, se excluyen de la amplia familia de la criminalidad de cuello blanco a las personas con poder extremadamente limitado y que acaban responsabilizadas sólo por integrar determinada cultura organizacional. Los «power crime» es la definición a ser adoptada para las ofensas cometidas por Estados, corporaciones e instituciones financieras, que poseen una exorbitante cantidad de recursos simbólicos y materiales y de libertad para actuar (RUGGIERO, WELCH, 2008, p.298-299).

La tarea de recuperación del concepto original de criminalidad de cuello blanco tampoco es fácil. Dar relevancia al status social del autor del delito prescinde de relacionar el crimen y la ocupación o la profesión del delincuente, pero por otra banda, amplia sobremanera el concepto para incluir cualquier desviación en que su protagonista fuera una persona respetable. En la opinión de Virgolini:

Si el criterio fuera sólo ése, el campo empírico resultaría nuevamente ampliado en demasía y se perdería el sentido que puede tener la construcción de una entera categoría criminológica tan sólo para comprender en ella al autor de un engaño vulgar. Va de suyo, no obstante, que existe cierto acuerdo en que en esta categoría no entra el



sujeto que, aunque de buen origen, comete un delito común, especialmente si está signado por la violencia o no tiene connotaciones patrimoniales. (VIRGOLINI, 2004, p.50)

Tomando esa advertencia de Virgolini, no se puede desconsiderar, sin embargo, que, mismo para el delito común, el status social del autor, su pertenencia a una clase social poderosa, los vínculos sociales y políticos establecidos, la índole de las actividades que desarrolla, son factores que influyen en los procesos de criminalización. No se discuerda del entendimiento de Virgolini de que la selectividad del sistema penal se opera de manera distinta para los poderosos cuando practican delitos convencionales y no convencionales: para ese autor, la criminalidad económica viene impregnada de inmunidad, porque contiene características estructurales que otorgan una protección más bien permanente, mientras que para los delitos convencionales, «son razones o circunstancias accidentales o a veces conectadas con la mayor o menor habilidad o la fortuna del autor las que le permiten evitar el procesamiento y la condena» (VIRGOLINI, 2004, p.105).

Pero para los que detienen poder político, en especial, el proceso de criminalización tiene más probabilidad de sufrir la acción selectiva del sistema penal, tanto para crímenes convencionales cuanto para los típicos crímenes de cuello blanco, lo que sugiere el desarrollo de un concepto de criminalidad enfocada, exclusivamente, en el status social y en poder político de su autor. Aquí se habla de desarrollarse el concepto de «delincuencia dorada» de Versele.

El juez belga Severín-Carlos Versele, en el V Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente, realizado en Ginebra, en 1975 y, posteriormente, en presentación hecha ante el Consorcio Europeo de Investigaciones Políticas, en 1976, explicó que en el sistema penal hay dos clases de fenómenos en la represión de la delincuencia. El primero, las cifras negras (a que preferimos llamar de cifras ocultas<sup>39</sup>), consistente en «un buen número de infracciones, variable según su naturaleza, que no es conocido “oficialmente”, ni detectado y, por lo tanto, tampoco perseguido» (VERSELE, 1976, p.20). Al parecer de Versele, las cifras ocultas son marcadas: por la acción de la policía y la elección que hace de los valores que

---

<sup>39</sup>Para evitar la utilización de expresiones que refuercen estereotipos de discriminación racial.

debe proteger penalmente, por una mayor atención a la delincuencia convencional en detrimento de la económica y social, por la predominancia del ocultamiento de las clases sociales económicamente favorecidas, si no privilegiadas, por la relación entre persecución y deseo de persecución expresado por la víctima de los delitos, por discriminaciones de la organización judicial (VERSELE, 1976, p. 21).

A parte de la cifra oculta, que se refiere a los delincuentes que escapan a toda detección oficial, Versele defendió la existencia de un segundo fenómeno, la «cifra dorada», consistente en los «criminales que tienen el poder político y lo ejercen impunemente abandonando a los ciudadanos y la colectividad a la explotación de la oligarquía, o que disponen de un poder económico que se desarrolla en detrimento del conjunto de la sociedad.» (VERSELE, 1976, p. 21). Identificando la existencia de las «cifras doradas», Versele acuñó el término «delincuencia dorada»:

[...] para llamar a las actividades socialmente nocivas y peligrosas que el poder político y la fortaleza económica protegen de toda sanción [...], se trata, esencialmente, de convivencias político-económicas, de colusiones político-financieras, de sutiles peculados, de concusiones disfrazadas y abusos reales, favorecidos por las lagunas de la ley más o menos deliberadas, como por las complacencias más o menos conscientes. (VERSELE, 1976, p. 21).

El concepto original de Versele de «delincuencia dorada» es, en realidad, el que hoy se estudia como «crímenes de los poderosos» – en su ejemplificación de esa criminalidad están no sólo los crímenes cometidos por personas de negocios, políticos y funcionarios gubernamentales, sino también las compañías multinacionales. Pero la dimensión de poder político que él recupera interesa sobremanera al presente estudio. Versele resalta, en su concepto sobre «delincuencia dorada», el entrelazamiento entre poder político, económico y social, que marca el tema de los aforados. Incluso fornece como ejemplo de la delincuencia dorada nacional la utilización abusiva de los privilegios de ministros y miembros del parlamento, la criminalidad política y la corrupción de los poderes (VERSELE, 1976, p. 23).

Las incertezas que puede generar la vinculación de un concepto de delincuencia al status social, político y económico de su autor no están presentes para el estudio de la criminalidad de los aforados porque su status y poder son ciertos e incuestionables, tan sólo por la función pública que ocupan. Como se explicará en el

capítulo siguiente, los aforados son un macrogrupo constituido por integrantes de los grupos de elite, que ocupan cargos públicos, electivos y burocráticos del Estado, de donde ejercen su poder formal, componiendo la clase políticamente dominante. Para el estudio de la criminalidad de los aforados importa más su condición personal – superior – por las posibilidades que tienen de influenciar en la selectividad del sistema penal, que propiamente el delito practicado. Importa, así, para estudiar las razones para el limitado alcance y dificultad de su persecución, la calidad de los actores: ubicados, con particular protagonismo, en el sistema político y en la estructura social, responsables de las decisiones relevantes, investidos de funciones públicas o que participan de ellas, trabajadores del gobierno o de alguna de las administraciones, poseedores de puestos de dirección en el organigrama de los partidos políticos que ocupan, oligárquicamente, el sistema institucional (ANDRÉS IBAÑEZ, 2015, p.412-413). Los aforados disfrutaban, en razón del cargo, de una especial capacidad de información e influencia, disponen de los principales resortes del aparato estatal y tienen las condiciones para encubrir o tratar con indulgencia los hechos delictivos cometidos por ellos mismos o por sus colaboradores (DÍEZ-PICAZO, 2000, p. 13). Así, como explica Díez-Picazo, la característica que define su criminalidad está en que «bien para cometer el delito bien para evitar que sea investigado y perseguido, sus autores pueden disponer de medios jurídicos, económicos, humanos y tecnológicos que son privativos del Estado» (DÍEZ-PICAZO, 2000, p. 13).

Por esa razón, el estudio sobre la criminalidad de los aforados debe ir más allá de los crímenes de los poderosos para enfocar no tipos de delitos específicos sino su condición de cercanía al poder político. Como se explicará posteriormente, las reglas de aforamiento que conceden tratamiento diferenciado a altas autoridades pueden relacionarse o no con la función pública que desempeñan, o sea, los delitos perseguidos para este grupo pueden tanto acercarse más del concepto tradicional de delito de cuello blanco cuanto puede la persecución penal ser indistinta para el tipo de crimen. Es cierto que la criminalidad de los aforados suele relacionarse a aquellos delitos típicos de quienes desempeñan funciones públicas, pero no debe limitarse a ellos, sino ser aplicada también a los delitos no convencionales porque también a estos entra en riesgo la utilización de su posición de poder para obtener impunidad.

De esta manera, un concepto que enfoque el poder político del autor, su posición social, su capacidad de influir en su criminalización, es más adecuado para el

análisis de la criminalidad de los aforados y, por lo tanto, el concepto de «delincuencia dorada» puede ofrecer la exacta dimensión del objeto de estudio de la presente investigación.



### **3. EL AFORAMIENTO EN EL CONTEXTO DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS PODEROSOS**

El tema del aforamiento es recurrente siempre y cuando se discute la criminalización de autoridades públicas.

El aforamiento es «el derecho de ciertos sujetos de ser juzgados por un tribunal superior al que correspondería de aplicarse las reglas ordinarias de competencia.» (Aragoneses Martínez y Cubillo López, 2004, p.66). Es una alteración de las reglas de la competencia objetiva, funcional y territorial, en virtud de la cual un tribunal fijado legalmente y sólo él es competente para enjuiciar a determinadas personas ocupantes de elevadas funciones públicas. Tiene un origen histórico y se mantiene hoy en día bajo justificativas que se presentarán a lo largo de este capítulo.

Como ya mencionado en la introducción de este trabajo, el tema del aforamiento normalmente viene acompañado de otros conceptos relacionados a la responsabilización de altas autoridades públicas que no serán objeto específico de estudio en el presente trabajo. La «irresponsabilidad» prevé que la persona «no puede quedar sometida a ningún proceso penal» (GÓMEZ COLOMER, 1998, p.334), es decir, aunque cometa un delito, no podrá ser enjuiciada por ello. Ese es el caso del Rey español, como previsto en el art. 56.3 de la CE. La «inviolabilidad» es la que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por sus opiniones. Por fin, la «inmunidad» es el derecho en abstracto de no ser perseguido, salvo si concurren determinadas circunstancias, cuando se prevé que se levante la inmunidad. Así, en el ejemplo de Gómez Colomer para los parlamentarios (1998, p.339), si uno cometa delito relacionado con sus funciones, queda totalmente protegido por la inmunidad, pues es inviolable. Sin embargo, si cometa delito que nada tenga que ver con el ejercicio de sus funciones (la muerte de un peatón conduciendo bajo la influencia de bebidas alcohólicas), «no queda cubierto por la inviolabilidad, pero, dada su condición de representante del pueblo español, y a efectos de garantizar un control parlamentario previo de los hechos para evitar los graves perjuicios que la inviolabilidad trata de evitar, las leyes le conceden inmunidad parlamentaria, que significa que sólo podrá ser juzgado penalmente si Las Cortes así lo autorizan, respondiendo afirmativamente a la petición que a este respecto

(llamada «suplicatorio») eleve el tribunal competente (GÓMEZ COLOMER, 1998, p.339-340).

El aforamiento, por su vez, aparece relacionado a tales conceptos porque, levantada la inmunidad de los inviolables, ellos pueden ser juzgados criminalmente por los hechos que se le imputan, pero no ante el juez o tribunal que le correspondería por el lugar de comisión del delito, sino ante un tribunal distinto, superior. No les corresponde el fuero competencial normal, sino uno especial, de ahí la denominación de «aforado» (GÓMEZ COLOMER, 1998, p.340).

En este capítulo, se discutirá cómo el aforamiento se presenta, en el contexto de la criminalización de los poderosos, como herramienta de inmunización de personas en el poder a pretexto de proteger a los cargos que ocupan, de alta relevancia para el Estado. Las reglas de aforamiento fueron previstas por la necesidad de protección de estas autoridades contra las tentativas, justas o no, de su responsabilización. Funcionando como un componente adicional en el proceso de criminalización, el aforamiento es apuntado como obstáculo a la criminalización de las personas con poder.

### **3.1. La historia del aforamiento: privilegio y desigualdad**

Según la Real Academia Española, «aforamiento» es la acción y efecto de aforar, de otorgar fuero. «Fuero», que proviene de la palabra latina «forum», tiene, en el diccionario de la RAE, nueve significados:

1. m. Jurisdicción, poder. Fuero eclesiástico, secular.
2. m. En España, norma o código históricos dados a un territorio determinado. Los fueros de Navarra y del País Vasco.
3. m. Compilación de leyes. Fuero Juzgo. Fuero Real.
4. m. Cada uno de los privilegios y exenciones que se conceden a una comunidad, a una provincia, a una ciudad o a una persona. U. m. en pl.
5. m. Privilegio, prerrogativa o derecho moral que se reconoce a ciertas actividades, principios, virtudes, etc., por su propia naturaleza. U. m. en pl. Defender los fueros de la poesía, del arte, de la justicia, de la razón.
6. m. coloq. Arrogancia, presunción. U. m. en pl.
7. m. Der. Competencia a la que legalmente están sometidas las partes y que por derecho les corresponde.
8. m. Der. Competencia jurisdiccional especial que corresponde a ciertas personas por razón de su cargo. Fuero parlamentario.

9. m. desus. Lugar o sitio en que se hacía justicia.<sup>40</sup>

El origen del instituto del aforamiento está íntimamente vinculado a la noción de privilegios y, en este sentido, al concepto de igualdad o mejor diciendo de desigualdad. Históricamente, en cuanto el precepto de la igualdad entre todos los integrantes de la sociedad no era existente, las relaciones sociales se establecían de modo a preservar la superioridad de determinados grupos por medio de privilegios establecidos en las más diversas esferas de la organización social – el privilegio de vestir prendas de determinados colores, de tener ritos fúnebres especiales, de utilización de ciertos anímicos, de exención de impuestos y, finalmente, de tener un tratamiento diferenciado en la órbita penal y procesal.

Las sociedades en que históricamente basadas las tradiciones jurídicas estudiadas en el presente trabajo no se articularon como un agregado de individuos, sino como «una estructura compuesta de estados o estamentos jerarquizados entre sí.» (TOMÁS Y VALIENTE, [1979], 2007, p.169). Y, por eso, los privilegios estuvieron siempre presentes, como expresión (y garantía) de una sociedad así organizada (SABADELL, 2006, p.198).

Los privilegios estaban presentes en la Grecia Antigua en la importancia dada a ciertos cargos públicos en la ciudad-estado griega, y también en los juzgamientos de senadores y magistrados en Roma (BELÉM, 2008, p.26), aunque vinculados más a la responsabilidad de los gobernantes que dirigidos a la protección personal (DÍEZ-PICAZO, 2000, p.48).

En la Edad Media, la proyección social del inculpado daba la medida del menor o mayor padecimiento: en algunos crímenes, si era noble, tenía el privilegio de sufrir apenas el confisco de la mitad de sus bienes; si perteneciente a los bajos extractos, sufriría la pena corporal (BELÉM, 2008, p.32). En la organización social de la Edad Media europea, «era fundamental la relación jerárquica existente entre unos estamentos privilegiados – nobleza y clero – y un tercer estamento solo definido negativamente y por exclusión respecto a los otros dos» (TOMÁS Y VALIENTE, [1979], 2007, p.169).

---

<sup>40</sup>Disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=IYqmDg8>>. [Consulta: 4 diciembre 2018].



El criterio funcional justificaba la condición social y jurídica de cada hombre, variando la dignidad según la misión desempeñada en la sociedad. Los privilegios se concebían como instrumentos para cumplir la alta dignidad social y así justificada, na moral vigente, la justicia de atribuir a las personas derechos distintos. La condición privilegiada se transmitía hereditariamente entre los miembros de la nobleza o se adquiría por la pertenencia al estado clerical:

En los textos bajomedievales se habla con frecuencia de los «mayores» y de los «pequeños» (o del «poble menut», como se decía en Catalunya) aludiendo, respectivamente, a los poderosos, que son superiores en riqueza, en honores y en derechos, y a los simples hombres libres, pero pobres y no privilegiados. La prepotencia de aquéllos es clara e indiscutida. (TOMÁS Y VALIENTE, [1979], 2007, p.169).

En ejercicio de ejemplificar esos privilegios, Tomás y Valiente enumera unos tantos:

Nobles y clérigos gozan de unas importantes exenciones y ventajas en materia fiscal (variables, sin embargo, a lo largo del período contemplado, en cuya última fase la política real recorta en beneficio del Fisco algunas de estas exenciones) y en materia militar; el clero disfruta de una jurisdicción o fuero eclesiástico; los nobles gozan de importantes privilegios procesales (como los de no poder ser sometidos a tormento, salvo en delitos de lesa majestad), referentes a la responsabilidad patrimonial (como el no estar sujetos al régimen de prisión por deudas) y jurisdiccionales (la existencia de determinados tribunales especiales); las penas contra los nobles son menores que las aplicables a un villano por un mismo delito; numerosos oficios políticos o administrativos sólo pueden ser desempeñados por miembros de la nobleza; algunas penas (como las de azotes, galeras o salir a la vergüenza pública) eran inaplicables a los nobles por ser consideradas infamantes... Sólo siendo miembros de uno u otro estamento era posible disfrutar de tales privilegios. En ello radica la rigidez estamental de la estructura social, invariable durante los siglos XIII al XVIII. (VALIENTE, [1979], 2007, p. 169).

En España, esta estructura también se hacía presente. El primer conjunto de normas elaborado en la Península Ibérica fue la Ley de las *Siete Partidas* en que se ve la presencia de un reglamento protector y asegurador de privilegios a los miembros más destacados de la sociedad y a ocupantes de los más altos cargos de la estructura de gobierno en España (BELÉM, 2008, p.57).

En Portugal, las Ordenaciones Afonsinas, Manuelinas y Filipinas, vigentes del siglo XV hasta el XVIII, enumeraban diversos privilegios. Las Ordenaciones Filipinas fueron las que tuvieron más influencia en el Brasil colonial, trayendo exenciones, fueros privilegiados, plazos y penas diferenciadas en acciones judiciales envolviendo un noble, clérigo, caballero o miembro de la administración pública.

Nascidos de la desigualdad, los privilegios eran además herramientas de poder. Los privilegios eran concedidos, mantenidos o retirados en relación directa con el poder del agraciado. En la esfera penal, no sólo influían en la competencia para juzgamiento, sino también en la aplicación de las penas y las cuestiones de competencia de jurisdicción fueran verdaderas expresiones de poder que llevaron los privilegios procesales a las disputas de cada época. Por ejemplo, durante la historia del derecho occidental, impresiona la influencia que la lucha por poder entre la Iglesia Católica e Imperio Romano y, después, entre Iglesia y Monarcas, tubo en la definición de reglas procesales penales. En el siglo V, en el fin del Imperio Romano, la Iglesia Católica logró, en clara lucha de poder, que los ilícitos criminales practicados por senadores fueran juzgados por sus pares y que los practicados por eclesiásticos fueran juzgados por los sacerdotes de mayor nivel jerárquico (el «privilegium fori»). Luego en la lucha con los Monarcas europeos, perdió la batalla por la manutención de la inmunidad absoluta de los sacerdotes a la justicia secular y sufrió limitación en la incidencia del derecho canónico. En las Constituciones de Clarendon, de 1164, hay muestra de esta lucha cuando prevista el que se puede considerar una de las primeras reglas de aforamiento: la limitación de que un «comandante del rey» o un «oficial del gobierno del rey» pudieran ser procesados por la Iglesia. El monarca, con eso, impuso su autoridad para preservar sus altos funcionarios del reinado de la aplicación del derecho canónico, en la lucha por alejar la Iglesia de los asuntos del Estado. (BELÉM, 2008, p. 49).

Donde hubo el rompimiento con la Iglesia Católica fue más fuerte el repudio a la concesión de privilegios en todos los niveles en la orden jurídica que se formaba en determinados países. Como explica Belém, todavía, eso no ocurrió en la Península Ibérica, donde la red de concesión de privilegios siempre estuvo presente en la actuación de los monarcas con marcada presencia de la Iglesia. (2008, p.49). Con el término de la jurisdicción supranacional Eclesiástica, la concesión de privilegios pasó a la órbita interna de los gobiernos como tarea del monarca o de la comunidad señorial,

dirigida a proteger los ocupantes de los cargos de mayor relevancia (BELÉM, 2008, p.49), pero no perdían su carácter personal de protección de los involucrados en el proceso penal.

Esa sociedad del Antiguo Régimen, señorial, políticamente organizada bajo la forma del Estado absolutista fue sustituida, en Europa, durante los últimos decenios del siglo XVIII o a lo largo de las primeras décadas del XIX, por otro modo de organización económica, jurídica y política, en que eliminados los privilegios y predicada la igualdad jurídica de todos los hombres. La promulgación de declaraciones de derechos individuales, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia en 1789 y el «Bill of rights» norteamericano implantaron el principio de la igualdad de los individuos en la organización política, en la cual los privilegios no tenían lugar y debían ser abolidos.

El Abate Sieyès, en su Ensayo sobre los privilegios, escribía en 1789: «Todos los privilegios son, pues, por su propia naturaleza, injustos, odiosos y están en contradicción con el fin supremo de toda sociedad política.» (1950, p.25). Y registraba en su Ensayo cómo un privilegio conformaba los privilegiados dentro de un mundo aparte y superior a los demás:

En el momento en que el príncipe imprime a un ciudadano carácter de privilegiado abre el alma de éste a un interés particular y la cierra, más o menos, a las inspiraciones del interés común. La idea de la patria se reduce para él, encerrándose en la casta que le ha adoptado. Todos sus esfuerzos anteriores, empleados con fruto en servicio de la causa nacional, van a volverse contra ella. Se quiso animarle y se le ha depravado.

Nace entonces en su alma un deseo de destacarse, un ansia insaciable de dominación. [...]

Penetrado un momento en los nuevos sentimientos de un privilegiado. Él se considera, con sus colegas, como formando un orden aparte, una nación escogida por la nación. [...] (SIEYÈS, [1789], 1950, p.31-32)

Sin embargo, como explica Tomas y Valiente, tal igualdad se mostró mucho más aparente que real, utilizada por la burguesía en beneficio propio y sin trascender las declaraciones formales (TOMAS Y VALIENTE, [1979], 2007, p.402). Significaba, en realidad, igualación jurídica con la nobleza. Por medio de la supresión de los privilegios, se creaba una condición jurídica igualitaria de todos los ciudadanos. «Pero una vez lograda esta conquista con la caída del Antiguo Régimen, la burguesía ya no se

esforzó por mantener el mismo principio aplicable a la igualdad entre ella y las clases populares. [...] no hubo en el Estado liberal una verdadera igualdad jurídico-política entre todos los ciudadanos.» (TOMAS Y VALIENTE, [1979], 2007, p.425).

Eso se vio presente en que, bajo la justificativa de preservación de los cargos públicos esenciales a la República, las naciones que la proclamaron mantuvieron privilegios en forma de prerrogativas. El Abate Sieyès ya advertía: «No confundamos, en ningún caso, la superioridad absurda y quimérica, obra de los privilegios, con la superioridad legal entre los gobernantes y los gobernados. Esta es real y necesaria. No enorgullece a los unos ni humilla a los otros; es una superioridad de funciones y no de personas. [...]» (SIEYÈS, [1789], 1950, p. 40).

Con el argumento de que los privilegios personales eran eliminados, privilegios «reales» fueron establecidos: los personales eran los privilegios concedidos a la persona en razón de ella misma, por estima o gracia o a título remuneratorio de sus servicios, era el privilegio «odioso» y que violaba la ley. Los privilegios «reales» eran «los concedidos, no a las personas, aunque redundan también en provecho suyo, y si, a las cosas que están relacionadas con tales personas, como los cargos, empleos, dignidad, invenciones, descubrimientos, etc. Estos nada tienen de odiosos desde que el interés público les demanda y que no provienen de abuso, tal es el privilegio que tiene el diputado o el senador de no ser preso sino en los únicos términos excepcionales de la Constitución.» (PIMENTA BUENO *apud* BELÉM, 2008, p.118).

La primera Constitución española de 1812, la Constitución Portuguesa de 1822 y la primera constitución del Brasil Imperio, de 1824, inspiradas por la Carta liberal francesa de 1791, siguieron esta tendencia de abolición de los privilegios estrictamente personales. Todavía, se mantenían, con orgullo liberal, los que fuesen esenciales y exigidos por utilidad o servicios públicos, como consecuencia necesaria del justo y útil principio de la igualdad delante de la ley (PIMENTA BUENO *apud* BELÉM, 2008, p.117).

El constitucionalismo moderno previó, así, maneras de exigir responsabilidad penal de los ocupantes de cargos públicos esenciales, definiendo dónde y cómo sería el enjuiciamiento de los delitos practicados por sus ocupantes. En algunos

sistemas, miembros del poder ejecutivo serían enjuiciados por el poder legislativo, en otros por un órgano superior de la justicia ordinaria después de la autorización del poder legislativo, como ocurriría con diputados y senadores; los jueces serían juzgados por un órgano judicial de jerarquía superior.

La Constitución francesa de 1791, por una concreta necesidad de defensa de la Revolución frente a Luis XVI y sus ministros, sustrajo a la justicia ordinaria el enjuiciamiento de los hechos delictivos cometidos por los ministros en el ejercicio de sus funciones, determinando que sólo el poder legislativo podía ejercer la acusación y reservando el enjuiciamiento a la Haute Cour, un órgano especial compuesto por cuatro miembros de la Corte de Casación y veinticuatro jurados populares (DÍAZ-PICAZO, 2000, p.111). Inauguraba, con eso, una tradición de tratamiento diferenciado de los delitos ministeriales que influenció la mayor parte de los textos constitucionales europeos de los siglos XIX y XX y que traía como problema de base el desafío de proporcionar a las Cortes «un remedio efectivo frente a eventuales ministros de dudosa lealtad constitucional» (DÍAZ-PICAZO, 2000, p.138).

En España, la primera providencia de la carta liberal fue tentar abolir los fueros especiales e implementar un fuero único, que entretanto convivió con la jurisdicción eclesiástica y militar. La primera constitución española reguló la institución de los jueces, partiendo del radical principio de división de poderes y estableció la unidad jurisdiccional o unidad de fuero: «Para implantar un régimen de igualdad de los ciudadanos, la Constitución dispuso que en los negocios comunes civiles o criminales todos quedaban sometidos a un solo fuero, exceptuando tan sólo la existencia del fuero o jurisdicción eclesiástica y del fuero militar.» (TOMAS Y VALIENTE, 1983, p. 522). El «fuero único», todavía, hasta 1868 no se pudo implantar, dada la extensa relación de jurisdicciones especiales existentes, muchas de ellas residuos de los «fueros privilegiados» del Antiguo Régimen. El Decreto de 6 de diciembre de 1868 suprimió los fueros especiales, afirmando que «la diversidad de fueros por razón de las personas que litigan no tiene razón de ser» (TOMAS Y VALIENTE, 1983, p. 525) y la unidad de fuero fue elevada a rango constitucional por la Constitución de 1869.

Sin embargo, dentro del fuero único predicado constitucionalmente, prerrogativas de enjuiciamiento fueron establecidas para determinados cargos. En el

tratamiento diferenciado de los delitos ministeriales, España atribuyó a órgano judicial el enjuiciamiento de tales delitos. La Constitución de Cádiz, previó tratamiento diferenciado al Rey (art. 168), a los diputados (art. 128), a los consejeros de Estado (arts. 239 y art. 261, §4º), a los magistrados (art. 253 y art. 261, §4º), a los secretarios de Estado y del Despacho (art. 226 y art. 261, §2º y 4º) y a los miembros del Supremo Tribunal (art. 261, §5º). A los consejeros, magistrados, secretarios y miembros del Supremo, estableció su aforamiento en el Supremo Tribunal.<sup>41</sup> El aforamiento de los senadores y diputados en el Tribunal Supremo fue introducido por el art. 47 de la Constitución de 1876<sup>42</sup> y el fuero especial de los ministros por el art. 38, apartado primero, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.<sup>43</sup>

En la Constitución del Brasil Imperio, de 1824,<sup>44</sup> se abolieron, en su art. 179, §16, todos los privilegios que no fueran esencial y enteramente relacionados a los cargos, por utilidad pública, pero exceptuaba, en el §17, las causas que pertenecieran a fueros particulares. Los cargos dignos de subsistencia del privilegio de foro eran los de diputados y senadores (arts. 26, 27, 28 y 47), de ministros y consejeros del estado (arts. 38, 47, 133 y 143), de consejeros del supremo tribunal de justicia, «desembargadores» (jueces de segunda instancia), presidentes de provincias, miembros del cuerpo diplomático y obispos, de jueces de derecho y comandantes militares (art. 164, II, da Constitución y art. 154 y 155 Código de Proceso Criminal, de 1832<sup>45</sup>).

La Carta de 1891 del Brasil República prohibió la institución de fueros privilegiados y tomó en préstamo del constitucionalismo americano diversos elementos para la adopción del modelo republicano. Adoptó la concepción federalista e importó el concepto de *impeachment* para la responsabilización del presidente de la República, pero las reglas de aforamiento siguieron más cercanas al modelo español y portugués que del

---

<sup>41</sup>Disponible en: <<http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/P-0004-00002.pdf>>. [Consulta: 7 marzo 2018].

<sup>42</sup>Disponible en: <[http://www.senado.es/web/wcm/idc/groups/public/@cta\\_senhis/documents/document/mdaw/mde5/~edisp/senpre\\_018546.pdf](http://www.senado.es/web/wcm/idc/groups/public/@cta_senhis/documents/document/mdaw/mde5/~edisp/senpre_018546.pdf)>. [Consulta: 7 marzo 2018].

<sup>43</sup>Disponible en: <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1957/187/A00603-00607.pdf>>. [Consulta: 7 marzo 2018].

<sup>44</sup>Disponible en: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. [Consulta: 7 marzo 2018].

<sup>45</sup>Disponible en: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm)>. [Consulta: 7 marzo 2018].

americano, mantenido el tratamiento diferenciado para las autoridades públicas esenciales a la vida republicana del país.

Con respecto a los integrantes del poder ejecutivo, las respuestas del constitucionalismo moderno a la criminalidad gubernativa tuvieron en su base no tanto la concepción de privilegio, que se pretendía eliminar, sino más bien, como explica Díez-Picazo, las exigencias de las diferentes formas de gobierno:

Mientras que la temprana evolución inglesa hacia el parlamentarismo y la instauración del presidencialismo en Estados Unidos determinaron una confluencia de los grandes postulados con las necesidades prácticas – eventuales regímenes especiales de responsabilidad penal no sólo eran indeseables sino, sobre todo, innecesarios – el tratamiento diferenciado de los delitos ministeriales se originó a causa de las concretas necesidades de control sobre la monarquía limitada que, siguiendo el ejemplo de la Asamblea Constituyente francesa, sentía el liberalismo europeo-continental del siglo XIX. (DÍEZ-PICAZO, 2000, p. 151).

Así, el tratamiento diferenciado de los delitos cometidos por los ministros respondió, en realidad, a la necesidad de los liberales progresistas de controlar los ministros susceptibles a la influencia del rey. Sin embargo, paradójicamente, esta idea acogida por los liberales tampoco fue rechazada por los conservadores, que la veían «como parte integrante de los privilegios inherentes a los estamentos sociales superiores, a los que pertenecía la práctica totalidad de la clase política de la época.» (DÍEZ-PICAZO, 2000, p. 154).

En paralelo con la justificativa de controle y prestación de cuentas de los miembros del poder ejecutivo, por medio de la responsabilidad penal, convivía otra justificativa para el tratamiento diferenciado de los ocupantes de cargos públicos que se extendía a todos los poderes: la que garantizaba, con el control sobre la responsabilidad penal, el fiel desempeño y protección de la función pública «contra el resentimiento, la rivalidad y demás enemigos de la rectitud, entereza y justificación que deben constituir el carácter público de los hombres de Estado.» (ARGÜELLES *apud* DÍEZ-PICAZO, 2000, p.139). Esa, así, su profunda ambigüedad (DÍEZ-PICAZO, 2000, p. 154): retomado en la modernidad como mecanismo de garantía del buen ejercicio del cargo público, el tratamiento diferenciado sobrevivió como instrumento de autoprotección de la clase política.

Mientras la primera justificativa – la de control sobre las autoridades – perdió su importancia histórica dejando de seguir expresamente declarada como razón de tales prerrogativas, la protección del cargo público ganó centralidad como el principal argumento, hasta hoy, del tratamiento diferenciado en la responsabilidad penal de los aforados de todos los poderes. El foco en la protección del cargo público pertenecía al esfuerzo de que las prerrogativas de fuero de los detentores de cargos públicos se alejasen del concepto de privilegio. Se quitaba de ellos los aspectos «personales» de la regla y se les atribuya el carácter de privilegio «real»<sup>46</sup>, como llamado en la tradición portuguesa y brasileña. El que ocurría es que, establecidos en razón del cargo o función ejercido, se tornaron necesariamente personales porque se extendían, en España y en Brasil, a todos los actos, públicos o privados, practicados por la persona (PIMENTA BUENO *apud* BELÉM, 2008, p. 138). Así, el instituto del aforamiento se fue consolidando más como forma de protección personal del agente político involucrado en hechos de relevancia penal que de preservación del ejercicio de la función pública. Las estructuras del Antiguo Régimen fueron, en realidad, repaginadas en nuevos moldes bajo el fundamento de protección de los cargos públicos relevantes para el nuevo Estado constitucional.

Las raíces históricas en el privilegio y un patrón normativo de protección de los nobles justificaron, al ver de Belém (2008), la concesión de fueros privilegiados a cada vez más cargos (BELÉM, 2008, p. 156), cuya dignidad fue elevada a criterio para previsión de la regla de aforamiento y atribuida generalizadamente no sólo a los cargos esenciales de la estructura estatal. Este carácter de dignidad, esencialidad e importancia de cargos y funciones públicas que deberían ser protegidos con las prerrogativas procesales sobrepuso el principio de la igualdad al cual se entiende preservado aunque evidente el tratamiento procesal desigual.

### **3.2. ¿Quiénes son los aforados en Brasil y en España?**

El Tribunal Supremo español, en sentencia de 4 de abril de 2001 (RA 6452, ED 2001/7165), hizo el recorrido histórico hasta aquí presentado para demostrar como los privilegios de ser juzgado por tribunales especiales, «compuestos por pares del

---

<sup>46</sup>Aquí «real» equivale a «cosa», al derecho real en contraposición al derecho personal, de manera que no se confunda con privilegio concedido por el Rey.



acusado y, en ocasiones, de rango superior a los que conocían de las causas que afectaban a las personas que carecían de esos privilegiados fueros» generaba una «irritante e inaceptable situación» que se puso fin con la implantación del principio de igualdad de los individuos en la organización política.

Pero dice el TS, en esta sentencia, que el artículo 14 de la Constitución Española, que establece la igualdad de todos los españoles, «no excluye que legamente ciertos hechos calificables de delictivos realizados por personas que desempeñan ciertas funciones de interés social sean enjuiciados y conocidos por tribunales distintos y superiores a los que enjuician los delitos y faltas cometidos por la generalidad de los ciudadanos.» (GÓMEZ COLOMER; ESPARZA LEIBAR, 2009, p.408). Y explica que tales situaciones:

[...] no pueden deberse a condiciones o circunstancias personales o sociales discriminatorias, sino a otras razones de utilidad social que son previamente determinadas en normas legales, de tal suerte que su aplicación no infringe el derecho que a todos atribuye el artículo 24 de la Constitución, al juez ordinario predeterminado por la Ley, porque esta misma predetermina el juez que ha de juzgar cada caso y que, atendiendo a razones de interés público, previa y legalmente tenidas en consideración, puede ser distinto del que por razones de exclusiva competencia territorial se determine. [...] (GÓMEZ COLOMER; ESPARZA LEIBAR, 2009, p.409).

De esta sentencia se retiran las expresiones que explican qué cargos y qué personas se les atribuyen las reglas de aforamiento: «personas que desempeñan ciertas funciones de interés social», «razones de utilidad social», «razones de interés público». En España y en Brasil, la alta dignidad social está atribuida, básicamente, a los altos cargos del poder legislativo, judicial y ejecutivo.

### **3.2.1. Los aforados en las Constituciones españolas**

Las reglas de aforamiento fueron previstas ya en la primera Constitución española de 1812 y se mantuvieron presentes en todo el constitucionalismo español, salvo en la Constitución de 1931. Por la actual Constitución, de 1978, son aforados: los diputados y senadores (art. 71.3), el presidente y demás miembros del Gobierno (art. 102.1).

Posteriormente, otras reglas de aforamiento fueron previstas por leyes. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 1979, puso a los magistrados del Tribunal Constitucional en el rol de aforados del Tribunal Supremo. La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de 1985, hizo constar en el rol de aforados además de los magistrados del Tribunal Constitucional, los del Tribunal Supremo, los miembros del Consejo General del Poder Judicial, los magistrados de la Audiencia Nacional y los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, el fiscal general del Estado, los fiscales de Sala del Tribunal Supremo, presidente y consejeros del Tribunal de Cuentas, presidente y consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo (y las personas que se determinan en los Estatutos de Autonomía – art. 57.1, 2º y 3º). Por equiparación de algunos cargos, hay más aforados en este rol, pero al final, son todos juzgados por el Tribunal Supremo.

En 2014, la Ley Orgánica 4/2014, de 11 julio, acreció al artículo 55, de la LOPJ, el aforamiento de la familia real en el TS.

La competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, existente en cada Comunidad Autónoma, está prevista en los Estatutos de Autonomía, a excepción de la competencia penal para enjuiciamiento de los delitos y las faltas cometidos, en el ejercicio de su cargo y en el territorio de la Comunidad Autónoma, por jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo (art. 73.3.b, da LOPJ). En el caso de jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, no basta el cargo ocupado para determinar la regla de aforamiento, siendo necesario, también, que el delito o falta haya sido cometido en el ámbito territorial de la comunidad autónoma – fuera de dicho territorio, será competente la Sala Segunda del Tribunal Supremo – y que sean relacionados al ejercicio del cargo o de la función.

El Estatuto de Autonomía de Catalunya (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio) prevé como aforados los diputados (art. 57.2) y el presidente o presidenta de la Generalitat y los consejeros (art. 70.2), para las causas de los cuales, dentro del territorio de Catalunya, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, la responsabilidad penal es exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se

regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas prevé para estos el aforamiento especial en los Tribunales Superiores de Justicia y, así, está aforado en el TSJC el síndic de greugers.

Por fin, hay que mencionarse la regla que concedió el aforamiento a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado: a los miembros de la Policía Nacional, Guardia Civil, Policía Autonómica y Policía Local, que hayan cometido delito en el ejercicio de sus funciones (art. 8.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) y que son juzgados delante de la Audiencia Provincial.

El cálculo actual del número de aforados en España es de casi 250.000, de los cuales algo más de 232.000 son miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, 5 de la Familia Real y el restante – 17.603 – pertenece a instituciones del Estado y de las Comunidades Autónomas.<sup>47</sup>

Para los fines de esta investigación, importante resumir las naturalezas de los cargos contemplados con el aforamiento y el respectivo Tribunal competente para su enjuiciamiento.

El Tribunal Supremo es competente para las causas penales, por cualquier delito, contra los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos españoles en nivel nacional: todos los altos integrantes del gobierno, los miembros de las Cortes Generales, los parlamentarios europeos de nacionalidad española, los miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial y los miembros de los Tribunales Superiores en la jerarquía del Poder Judicial (TS, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia), los fiscales de Sala del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y los fiscales superiores de cada Comunidad Autónoma. Además de estos, el defensor del pueblo, los miembros del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado y los parlamentarios autonómicos cuando cometan delito fuera del territorio de su comunidad autónoma. En el Tribunal Supremo son 1438 los aforados de nivel nacional: 5 integrantes de la familia real; 18 miembros del Gobierno, incluido el presidente<sup>48</sup>; 616

---

<sup>47</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Archivo-de-notas-de-prensa/El-presidente-del-TS-y-del-CGPJ---La-Justicia-ha-de-ser-justa--pero-no-justiciera-->>. [Consulta: 15 marzo 2018].

<sup>48</sup>Disponible en: <<http://www.lamoncloa.gob.es/gobierno/Paginas/index.aspx>>. [Consulta: 3 agosto 2018].

parlamentarios (350 diputados<sup>49</sup> y 266 senadores<sup>50</sup>); 54 parlamentarios europeos<sup>51</sup>; 21 miembros del Consejo General de Poder Judicial<sup>52</sup>; 12 magistrados del Tribunal Constitucional<sup>53</sup>; 79 magistrados del Tribunal Supremo<sup>54</sup>; 490 magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>55</sup>; 62 magistrados de la Audiencia Nacional<sup>56</sup>; 40 fiscales<sup>57</sup>; 12 miembros del Tribunal de Cuentas<sup>58</sup>, 28 miembros del Consejo de Estado<sup>59</sup> y el defensor del pueblo. A ese recuento, hay que añadirse los presidentes de los Gobiernos Autonómicos, sus vicepresidentes y consejeros, presidentes de los Parlamentos autonómicos y sus parlamentares cuando así lo determinen los Estatutos de Autonomía.<sup>60</sup>

Los Tribunales Superiores de Justicia son competentes para el enjuiciamiento de causas penales contra las altas personalidades políticas de la Autonomía: los presidentes y miembros de Gobierno autonómico y el presidente del Parlamento autonómico y sus diputados, por cualquiera delito o falta cometidos, independientemente de la relación con el cargo. Además de ellos, juzga a los jueces,

---

<sup>49</sup>Disponible en: <[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados?\\_piref73\\_1333056\\_73\\_1333049\\_1333049.next\\_page=/wc/menuAbecedarioInicio&tipoBusqueda=completo&idLegislatura=12](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados?_piref73_1333056_73_1333049_1333049.next_page=/wc/menuAbecedarioInicio&tipoBusqueda=completo&idLegislatura=12)>. [Consulta: 3 agosto 2018].

<sup>50</sup>Disponible en: <<http://www.senado.es/web/conocersenado/temasclave/composicionsenadoelecciones/index.html>>. [Consulta: 3 agosto 2018].

<sup>51</sup>Disponible en: <<http://www.europarl.europa.eu/meps/es/search.html?country=ES>>. [Consulta: 3 agosto 2018].

<sup>52</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Informacion-Institucional/Composicion/>>. [Consulta: 3 agosto 2018].

<sup>53</sup>Disponible en: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/composicion/Paginas/default.aspx>>. [Consulta: 3 agosto 2018].

<sup>54</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Estructura-organizativa/Salas-jurisdiccionales>>. [Consulta: 3 agosto 2018].

<sup>55</sup>67 en Andalucía, 18 en Aragón, 24 en Asturias, 26 en Canarias, 12 en Illes Balears, 11 en Cantabria, 31 en Castilla y León, 19 en Castilla-La Mancha, 56 en Catalunya, 41 en Comunidad Valenciana, 10 en Extremadura, 39 en Galicia, 76 en Comunidad de Madrid, 13 en Región de Murcia, 14 en Comunidad Foral de Navarra, 26 en País Vasco, 7 en La Rioja (CGPJ. Memoria anual 2017 - correspondiente al año 2016).

<sup>56</sup>CGPJ. Memoria anual 2017 - correspondiente al año 2016, p. 293.

<sup>57</sup>FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Memoria 2017. 25 Fiscales de Sala más los 15 Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas.

<sup>58</sup>Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, artículo 30.1.

<sup>59</sup>Disponible en: <<http://www.consejo-estado.es/directorio.htm>>. [Consulta: 3 agosto 2018]. 29 miembros excluidos la Fiscal General del Estado, ya incluida entre los Fiscales aforados

<sup>60</sup>Por ejemplo, son aforados en el TS el presidente de Gobierno, vicepresidentes y los consejeros de la Comunidad de Madrid (art. 25.1. del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid), el presidente de la Junta en Andalucía (art.118.5 del Estatuto de Autonomía de Andalucía) y el Presidente y demás miembros de la Diputación Foral de Navarra (art. 27 del Estatuto de Autonomía de Navarra).

magistrados y fiscales por delitos o faltas cometidos en el ámbito territorial de la comunidad autónoma y que sean relacionados al ejercicio del cargo o de la función. Son aforados 2125 en el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya: 11 miembros de la Generalitat de Catalunya, incluido el presidente<sup>61</sup>; 135 parlamentarios autonómicos<sup>62</sup>, 707 jueces y magistrados<sup>63</sup>, 374 fiscales<sup>64</sup>, 897 jueces de paz<sup>65</sup> y el síndic de greuges (el defensor del pueblo de Catalunya).

### 3.2.2. Los aforados en las Constituciones brasileñas

En Brasil, proclamada la República en 1889, la Constitución de 1891 previó reglas de aforamiento para la nova autoridad política del Estado, el presidente de la República. Estableció que para los crímenes de responsabilidad<sup>66</sup>, sería juzgado por el Senado y, para los crímenes comunes, por el Supremo Tribunal Federal, con autorización de la Cámara de los Diputados (art. 53). En el Supremo Tribunal aún se juzgarían a los jueces federales (artículo 57, parágrafo 2º), los ministros de Estado y los jefes de misión diplomática (art. 59, I, b y c). Los parlamentarios no eran aforados, pero era necesaria autorización de su casa legislativa para incoación del proceso penal (art. 20) (CAVALCANTE FILHO; LIMA, 2017, p. 6).

Con algunas pequeñas alteraciones, todas las Constituciones posteriores mantuvieron reglas de aforamiento. La Constitución de 1934 añadió al rol de aforados los miembros del Supremo Tribunal, el fiscal general, los jueces de los Tribunales Federales y de las Cortes de Apelación de los Estados, del Distrito Federal y Territorios, a los

---

<sup>61</sup>Disponible en: <[http://www.govern.cat/pres\\_gov/govern/ca/govern/consell-executiu/index.html](http://www.govern.cat/pres_gov/govern/ca/govern/consell-executiu/index.html)>. [Consulta: 3 agosto 2018]. Excluidos los consejeros que son parlamentarios y que ya están contabilizados en ese último grupo.

<sup>62</sup>Disponible en: <<https://www.parlament.cat/web/composicio/ple-parlament/index.html>>. [Consulta: 3 agosto 2018]. Total de parlamentarios elegidos en 2017.

<sup>63</sup>La memoria de 2017 del Consejo del Poder Judicial lista 763 jueces y magistrados en activo en la Justicia de Catalunya, de los cuales 56 son magistrados del TSJC, que son aforados en el TS.

<sup>64</sup>FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Memoria 2017. 375 Fiscales, excluido el Fiscal Superior que es aforado en el TS.

<sup>65</sup>Disponible en: <[http://administraciojusticia.gencat.cat/ca/serveis\\_als\\_professionals/jutjats\\_de\\_pau/els\\_jutjats\\_de\\_pau/](http://administraciojusticia.gencat.cat/ca/serveis_als_professionals/jutjats_de_pau/els_jutjats_de_pau/)>. [Consulta: 17 marzo 2018].

<sup>66</sup>Los crímenes de responsabilidad son los que atentasen contra: la existencia política de la Unión, la Constitución y la forma de gobierno federal, el libre ejercicio de los poderes políticos, el gozo y el ejercicio legal de los derechos políticos o individuales, la seguridad interna del país, la probidad de la administración, la guarda y empleo constitucional del dinero público, las leyes presupuestarias (CF 1891, art. 54).

miembros de las Cortes de Cuentas y a los miembros del cuerpo diplomático (art. 76, 1, b). Importante notar que los jueces no eran aforados, excepto los jueces federales y por crímenes de responsabilidad, hasta la Constitución de 1937, que les extendió a todos los jueces el aforamiento ante los Tribunales de Apelación (CAVALCANTE FILHO; LIMA, 2017, p.6).

La Constitución de 1946 añadió a los magistrados de los Tribunales Superiores Federales y de los Tribunales Regionales Laborales y a los magistrados de los Tribunales de Justicia de los Estados, del Distrito Federal y de los Territorios al rol de aforados del STF. Además, previó reglas de aforamiento para los jueces de primera instancia, que serían juzgados en los Tribunales de Apelación de los Estados y del Distrito Federal. A partir de entonces, el rol de aforados en Brasil se tornó bastante amplio.

La Enmienda Constitucional n. 1, de 1969, a la Constitución dictatorial de 1967, (art. 32, § 2º), estableció reglas de aforamiento en el STF para los diputados y senadores, que no habían tenido fuero especial en las Constituciones anteriores, y para el vicepresidente de la República (CAVALCANTE FILHO; LIMA, 2017, p. 6), además de ampliar la competencia de Tribunales para enjuiciamiento de jueces, fiscales y miembros de las Cortes de Cuentas de los Estados y del Distrito Federal.

En la actual Constitución de 1988, el número de autoridades aforadas llegó a su ápice. Fueron incluidos todos los fiscales (CF, art. 96, III y art. 108, I, *a*), todos los miembros de las Cortes de Cuentas de los Estados y de los Municipios (art. 105, I, *a*), los diputados de los Estados (art. 27, § 1º), los alcaldes (art. 29, X), además de los aforados previstos en las Constituciones de los Estados. El en ordenamiento constitucional brasileño, el total de autoridades aforadas, previsto tanto en la Constitución Federal como en las Constituciones de los Estados, es de 54.990 autoridades, según datos del levantamiento hecho por Cavalcante Filho y Lima (2017, p. 23). En su estudio, Cavalcante Filho y Lima calcularon que 79,2% de los aforados de la Constitución Federal pertenecen al Poder Judicial y al Ministerio Fiscal (2017, p.24).

Actualmente, son aforados en Brasil en el Supremo Tribunal Federal, el presidente y el vicepresidente de la República; los 594 miembros del Congreso Nacional (81 senadores y 513 diputados); los 11 magistrados del Supremo Tribunal

Federal; el fiscal general de la República; los 22 ministros de Estado (16 Ministerios, los jefes de la casa civil, secretaría de gobierno, seguridad institucional y secretaría-general de la Presidencia de la Republica, el abogado general de la Unión y el presidente del Banco Central de Brasil),<sup>67</sup>; los 3 comandantes de las Fuerzas Armadas (Ejército, Marina y Aeronáutica); los 77 magistrados de los Tribunales Superiores (27 del TST, 15 del STM, 33 del STJ y 2 del TSE)<sup>68</sup>; los 9 miembros del Tribunal de Cuentas de la Unión y los 139 jefes de misión diplomática, totalizando 855 personas<sup>69</sup>.

En el Superior Tribunal de Justicia, son 3.504 aforados: los 27 gobernadores de los Estados y del Distrito Federal; los 2381 magistrados de los Tribunales de Justicia de los Estados y del Distrito Federal, de los Tribunales Regionales Federales, de los Tribunales Regionales Electorales y de los Tribunales laborales; los 553 miembros de los Tribunales de Cuentas de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, los 7 fiscales de los Tribunales de Cuentas y los 536 fiscales del Ministerio Público de la Unión que offician en Tribunales.<sup>70</sup> Nótese que no hay aforados del Poder Legislativo en el STJ.

Además de estos aforados, hay aforados en los Tribunales Regionales Federales: los jueces federales, incluidos los de la Justicia militar y laboral y los fiscales del Ministerio Público de la Unión que no offician en Tribunales; en los Tribunales de Justicia: los jueces de los Estados y del Distrito Federal, los fiscales del Ministerio Fiscal de los Estados, los alcaldes, los oficiales de las Fuerzas Armadas y los jueces electorales (TAVARES FILHO, 2016a, p. 5-7) y los que provienen de reglas de aforamiento

---

<sup>67</sup>Medida Provisoria n° 870, de 1°/01/2019.

<sup>68</sup>En el TSE – Tribunal Superior Electoral, son 7 magistrados, pero 3 son magistrados del STF y 2 magistrados del STJ, ya contabilizados en sus respectivos tribunales.

<sup>69</sup>Este número puede aumentar en 4 por los auditores de las Cortes de Cuentas cuando actúen en sustitución a miembro del Tribunal de Cuentas de la Unión (CF, art. 73, §4°)

<sup>70</sup>Basado en los datos de la Portaria Conjunta SOF/SEGEP n° 5/2015 - MPU (Diciembre/2017) sobre las plazas ocupadas de los cargos del MPU que tienen atribución para actuar en Tribunales (227 Fiscales Regionales de la República, 73 Fiscales Generales Adjuntos de la República, 22 Fiscales de Justicia Militar, 13 Fiscales Generales Adjuntos de Justicia Militar, 38 Fiscales de Justicia del Distrito Federal, 36 Fiscales Generales Adjuntos de Justicia Laboral y 127 Fiscales Regionales de Justicia Laboral). No se desconoce la advertencia de CAVALCANTE FILHO Y LIMA (2017, p.12) sobre la dificultad de cálculo exacto de este número, porque la «actuación en Tribunales» no está necesariamente vinculada al cargo ocupado dentro de la carrera. Sin embargo, para los fines de este trabajo, el cálculo estimado basado en los cargos sirve para dar una muestra de la cantidad de aforados en el Superior Tribunal de Justicia brasileño.

previstas en las Constituciones de los Estados (CAVALCANTE FILHO y LIMA, 2017, p.13-22).

### 3.3. Las justificaciones para el aforamiento

Como se ha dicho en el ítem 3.1, *supra*, sobre la introducción histórica a los orígenes del aforamiento, el instituto convivió, en su trayectoria, con justificaciones variadas para su existencia. Nació como privilegio, fue sustentado posteriormente con la necesidad de control y prestación de cuentas de los miembros del poder ejecutivo y acabó, modernamente, como una prerrogativa, bajo la justificación de la protección del buen ejercicio del cargo público. El carácter de prerrogativa ganó centralidad como el principal argumento, hasta hoy, del tratamiento diferenciado en la responsabilidad penal de los aforados de todos los poderes. Sin embargo, con esa gama de justificaciones hasta hoy utilizada, aún se discute si los aforamientos son «privilegios, prerrogativas o simples garantías» (GÓMEZ COLOMER; ESPARZA LEIBAR, 2009, p.132-133).

Lo primero que se destaca, al hablarse de aforamiento, es la protección del cargo, pura y simplemente, por su relevancia o alta dignidad. Entendiese que la razón del aforamiento está en la «dignidad de ciertos cargos», a los cuales se debe conferir una protección especial (TOURINHO FILHO, 2005, p.112), y que la modificación de la competencia en estos casos, que se llamaría *ratione personae*, en verdad debería llamarse *ratione muneris*, porque la prerrogativa es del cargo, no de la persona (FISCHER, 2013, p. 103). Se protegería, con el aforamiento, «la función y la cosa pública», como ya ha entendido el Supremo Tribunal Federal brasileño<sup>71</sup> y al final, a todos los ciudadanos, como ya ha entendido el Tribunal Supremo español: los casos penales que envuelven personas ocupantes de determinados cargos son «de la más elevada relevancia para los ciudadanos porque lo que está en juego es el correcto o incorrecto actuar de quienes titularizan ese poder, en el aspecto más grave y trascendente cual es la comisión de un delito cuyo descubrimiento afecta decisivamente a la sociedad entera.» (Sánchez Melgar, 2013, p. 203).

---

<sup>71</sup>STF, HC 70581/AL, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, J. 21.09.1993, DJ 29.10.1993; HC 69344/RJ, 2ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, J. 22.09.1992, DJ 18.06.1993; HC 69325/GO, Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, J. 17.06.1992, DJ 04.12.1992.



Bajo la justificación de protección del cargo – y no de la persona – dos consecuencias se asuman al tema de la competencia para la criminalización de aforados. La primera es que, con la relevancia absoluta de la necesidad de proteger la dignidad actual del cargo, se aplican las reglas de aforamiento a los crímenes practicados antes de la investidura del investigado en la función pública (DEMO, 2004, p.74). Así, desde la investidura en el cargo, se le aplican las reglas de aforamiento. La segunda es que, terminado el ejercicio del cargo, el aforamiento deja de existir, porque si no se trata de un privilegio personal, sino una forma de tutelar la función pública, dejando de existir la función pública a ser tutelada, deja de haber razón para el aforamiento (STJ, SD 442, Rel. Min. Humberto Martins, DJe: 25/02/2015).

Después de la protección del cargo en sí, invocase como justificación del aforamiento la protección de su libre ejercicio: el instituto sirve para «asegurar la independencia y la libertad en el ejercicio de poderes y funciones de relevancia constitucional» (TS, STC 55/1990 de 28 de marzo) y para garantizar que la tramitación de una investigación o proceso criminal contra autoridades detentoras de cargos de relevo no se convierta en obstáculo para que los gestores públicos realicen sus competencias constitucionales, con graves consecuencias a la normalidad del ejercicio de funciones públicas relevantes (STJ, SD 442, Rel. Min. Humberto Martins, DJe: 25/02/2015).

Añadida a esta preocupación, justificase el aforamiento como manera de proteger el ocupante de altos cargos contra denuncias falsas que podrían impedir el desempeño de su actividad pública o contra el «capricho o irresponsabilidad de los ciudadanos, sobre todo de sus “venganzas políticas”» (GÓMEZ COLOMER; ESPARZA LEIBAR, 2009, p.179). Las querellas contra jueces podrían ser utilizadas para apartarlos de determinado caso, «pues bastaría que una se admitiera a trámite para que el juez tuviera que abstenerse, facilitando de este modo la elección de un juez supuestamente más favorable» (PÉREZ, 2016, p.507). Esa justificación se ve mucho más presente en España, donde hay la posibilidad de la acusación popular, diferentemente de Brasil, en lo cual el monopolio de la acusación criminal es del Ministerio Fiscal. Esa particularidad será mejor explicada abajo cuando se hable del procedimiento para enjuiciamiento criminal de los aforados en ambos países.

Se dice sobre el aforamiento, también, que él puede satisfacer a una doble finalidad de justicia: «poner a los enjuiciables amparados por el privilegio a cubierto de persecuciones deducidas a la ligera o impulsada por móviles bastardos, y, a la par, rodear de especiales garantías su juzgamiento, para protegerlo contra las presiones que los supuestos responsables pudiesen ejercer sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios» (ALCALA-ZAMORA *apud* TOURINHO FILHO, 2005, p.111). Aquí, además de la protección contra las acusaciones infundadas, emerge otra justificación para el aforamiento la que garantiza, con él, un juzgamiento libre de influencias de las dos partes, sea de los detentores de los altos cargos, sea de sus enemigos: «Proteger la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña.» (TC 22/1997, 11 de febrero).

La primera idea que emerge aquí, justificando la existencia del aforamiento, es de la garantía de un mejor juzgamiento:

[...] Todas las disposiciones que configuran un tratamiento procesal penal diferenciado respecto de determinadas personas (Magistrados de Tribunal Constitucional y Magistrados y Jueces de la Jurisdicción Ordinaria, Diputados y Senadores) no pretenden dotarles de privilegios que serían inconstitucionales sin duda, sino de establecer unas garantías en razón a la función que los mismos desempeñan en un doble sentido: el de evitar abusos que podrían generar graves perturbaciones al servicio público y el de conseguir la correspondiente sanción cuando ello sea procedente, atribuyendo la competencia a determinados órganos que por su posicionamiento en la estructura piramidal judicial pueden estar en mejores condiciones para enjuiciar [...] (TS, 30 enero 1990, recurso 290-1989).

Se dice que el enjuiciamiento de una autoridad ocupante de alto cargo, por un órgano judicial superior, que no por un juez de primera instancia, supone la actuación de un órgano de «mayor calidad», con «mejor enjuiciamiento ante lo delicado de la cuestión» (GÓMEZ COLOMER; ESPARZA LEIBAR, 2009, p.179) y con la certeza de que los actos serán juzgados con «completa imparcialidad», presumiéndose que los tribunales gozan de más neutralidad y capacidad de resistir a las influencias del

propio acusado y a las influencias contra él (STF).<sup>72</sup> Además, ante un órgano donde se puede «garantizar mayor agilidad, rapidez, de la respuesta judicial [...] con el objetivo último de minimizar, en el mayor grado posible, el daño para el prestigio de las instituciones en las que desempeñan funciones (que una causa de esta naturaleza no debe dilatarse en el tiempo poniendo así en jaque la credibilidad de las instituciones de las que, en última instancia, depende la credibilidad del sistema)» (MARTÍNEZ ALARCÓN, 2015, p. 471). El órgano judicial superior estaría más protegido de las «presiones políticas a las que puede verse sometido un tribunal ordinario cuando juzga a un cargo público de responsabilidad», evitándose que «el juzgador se sienta cohibido por el peso institucional» que su decisión tendrá en la representación popular, cuando juzga, por ejemplo, a un ocupante de cargo político (PÉREZ, 2016, p.506-507). Además, como son órganos colegiados, no sólo estarían dotados de mayor independencia, pero también de «pluralidad de visiones e inequívoca seriedad» (STF)<sup>73</sup> al que se añade la formación profesional de sus integrantes, «casi siempre poseedores de más larga experiencia judicante, adquirida a lo largo del tiempo de ejercicio en la carrera» (PACELLI, 2016, p.206).

Se parte, aquí, de la idea de que el órgano judicial superior es más inmune a las posibles influencias tanto de la autoridad aforada cuanto de las fuerzas interesadas en su criminalización, desconsiderándose, completamente, que la influencia depende de la capacidad de ejercicio del poder que puede variar indistintamente. Una autoridad pública de más poder político regional puede influenciar más fácilmente a un juez ordinario de la misma localidad del área de influencia, pero un investigado detentor de cargo más elevado transita en el mismo nivel del magistrado del órgano superior que le juzgará. Así que el argumento de la influencia sobre el juzgador es absolutamente relativo.

Otra justificación para el aforamiento, vinculada propiamente al enjuiciamiento, relacionase con la idea de jerarquía. Atribuyese al cargo, por su dignidad, un status diferenciado en la escala social que no le permite, con un juzgamiento por un

---

<sup>72</sup>STF, Reclamação 473/GB, Rel. VICTOR NUNES LEAL en el voto proferido en la Reclamação 473-GB, DJ 8/6/1962

<sup>73</sup>STF, Inq 2963/RR, Rel. GILMAR MENDES, Fecha: 4/6/2010.

juez ordinario, que sea equiparado a todos los demás ciudadanos. Eso se ve especialmente con los integrantes del Poder Judicial – y particularmente en Brasil, ya que en España los jueces y magistrados sólo son aforados por crímenes practicados en el ejercicio de la función – para quien el aforamiento evita una «subversión jerárquica», como la que ocurriría si un magistrado de grado superior fuera juzgado por un juez inferior (MARQUES, 1953, p.65; TOURINHO FILHO, 2005, p.112).

Eso denota, especialmente en Brasil, la fuerte jerarquía dentro del Poder Judicial que atribuye al aforamiento, en este particular, una fuerte carga de autoprotección de sus integrantes.

En España, el argumento jerárquico no es tan fuerte, donde la razón de ser del aforamiento para jueces y fiscales acercase más al tema de la imparcialidad: «No es conveniente que sean acusados o enjuiciados por un compañero de despacho o, en general, por quien debido a su proximidad y relación personal con el implicado, despertara o pudiera despertar dudas sobre su imparcialidad. La solución para evitar sospechas es que el enjuiciamiento se haga por un tribunal ajeno y por encima del investigado.» (PÉREZ, 2016, p.507).

### **3.4. Críticas y debates**

#### **3.4.1. Prerrogativa vs privilegio y la comparación con los sistemas legales de otros países**

El debate sobre el aforamiento se polariza entre dos nomenclaturas. Los que defienden el instituto le llaman «prerrogativa» e invocan para su mantenimiento las justificaciones ya mencionadas de protección de la dignidad de la función pública, del libre ejercicio del cargo, de garantía de un juzgamiento imparcial por un órgano judicial de jerarquía superior o equivalente a de la autoridad aforada. Los que quieren su supresión le llaman «privilegio» y defienden la innegable violación del principio constitucional de igualdad y la contribución del aforamiento a la impunidad de los poderosos.

El aforamiento, históricamente, siempre estuvo en la mira de los críticos como un obstáculo a la repartición de justicia. Por ejemplo, cuando se cuestionaba, en el pasado, el «beneficio del clero», se argumentaba que los tribunales eclesiásticos protegían

a los clérigos que, por eso, se sentirían incentivados a practicar actos perversos (SKINNER apud BELÉM, 2008, p.45). En la narrativa de Arno y Maria José Wehling, reproducida por Belém (2008, p.63), los privilegios del Estado interferían en los procesos judiciales que involucraran un noble, un clérigo, un miembro graduado de la administración pública o el titular del orden de cabalgaría a tal punto que traían dificultades para las propias autoridades encargadas de la justicia.

La cercanía con el carácter de privilegio anima a quien ve el aforamiento como inaceptable violación al principio de la igualdad, lo que resulta del entendimiento de que la protección que se desea está, a final, direccionada no al cargo, sino a la persona que lo ejerce. Esa constatación resulta, por ejemplo, del hecho de que las autoridades suelen ser aforadas por cualquier tipo de delito que vengan a practicar, mismo que no haya nexo entre la conducta y el ejercicio del cargo<sup>74</sup>. En este sentido, Douglas Fischer afirma que, se la razón del discrimen está en la protección del cargo (y no de la persona que lo ocupa), solamente está justificado el rompimiento de la isonomía y el tratamiento diferenciado para los crímenes directamente relacionados a las actividades del agente cuyo cargo está en protección (FISCHER, 2013, p.131). De esa manera, al aplicarse a toda y cualquier infracción, tengan o no relación con el ejercicio funcional e incluso a las que hayan sido practicadas antes de la asunción a la función pública, no hay como seguir defesando que el aforamiento se trata de proteger el cargo. Como afirma Haddad (2012, p.401), la real función del aforamiento es proteger a determinadas personas.

Al acompañar el debate sobre la eliminación del aforamiento, en España y en Brasil, se observan similitudes en el tratamiento del tema: la constatación de que la regla protege en verdad a las personas, la proximidad con la idea de privilegio y la puesta del tópico en la agenda política actual con la crítica al elevado número de aforados, en ambos países. Sin embargo, hay matices en la forma con la cual se aborda el asunto. En Brasil, como se mostrará, hay un fuerte y empíricamente basado argumento en el sentido

---

<sup>74</sup>A excepción de los integrantes del Poder Judicial en España, que siempre han estado aforados solamente para los crímenes relacionados al ejercicio de la función judicial, las demás autoridades, tanto de Brasil como de España estaban aforadas para el enjuiciamiento por cualquier tipo de delito. Como se explicará posteriormente en el presente trabajo, como fruto del intenso debate sobre el aforamiento, las premisas entonces vigentes se están modificando para restringir el instituto a los delitos practicados en el ejercicio del cargo.

de que el aforamiento está relacionado a la impunidad de las altas autoridades públicas. En España, ese argumento es mencionado, pero sin comprobación, más bien siendo sugerido que el aforamiento puede facilitar la inmunización de autoridades del sistema penal. Esos matices serán debatidos más adelante. Así que se abordará aquí, primeramente, el aspecto que es común a los dos países en el debate por la eliminación del aforamiento: el elevado número de aforados.

En España y en Brasil, la crítica al elevado número de aforados tiene como fondo la comparación con los sistemas legales de otros países. Muchos autores que se dedicaron al tema del aforamiento en España y en Brasil trajeron elementos del derecho comparado para enseñar el exceso y extravagancia del número de aforados en ambos países (MARTÍNEZ ALARCÓN, 2015; GÓMEZ COLOMER, ESPARZA LEIBAR, 2009; TAVARES FILHO, 2015). El recurso al estudio de derecho comparado para el debate sobre el aforamiento es utilizado para demostrar como en los países de mayor influencia sobre los sistemas jurídicos de Brasil y España, las hipótesis de aforamiento son bastante reducidas. Se suele compararlos a los sistemas de los países europeos y de los Estados Unidos: para España, es particularmente importante la comparación con los países de su entorno europeo; para Brasil, los sistemas ibéricos, francés, italiano y americano.

Para el estudio del aforamiento, la utilidad de la comparación está en observar como en otros sistemas jurídicos se enjuician al alto cargo, autoridad o funcionario público, si se les aplica las reglas ordinarias de competencia objetiva, funcional y territorial o si se les atribuye la competencia a un tribunal distinto, superior. Así que, para los fines del presente estudio, la incursión a los sistemas jurídicos de otros países se limitará a: a) si hay la posibilidad de responsabilidad criminal de la autoridad ante un órgano judicial (al que se excluyen los procesos especiales de naturaleza político-constitucional, que prevén el juzgamiento por un tribunal político, normalmente por actos que configuran «crímenes de responsabilidad», hechos especialmente graves que tienen que ver con actuaciones contrarias al orden constitucional o que constituyen un incumplimiento grave de los deberes del cargo) y si sí, b) si su enjuiciamiento ocurre obedeciendo las reglas de competencia ordinaria aplicables a todos los ciudadanos o si se le aplica la alteración de competencia para un tribunal superior. Además, se hará la comparación reuniéndose resumidamente los tipos de autoridades contempladas con la

protección especial: a) los titulares de los altos cargos del poder ejecutivo (jefes de Estado y miembros del gobierno), b) los parlamentarios, c) los miembros del Poder judicial y Ministerio Fiscal.

A seguir, sistematizamos las informaciones sobre la posibilidad de responsabilización criminal de representantes de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) de España, Brasil, Italia, Portugal, Francia, Alemania y Estados Unidos.<sup>75</sup>

**Tabla 2** - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en España

<b>Ejecutivo</b>	Rey: irresponsabilidad total Presidente del Gobierno y Ministros: responsabilidad y aforamiento en órgano judicial superior
<b>Parlamentarios</b>	Responsabilidad y aforamiento en órgano judicial superior, después de concedido el suplicatorio (autorización de la Cámara)
<b>Magistrados y fiscales</b>	Responsabilidad y aforamiento en órgano judicial superior

**Tabla 3** - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en Brasil

<b>Ejecutivo</b>	Presidente de la República: responsabilidad y aforamiento en órgano judicial superior con previa autorización de la Cámara de los Diputados
<b>Parlamentarios</b>	Responsabilidad y aforamiento en órgano judicial superior
<b>Magistrados y fiscales</b>	Aforamiento en órgano judicial superior

<sup>75</sup>Tabla complementada por informaciones disponibles en los estudios de Martínez Alarcón, 2015.

**Tabla 4 - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en Portugal**

<b>Ejecutivo</b>	<p>Presidente de la República: responsabilidad. Para delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, aforamiento en el Tribunal Supremo de Justicia. Para actos ajenos, justicia ordinaria y exclusión de la acción de la justicia durante el mandato.<sup>76</sup></p> <p>Primer Ministro: responsabilidad si autorizada por la Asamblea de la República, salvo flagrante delito de delito doloso con pena de prisión superior a tres años.<sup>77</sup></p> <p>Aforamiento ante el Tribunal Supremo de Justicia de los titulares de la Jefatura del Estado, del Parlamento y del Gobierno.<sup>78</sup></p>
<b>Parlamentarios</b>	Sin aforamiento, salvo el presidente de la Asamblea Legislativa. <sup>79</sup>
<b>Magistrados y fiscales</b>	<p>Irresponsables por sus decisiones.<sup>80</sup></p> <p>Aforamiento ante el tribunal de categoría inmediatamente superior a la que se encuentra colocado el magistrado.<sup>81</sup></p>

<sup>76</sup>Art. 130. Constituição da República Portuguesa. Disponible en: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. [Consulta: 23 marzo 2018].

<sup>77</sup>Art. 196. Constituição da República Portuguesa. Disponible en: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. [Consulta: 23 marzo 2018].

<sup>78</sup>Art. 11. Código de Processo Penal. Disponible en: <<https://e-learning.mj.pt/dgaj/dados/0C/0CTEMA27.pdf>>. [Consulta: 23 marzo 2018].

<sup>79</sup>Art. 157. Constituição da República Portuguesa Disponible en: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. [Consulta: 23 marzo 2018].

<sup>80</sup>Art. 216. Constituição da República Portuguesa. Disponible en: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. [Consulta: 23 marzo 2018].

<sup>81</sup>Art. 15 de la Ley n. 21/85 – Estatuto dos Magistrados Judiciais y artigo 92 de la Ley n.º 47/86, de 15 de octubre – Estatuto del Ministerio Público. Art. 12, n. 2, a, del Código de Proceso Penal portugués atribuye a los «tribunais da relação» la competencia para enjuiciar a los jueces y fiscales. Disponible en: <<https://e-learning.mj.pt/dgaj/dados/0C/0CTEMA27.pdf>>. [Consulta: 23 marzo 2018].



**Tabla 5 - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en Italia**

<b>Ejecutivo</b>	Presidente de la República: irresponsabilidad para actos relacionados al desempeño de su cargo, salvo alta traición o atentado a la Constitución. Competencia de la Corte Constitucional. <sup>82</sup> Responsabilidad para actos ajenos ante la jurisdicción ordinaria, pero exclusión de la acción de la justicia durante el mandato.  Ministros: responsabilidad por delitos ministeriales, con enjuiciamiento por el juez ordinario. <sup>83</sup> Delitos comunes, reglas de derecho procesal común.
<b>Parlamentarios</b>	Sin aforamiento
<b>Magistrados y fiscales</b>	Sin aforamiento

**Tabla 6 - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en Francia**

<b>Ejecutivo</b>	Jefe de Estado: Irresponsabilidad para actos relacionados al desempeño de su cargo. Responsabilidad para actos ajenos, justicia ordinaria, pero exclusión de la acción de la justicia durante el mandato. <sup>84</sup>  Ministros: Responsabilidad. Para actos relacionados al desempeño de su cargo, aforamiento en el Tribunal de Justicia de la República (Cour de Justice de la République). <sup>85</sup>
<b>Parlamentarios</b>	Sin aforamiento
<b>Magistrados y fiscales</b>	Sin aforamiento

<sup>82</sup>Arts. 89 y 134. Constitución italiana. Disponible en: <<http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>>. [Consulta: 23 marzo 2018].

<sup>83</sup>Art. 96. Constitución italiana. Disponible en: <<http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>>. [Consulta: 23 marzo 2018].

<sup>84</sup>Art. 67. Constitución francesa. Disponible en: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espagnol/constitution\\_espagnol.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/constitution_espagnol.pdf)>. [Consulta: 23 marzo 2018].

<sup>85</sup>Art. 68.1. Constitución francesa. Disponible en: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espagnol/constitution\\_espagnol.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/constitution_espagnol.pdf)>. [Consulta: 23 marzo 2018].

**Tabla 7 - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en Alemania**

<b>Ejecutivo</b>	Responsabilidad por violación dolosa de la ley fundamental o de otra ley federal. Competencia: Tribunal constitucional. Por actos de carácter privado, justicia ordinaria.
<b>Parlamentarios</b>	Responsabilidad a cargo de la justicia ordinaria.
<b>Magistrados y fiscales</b>	Responsabilidad por vulneración de los principios de la ley fundamental o del orden constitucional de un Land, a cargo del Tribunal constitucional. <sup>86</sup>

**Tabla 8 - Responsabilidad criminal de los representantes de los tres poderes en Estados Unidos**

<b>Ejecutivo</b>	Sin aforamiento
<b>Parlamentarios</b>	Sin aforamiento
<b>Magistrados y fiscales</b>	Sin aforamiento

La curiosidad de estas comparaciones es que casi todas limítense a analizar lo que previsto en las Constituciones de los otros países. Martínez Alarcón, por ejemplo, se auto advierte en su estudio de derecho comparado sobre los aforamientos, en nota de rodapié, de que «Queda pendiente, en todo caso, un análisis de las normas infra constitucionales que regulan las competencias de los tribunales en estos países para comprobar que dicho aforamiento no haya sido introducido por dicha vía a pesar de la ausencia de previsión constitucional al respecto.» (2015, p.467). Al no extender el estudio a toda la situación procesal de los países comparados, la comparación acabar por restringirse a los altos cargos políticos y gubernamentales, desconsiderando en estos análisis el tratamiento procesal de la responsabilidad de jueces, magistrados y fiscales que, tanto en Brasil como en España, representan la gran masa de cargos aforados. La limitación lleva, aún, a equívocos de interpretación, como las afirmaciones de ausencia de aforamiento en países que sí lo prevén, como es el caso de los jueces, magistrados y fiscales de Portugal.

---

<sup>86</sup>Artículo 98. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania [Posición jurídica de los jueces en la Federación y en los Länder; acusación contra un juez] Disponible en: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>>. [Consulta: 23 marzo 2018]. Gómez Colomer y Esparza Leibar (2009) consideran esta hipótesis como un caso de juzgamiento político-constitucional y, así, no constituiría propiamente una hipótesis de aforamiento.

### 3.4.2. El debate sobre la eliminación del aforamiento en España

En los últimos años, el debate contra el aforamiento entró en la agenda política de ambos países. En España, el tema ganó fuerza cuando, en medio a inúmeros casos de corrupción, se aprobó, en junio de 2014, una reforma en la Ley Orgánica del Poder Judicial para incluir en el rol de aforados los miembros de la familia real. Como explica Martínez Alarcón, en los modelos de monarquía parlamentaria, la regla es la de la irresponsabilidad del Rey o de la Reina hasta que cese en su cargo, cuando deja de ser irresponsable. Así que ha llamado la atención la referida modificación legislativa, producida después de la abdicación del monarca d. Juan Carlos I, «a través de un procedimiento que ha sido criticado por precipitado, por levantar sospechas y desconfianzas entre los ciudadanos y por resultar poco acorde con las reglas propias de la buena técnica legislativa y con el debate que debe preceder con carácter general la toma de decisiones en el Parlamento» (MARTÍNEZ ALARCÓN, 2015, p.443-444).

A finales de aquel año, el Ministro de la Justicia fue interpelado en el Congreso de los Diputados sobre las medidas que el Gobierno llevaría a cabo para suprimir el aforamiento,<sup>87</sup> oportunidad en la cual reconoció el elevado número de autoridades aforadas en España, rechazando, sin embargo, su carácter de privilegio:

Insisto en que el aforamiento significa un cambio en las reglas procesales, pero evidentemente ningún aforado deja de poder ser enjuiciado, condenado por la comisión de cualquier tipo de delito; simplemente lo hará en un órgano jurisdiccional distinto al que le correspondería como persona física. Además, insisto en que no deberíamos dejar de lado que en ocasiones que sean órganos colegiados de naturaleza superior en el ámbito jurisdiccional quienes conozcan de las causas lo que, si acaso, puede generar eso es un mayor control, una mayor especialización y una resolución colegiada y no unipersonal. Por lo tanto, incluso podríamos hacer un análisis de que el enjuiciamiento por este tipo de tribunales colegiados genera un mayor control y una mayor supervisión. [...] Ahora bien, ¿es necesario reducir el número de aforados? Totalmente de acuerdo. ¿Hemos ido a un modelo que ha ido extendiendo cada vez más unas reglas de enjuiciamiento singular para determinados ámbitos públicos? Sin ninguna duda. De los 280.000 aforados que existen en España seguramente algunos de ellos tienen algún fundamento y alguna razón y otros las tienen de menor naturaleza. [...] La reflexión sobre la reducción de aforamientos me

---

<sup>87</sup>Disponible en: <[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-250.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-250.PDF)>. p.45-47. [Consulta: 26 marzo 2018].

parece muy razonable, muy oportuna. Deberíamos identificar por dónde empezamos. ¿Y por dónde empezamos? Coincido con usted, señoría, sobre lo cualitativo, sin duda hay que empezar dando ejemplo por uno mismo, pero también midamos las complejidades técnicas político-parlamentarias y de mayorías para llevarlas a cabo.

En seguida, pasados dos elecciones españolas para presidente, sin acuerdo de los partidos para la investidura, en agosto de 2016 el tema del aforamiento fue indicado como condición para un acuerdo entre los partidos políticos PP y Ciudadanos para la investidura de Mariano Rajoy. Entre las medidas presentadas por Albert Rivera, presidente de Ciudadanos, y que deberían ser aceptadas por el PP, estaban la eliminación de los aforamientos y la expulsión a todo cargo público imputado por corrupción.

En marzo de 2017, fue la vez del presidente del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes, abordar el tema en su comparecencia en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, pugnando por que el asunto de la reforma de los aforamientos no se desvinculara de una reforma global del proceso penal que mantuviese los necesarios equilibrios, dado que «el aforamiento es, en muchas ocasiones, una garantía para el ejercicio de determinadas funciones públicas que, precisamente, están destinadas a la protección de los derechos fundamentales de todos (sería el caso de los jueces, los fiscales, los policías...» y que, en otros casos, «se concibe como un elemento de garantía frente a los posibles excesos de la acusación popular (figura que no existe en los ordenamientos jurídicos de otros países).»<sup>88</sup>

El día 17 de septiembre de 2018, Pedro Sánchez, celebrando sus primeros cien días como el nuevo presidente de Gobierno de España, anunció su intención de reformar la Constitución para eliminar el aforamiento para los políticos, empezando por restringir las referidas reglas para los delitos cometidos en el ejercicio del cargo. En 30 de noviembre de 2018, el plan fue aprobado por el Consejo de Ministros, que presentó un anteproyecto de reforma de los artículos 71, apartado 3 y 102, apartado 1, de la Constitución Española.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup><<http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/DOCUMENTOS%20DE%20INTERES/Comparecencia%20del%20Presidente%20CGPJ%20Comisi%C3%B3n%20de%20Justicia%20marzo-2017.pdf>>. [Consulta: 26 marzo 2018].

<sup>89</sup>Disponible en: <<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2018/refc20181130.aspx>>. Consulta: 4 diciembre 2018].

En España, el argumento más fuerte en favor de la supresión del aforamiento se dirige al indeseado tratamiento diferenciado entre españoles lo cual violaría el principio constitucional de igualdad. Eso se ve en los estudios de Gómez Colomer (2009, 2016), feroz defensor de la existencia de tal violación, que se conecta directamente con el aspecto cuantitativo del tema, el extravagante número de aforados existentes en España (MARTÍNEZ ALARCÓN, 2015, p. 438).

La violación al principio de la igualdad ante la ley como justificativa para la supresión del aforamiento se ve también en las iniciativas parlamentares presentadas en las Cortes Generales españolas como, por ejemplo, en la Moción ante el Pleno de la Cámara sobre la supresión del aforamiento de diputados, senadores y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, solicitada por el Grupo Parlamentario Socialista en 21/03/2016 (662/000006):

Desde su inclusión en el texto constitucional, este aforamiento se ha justificado por diferentes razones: entre otras, evitar la instrumentalización política de la justicia, atribuir a los tribunales con mayor cualificación y experiencia el conocimiento de las causas con potenciales consecuencias institucionales, o asegurar que la actuación judicial responde a los principios de legalidad e imparcialidad, al considerar que los órganos judiciales superiores se encuentran en mejores condiciones de garantizar una actuación independiente.

**Pero lo que es indiscutible es que el aforamiento constituye una excepción al principio de igualdad ante la ley.** Y ninguna de las razones apuntadas parece suficiente para justificar la ruptura de este principio, ni proporcional a las finalidades que se pretenden conseguir.

La ciudadanía percibe esta institución como un privilegio innecesario, lo que contribuye al fenómeno de distanciamiento con sus representantes, especialmente cuando asiste a situaciones injustificables de «aforamiento al escaño» que sólo se explican como último resquicio para evitar una investigación judicial. [...].<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup>Disponible en: <<http://www.senado.es/web/expedientdocblobServlet?legis=11&id=5818>>. [Consulta: 27 marzo 2018].

La moción fue rechazada el 29/03/2016<sup>91</sup>, como también la presentada el 21/09/2016<sup>92</sup>, en el Senado y como la presentada el 05/11/2014, en el Congreso de los Diputados.<sup>93</sup>

La cuestión de la impunidad, invocada como principal justificativa en Brasil, no aparece como central en España, sino más bien la «posibilidad de impunidad», que es mencionada transversalmente. Eso se ve, por ejemplo, en la Moción consecuencia de interpelación urgente presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, rechazada en 20/06/2013:

En el marco de un Estado que se define como social y democrático de Derecho, que debe asegurar el imperio de la ley y que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, entre otros, la justicia y la igualdad, **no tienen cabida los privilegios**, y menos aún pueden tenerla cuando, como acontece en el caso de las prerrogativas parlamentarias, **inciden negativamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, obstaculizando la lucha contra la corrupción política.** [...]

En un estado democrático la mejor garantía para impedir la instrumentación política del procesamiento o detención de un parlamentario consiste en la independencia de los jueces y tribunales y, por ende, las referidas prerrogativas carecen de sentido, **con el peligro añadido de ser utilizadas abusivamente, como instrumento de impunidad de los políticos amenazados por la Justicia**, lo cual ha provocado que estén en franca recesión en todos los países de nuestro entorno. [...]

¿Y por qué decimos que el aforamiento es un privilegio?

En primer lugar, **el aforamiento supone una excepción al principio de igualdad, que no está en modo alguno justificado.** Las explicaciones que ha dado el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 22/1997 son ciertamente endebles («La prerrogativa de aforamiento actúa... como instrumento para la salvaguardia de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial...») y no merecerían ni ser citadas si no fuera porque la realidad demuestra que el efecto conseguido es precisamente el contrario, pues **los Altos Tribunales del Estado** (como el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia) **son los más**

---

<sup>91</sup>Disponible en: <<http://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/sesionesplenarias/pleno/rwdsesionespleno/detalle/votaciones/index.html?sp=4&legis=11&id1=3&id2=35>>. [Consulta: 27 marzo 2018].

<sup>92</sup>Disponible en: <<http://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/sesionesplenarias/pleno/rwdsesionespleno/detalle/votaciones/index.html?sp=2&legis=12&id1=2&id2=12>>. [Consulta: 27 marzo 2018].

<sup>93</sup>Disponible en: <[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-559.PDF#page=11](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-559.PDF#page=11)>. [Consulta: 27 marzo 2018].

**susceptibles de politización, habida cuenta de que en el nombramiento de sus magistrados interviene directamente el Consejo General del Poder Judicial, a cuyos miembros nombran, a su vez, los partidos políticos mediante un calculado sistema de reparto de cuotas.**

Además, el aforamiento conlleva que, tan pronto como le conste al juez de instrucción que está investigando un delito cuya responsabilidad pueda imputarse a un aforado, deberá remitirla al órgano jurisdiccional competente, perdiendo así el caso. Y ello aunque existan otros imputados no aforados, salvo que sea posible el enjuiciamiento separado, que no es lo normal.

Ello explica que, en la práctica, especialmente en los asuntos interesantes o cuya investigación se haya dilatado en el tiempo, los jueces sean renuentes a imputar a un aforado, y en ocasiones incurran en creativas interpretaciones o actuaciones procesales con tal de no hacerlo y perder la competencia de «su» asunto. Cada día podemos encontrar ejemplos de lo que decimos, en los cuales los jueces posponen día tras día la imputación de un aforado (que muchas veces se encuentra en idéntica situación que el imputado no aforado), a fin de no perder la competencia de la causa.

No pretendemos criticar la actuación de los jueces, pues muchas veces está dirigida a crear una base sólida probatoria con el fin de remitir en las mejores condiciones la causa al Tribunal Supremo o al que corresponda al aforado. Pero es innegable que la figura del aforamiento retrasa el procedimiento, provoca disfunciones y una sensación entre la ciudadanía de que la Justicia no es igual para todos.

[...] Obviamente, no todos esos supuestos de aforamiento son igual de graves. Sin duda, los más perjudiciales son aquellos que afectan a los cargos de designación política, no sólo por la mayor relevancia pública que tienen sus delitos sino porque la propia existencia del aforamiento se percibe por la ciudadanía como un privilegio creado a fin de proteger a tales cargos de posibles imputaciones por corrupción política, aumentando la sensación de impunidad de la clase política y el desapego de la ciudadanía.<sup>94</sup>

El día siguiente a la presentación de Pedro Sánchez de su intención de reformar la constitución para suprimir los aforamientos políticos, en 18 de septiembre de 2018, el Grupo Parlamentario Ciudadanos logró aprobar la Moción consecuencia de interpelación urgente 173/000102 en que el Congreso de los Diputados se comprometía a proceder a la reforma de la Constitución para promover la supresión de los aforamientos

---

<sup>94</sup>Disponible en: <

de los Diputados, Senadores y miembros del Gobierno.<sup>95</sup> En su exposición de motivos, una vez más, se destacaban las características de privilegio y quiebra del principio de igualdad y se añadían esas dudas de la ciudadanía sobre la imparcialidad de los jueces, elegidos por los mismos políticos que deberían juzgar.<sup>96</sup>

A pesar de la presencia de nuevos argumentos en el debate reciente, se ve que la discusión sobre la eliminación del aforamiento, en España, centralizase en el principio de la igualdad, violado con el tratamiento procesal distinto dado a casi 250 mil personas.

### **3.4.3. El debate sobre la eliminación del aforamiento en Brasil**

El debate sobre la eliminación del aforamiento en las agendas políticas de Brasil y de España tiene fundamentos distintos. En Brasil, la principal razón de crítica al aforamiento es la relación que se hace entre ese instituto y la impunidad.

En el año 2007, la Asociación de los Magistrados Brasileños (AMB) hizo un estudio sobre los procesos criminales incoados contra autoridades aforadas de 1988 hasta mayo de 2006. En este período de tiempo, ninguna autoridad había sido condenada en el Supremo Tribunal Federal brasileño y solamente 5, de 333 procesos del Superior Tribunal de Justicia, había acabado en condenación (AMB, 2007). Los resultados del estudio llevaron a la AMB a empezar una campaña contra la corrupción que pedía la supresión del aforamiento como una de sus banderas. En 2008, un levantamiento hecho por el sitio «Congresso em Foco» revelaba que 24,5% dos 594 congresistas (145 diputados y senadores) tenían algún problema con la justicia y que en el año 2009, 11 de los 36 líderes de la Cámara de los Diputados y del Senado estaban acusados de crímenes tributarios y contra la administración pública, organización delictiva y blanqueo de capitales (TAVARES FILHO, 2016a, p.22). En 2010, el STF brasileño condenó, después de 124 años de historia, a su primer aforado, en la «Ação Penal n. 516».

---

<sup>95</sup>Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados – serie D, n. 419, 26 septiembre de 2018, p. 14.

<sup>96</sup>Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados – serie D, n. 419, 26 septiembre de 2018, p. 10-11.



Estos resultados vincularon el aforamiento, en Brasil, a la impunidad. El deseo de obtención de la condición de aforado parecía suplantar la vocación política, la morosidad de las investigaciones contra aforados no traían resultados y así se instaló en el sentido común que lo que debería representar una prerrogativa de defensa y preservación funcional de la autoridad se había, realmente, transfigurado en un inconcebible privilegio utilizado como instrumento de preservación de la impunidad de agentes políticos y funcionarios públicos.

Los datos sobre la impunidad de los aforados incentivaron las iniciativas de reformas legislativas. En el Senado brasileño hubo al menos seis propuestas de enmienda constitucional (PEC) para la extinción del fuero especial (PEC 81/2007<sup>97</sup>, 10/2012<sup>98</sup>, 10/2013<sup>99</sup>, 62/2013<sup>100</sup>, 18/2014<sup>101</sup>, 11/2016<sup>102</sup>) donde se veía la vinculación del tema a la cuestión de la impunidad. Por ejemplo, en el parecer del Relator de las PEC 10/2013 y 18/2014:

Es notorio que ha sido ultrapasada la idea de que el aforamiento serviría para proteger el cargo, no su ocupante. Lo que se observa, al contrario, es que mucha gente busca el mandato electivo justamente para huir de las instancias ordinarias de la Justicia, conducta francamente reprobable. Hoy el fuero especial es visto por la población como verdadero privilegio odioso, utilizado para la protección de la clase política - que ya no goza de buena reputación - debido a los sucesivos escándalos de corrupción. Oportuno y conveniente, por lo tanto, modificar las reglas vigentes en relación al fuero privilegiado. El fuero por prerrogativa de función, nominado sin ninguna impropiedad de «fuero privilegiado», es una de las demandas más urgentes vocalizadas por la sociedad brasileña desde las Jornadas de Junio de 2013 hasta el epicentro nervoso del crisis político que el país atraviesa hasta hoy, después de la revelación de los perniciosos acuerdos criminosos de apropiación de la cosa pública, que fueron revelados en los últimos

---

<sup>97</sup>Disponible en: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/82225>>. [Consulta: 20 marzo 2018].

<sup>98</sup>Disponible en: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/104496>>. [Consulta: 20 marzo 2018].

<sup>99</sup>Disponible en: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>>. [Consulta: 20 marzo 2018].

<sup>100</sup>Disponible en: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias//materia/115234>>. [Consulta: 17 marzo 2017].

<sup>101</sup>Disponible en: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=117915>>. [Consulta: 20 marzo 2018].

<sup>102</sup>Disponible en: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125276>>. [Consulta: 17 marzo 2017].

años. Esa presión de las calles sobre este ultrapasado mecanismo es más que justificable y oportuna: levantamiento hecho en 2007, pela Asociación de los Magistrados Brasileños (AMB), apuntó que, de la promulgación de la Constitución de 1988 hasta mayo de 2006, ninguna autoridad había sido condenada por el Supremo Tribunal Federal (STF), en los 130 procesos criminales iniciados. Sólo cinco de un total de 333 procesos resultaron en condenación en el STJ, lo que equivale a un índice de condenación de 1,5% del universo de autoridades que se tornaron objeto de estos procesos. En el mismo periodo, según levantamiento de la Revista «Congresso em Foco», más de 500 parlamentares fueron investigados en el Supremo Tribunal Federal (STF). La primera condenación ocurrió solamente en 2010, más de 124 años después de la fundación del STF. Desde entonces, solamente 16 congresistas en el ejercicio del mandato fueron condenados por crímenes como corrupción, blanqueo de capitales y desvío de recursos públicos. Solamente en 2013, el primero congresista en el ejercicio del mandato, desde 1988, fue preso por orden de la Suprema Corte, sin embargo las inúmeras denuncias que atingieran la clase política desde entonces. Esos datos alarmantes son motivo de fuerte desgaste para las instituciones brasileñas: el fuero, bajo el pretexto de asegurar la independencia de las autoridades, se tornó el sinónimo de impunidad.<sup>103</sup>

La PEC n° 10/2013 fue aprobada en el Senado brasileño, por unanimidad, en 31/05/2017. Importante resaltar que, antes de la votación, se hizo consulta pública sobre la propuesta entre el electorado, en el sitio web del Senado, con el resultado de 56.511 votos en favor de la eliminación del aforamiento y 187 votos en contra. El texto aprobado por el Senado elimina todos los aforamientos, a excepción de los jefes de los tres poderes de la Unión (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y fue enviado a análisis de la Cámara de los Diputados como PEC 333/2017<sup>104</sup>. El fuero se mantendría sólo para el presidente de la República, su vice y los presidentes de la Cámara de los Diputados, Senado y Supremo Tribunal Federal.

En la Cámara de los Diputados brasileña, 12 propuestas de emenda a la constitución para suprimir el aforamiento (PEC 78/07, 119/07, 174/07, 484/10, 142/12, 312/13, 364/13, 23/15, 206/16, 247/16 y 261/16) tuvieron su apreciación iniciada en

---

<sup>103</sup><<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5230569&disposition=inline>>. [Consulta: 27 marzo 2018].

<sup>104</sup><<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2140446>>. [Consulta: 27 marzo 2018].

03/10/2016, reunidas en la PEC 470/05.<sup>105</sup> En 21/11/2017, la PEC 470/05 fue acumulada a la PEC 333/2017, que vino a la Cámara desde el Senado Federal. La apreciación en la Cámara de la PEC 333/2017 ya reproduce la misma tendencia de vinculación del instituto con la impunidad que se ve invocada, por ejemplo, en el Informe de la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía que analizó la admisibilidad de la propuesta en la Cámara de los Diputados:

El fuero por prerrogativa de función, popularmente llamado de «fuero privilegiado», es verdadero resquicio aristocrático que aún permanece en nuestra Constitución Federal. Si de un lado hay el creciente clamor social por el combate a la corrupción, de otro tenemos un sistema desigual entre las autoridades y los ciudadanos comunes desprovistos de prerrogativas. Esa selectividad sólo transmite a la sociedad un mensaje: lo de impunidad.

De este modo, el fin del «fuero privilegiado» alejará no sólo la idea de blindaje de ciertas autoridades, especialmente en los casos de corrupción, pero rescatará el principio republicano de que todos son iguales ante la ley. Esto porque lo que era para ser excepción se ha tornado regla, visto el extenso rol de hipótesis de «fuero privilegiado» en Brasil, que confiere esa inmunidad formal a más de 45 mil cargos.

Por lo tanto, urge la extinción de los criterios, prerrogativas y excepciones que impiden que las autoridades sean verdaderamente y eficazmente responsabilizadas por el cometimiento de crímenes comunes.<sup>106</sup>

El tema del aforamiento en Brasil, sin embargo, es abordado dentro del mismo juego de fuerzas entre los Poderes del Estado que hoy es común en el país. Mientras las reformas legislativas no avanzan, el Supremo Tribunal Federal suele dar las respuestas judiciales a los temas que el Legislativo tarda en resolver. Así que, en el mismo día de la aprobación, en el Senado brasileño, de la propuesta de eliminación de los aforamientos, el Supremo Tribunal Federal se reunía para debatir una cuestión de orden en la «Ação Penal n. 937», en la cual el ponente defendía restricciones a las hipótesis de aforamiento. Proponía el magistrado ponente, primeramente, una interpretación restrictiva a las normas constitucionales sobre aforamiento para limitarlo a los crímenes: a) cometidos en el cargo después de diplomado como parlamentar o después de la

---

<sup>105</sup>Disponible en: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=303883>>. [Consulta: 27 marzo 2018].

<sup>106</sup>Disponible en: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1624056&filename=Parecer-CCJC-21-11-2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1624056&filename=Parecer-CCJC-21-11-2017)>. [Consulta: 27 marzo 2018].

investidura en el cargo que le garantizara la condición de aforado y b) cometidos en razón del cargo, que guardaran conexión directa o se relacionaran con el mandato parlamentario o con el cargo que le garantizara la condición de aforado. En segundo lugar, pretendía que el STF definiera a partir de qué momento procesal el cambio del status del acusado no podría interferir en la competencia para su enjuiciamiento, de modo a impedir el conocido «sube y baja» de procesos de aforados en los tribunales de Brasil. Proponía, en este sentido, que terminada la instrucción procesal, no habría posibilidad de modificación de la competencia.

El debate fue concluido el 03/05/2018<sup>107</sup> y, con él, cambió el STF las reglas de aforamiento hasta entonces vigentes en el país para los parlamentarios. Restringió el aforamiento a los crímenes cometidos en el ejercicio del cargo y en razón de las funciones a él relacionadas y limitó al final de la instrucción procesal la posibilidad de cambio de competencia por la pérdida sobrevinida de la condición de aforado.

Con esa resolución, el STF externa tres críticas importantes al aforamiento que se relacionan con el principio de la igualdad, con la propia imagen del Poder Judicial y con la impunidad en relación a la criminalización de aforados. En la primera crítica está reflejada la cuestión de la igualdad. Si el aforamiento se justifica para garantizar el libre ejercicio de determinadas funciones públicas – y no para encubrir la persona ocupante del cargo – no se puede extenderlo a crímenes sin relación con la función protegida:

Segundo la comprensión actual, un acusado o reo que ocupe determinado cargo (e.g., Diputado Federal) será procesado y juzgado, originariamente, por un juez de instancia superior (e.g., STF) mismo si el crimen a él imputado no tuviera cualquier conexión con las funciones desempeñadas (e.g., crimen de homicidio de su mujer o corrupción practicada cuando ocupaba cargo diverso). (STF, AP 937, QO, voto del magistrado ponente, p.6).

Al ser competente para el enjuiciamiento de absolutamente cualquier delito practicado por aforado, además del principio de la igualdad, en los moldes antes mencionados, el aforamiento afecta la propia imagen del Poder Judicial. Para los

---

<sup>107</sup>Disponible en: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>>. [Consulta: 6 mayo 2018].

Tribunales, enjuiciar a tantos aforados y por cualquier delito representa un desbordamiento de trabajo sin precedentes, demostrado por el magistrado ponente con datos empíricos del propio Tribunal: en 2017, tramitaba en el STF brasileño más de 500 procesos contra aforados (435 investigaciones y 101 procesos criminales). La materia penal no es la única y mucho menos la más importante del STF brasileño y, con tamaño volumen de trabajo, se tardaba a alcanzar la primera fase de admisión de la acusación, en media, 581 días. A esos datos, el ministro ponente añadía uno del «V Relatório Supremo em números» (FALCÃO et. al., 2017): menos de 10% de los procesos contra aforados en el STF envuelven crímenes cometidos en razón del cargo o después de su investidura.

La tercera crítica se refiere a los constantes cambios de competencia que espejan la imagen de impunidad para los aforados. Las modificaciones en el status de aforado interfieren en el recorrido del proceso de criminalización en todas sus etapas, tanto en su inicio, cuando investigaciones incoadas en una instancia inferior «suben» al Tribunal cuando un investigado pasa a ocupar un cargo aforado, como cuando a punto de ser juzgado, después de un largo proceso, deja el cargo, haciendo con que «baje» el caso a la instancia inferior. Ese movimiento del proceso en razón de los cambios de competencia fueron apuntados, en la resolución del STF antes referida, como causador de prescripción e impunidad, además de permitir a los acusados que manipulen voluntariamente la jurisdicción:

Hay los que procuran elegirse para cambiar el órgano jurisdiccional competente, pasando de la primera instancia al STF; hay los que dejan de presentarse a reelección con el mismo propósito, solo que inverso: pasar la competencia del STF para la primera instancia. Y hay los que renuncian para producir la baja del proceso, en el momento que más les conviene. (STF. AP 937. Voto del magistrado ponente, p.19).

El tema del aforamiento, en ambos países, se encuentra en un momento crucial, de inminente reforma o supresión del instituto.

### **3.5. La «sociología de los aforados»: los políticos, los jueces, los «jueces-políticos» y los «políticos-jueces»**

La atribución de privilegios (o prerrogativas) procesales a determinadas categorías de personas se mantuvo históricamente por la importancia de estas personas dentro de la sociedad. Examinando los cargos que disfrutaban del tratamiento procesal

diferenciado, se ve que los aforados forman un macrogrupo compuesto de diversos grupos profesionales, inscritos en un tipo de clase social y con poder político particular, que interesan a la investigación criminológica basada en la sociología del control penal. Al final, su elevado status social y político interfiere en cómo es construida su criminalización por hechos delictivos.

Se hace referencia, aquí, a los estudios de diversos campos de la sociología – la sociología de las elites, la sociología de las profesiones, la sociología política y la sociología de la administración de la justicia – que vienen examinando, por separado, los diversos grupos que componen el gran grupo aquí estudiado.

El macrogrupo de los aforados está compuesto de integrantes de estos grupos de elite que acaban inmunes al control punitivo. El término «elite» se utilizará aquí en el sentido del grupo reducido de hombres y mujeres que ejercen directamente el Poder o que tienen influencia directa o indirecta sobre su ejercicio. Es el concepto del que parten, con desarrollos posteriores particulares, Wright Mills, Mosca y Pareto (TUÑÓN DE LARA, 1967, p.15; BOTTOMORE, 1974, p.8). Por este concepto, habría dos tipos de elites: las que ejercen el Poder y las que influyen en el Poder y, así, se situarían los aforados en esta elite que ejerce directamente el Poder. Ocupan cargos públicos, electivos y burocráticos del Estado, donde ejercen su poder formal y, al integrar la elite estatal, pasan a formar parte de la clase políticamente dominante.<sup>108</sup> Los aforados son divididos,

---

<sup>108</sup>La autora es consciente de la discusión teórica sobre los conceptos de elite y clase dominantes en el seno de la Ciencia Política, muy bien esclarecida en el texto de Renato Perissinotto (2009). Se esclarece, así, que se adopta, en el presente análisis, la comprensión que compatibiliza los dos conceptos – elite política y clase dominante, defendida por ejemplo en el trabajo de Tom Bottomore (1974) y Ralph Miliband (1972, 1982). Esos autores reconocen las diferencias entre los dos conceptos pero defienden su complementariedad para analizar distintos sistemas políticos. Nociones así de «elites económicas», «clase económicamente dominante», «elite estatal» y «clase políticamente dominante» son más completas para los fines del presente estudio. Perissinotto explica estos conceptos con base en el trabajo de Miliband, entre los cuales lo de elite estatal que interesa al tema de los aforados: «esa elite estatal es formada por individuos que controlan las instituciones del Estado (el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial y las Fuerzas Armadas) y, por esa razón, ejercen el poder político en aquellas sociedades. ¿De dónde vienen esos individuos? Por medio de un típico estudio de reclutamiento político, Miliband constata que los miembros de la elite estatal son reclutados, en su gran mayoría, entre los miembros de las clases económicamente dominantes. En razón de ese origen social, los individuos que controlan las instituciones del Estado tienen fuerte propensión a tomar decisiones que favorecen a los intereses de los capitalistas. [...] El concepto de “clase políticamente dominante” describe exactamente ese proceso (el reclutamiento) por medio del cual los que dominan económicamente son alzados a las posiciones de mando de las instituciones estatales y, por consecuencia, se transforman también en políticamente dominantes.» (PERISSINOTTO, 2009, p.89-90).

en ese estudio, entre los «políticos» y los «jueces», para distinguir los cargos electivos de los burocráticos, este último englobando los fiscales.

Su proyección social justifica – o por mucho tiempo ha justificado – los privilegios a ella relacionados y, de cierta manera, tales privilegios eran aceptados como algo inherente al pertenecer a determinada clase de forma acrítica, porque las clases trabajadoras deseaban algún día disfrutar de los mismos beneficios (BELÉM, 2008, p. 111). Así se consolidó, históricamente, en la formación cultural de las sociedades aquí estudiadas, el concepto de que elite y privilegios debían caminar juntos.

Por otro lado, el poder de cada aforado no es el mismo, a pesar de gozar del mismo privilegio. Dentro de cada grupo, se constituyen grupos de elite que disponen de más recursos de poder que los demás. Eso se abordará en los próximos capítulos, cuando se explicará, de manera más detenida, la selectividad del sistema penal para los aforados y la selectividad que se opera dentro de este microcosmos, entre los aforados de mayor y menor poder y capacidad de influencia y vulnerabilidad. De todas maneras, a pesar de que la dosis de poder y riqueza sea desigual dentro de los estamentos privilegiados, los aforados se igualan en el honor social que les concede a todos el privilegio.

España y Brasil comparten esa ubicación de los aforados en una clase superior. Entender un poco como se configuran estos grupos dominantes, los políticos y los jueces, es fundamental para la completa comprensión del tema del aforamiento. Los jueces-jueces, los jueces-políticos, los políticos-jueces y los políticos-políticos se mueven en el tema en distintos papeles. En algunos momentos, son los aforados objeto de enjuiciamiento penal; en otros, son los juzgadores de los mismos cointegrantes de la categoría de poder; en otros, son los que critican, defienden, pueden o no hacer los cambios legislativos (o por medio de decisiones judiciales) para alterar las reglas de aforamiento.

### **3.5.1. Los políticos**

Hay tres maneras de identificar a los poderosos, según Putnam (1976, p.15; COLLER et al. 2016a, p.421): por su ubicación en instituciones de poder, por la autoría de las decisiones que se toman, y por la reputación que se les atribuye. El método

más utilizado en las ciencias sociales es el posicional, que identifica quiénes son los ocupantes de cargos en las instituciones políticas y analiza su perfil social, sus creencias y actitudes, su vocación, la manera en que han sido elegidos, su comportamiento político en la institución y sus vínculos con organizaciones externas. Con él se puede identificar con precisión a las personas que tienen poder porque «están donde están porque tienen poder y, al estar donde están, tienen poder» (COLLER et al. 2016b, p. 422).

Al indagarse quiénes son los aforados en Brasil y en España, aquí estudiados, el primero grupo de poder en que se piensa es lo de los políticos: en el Tribunal Supremo de ambos países, son aforados los jefes de los poderes del Estado y los parlamentarios de representación nacional; en los TSJs españoles el jefe del ejecutivo autonómico y los parlamentarios autonómicos; en el STJ brasileño, el jefe del ejecutivo de los Estados federados.

Los estudios sobre los parlamentarios europeos ven reflejada en la composición de las elites políticas la modernización de las sociedades. Cada vez más se nota un ascenso de las clases medias, con más titulados universitarios, más profesionales liberales y más funcionarios y un descenso de la presencia de la aristocracia, de militares y eclesiásticos que anteriormente componían la elite política europea (COLLER et al., 2016b, p. 421). A pesar de eso, la formación de las elites políticas aún sigue un modelo de aglutinación, segundo el cual «las personas en posiciones de poder político aglutinan una serie de características que les ubican en las partes más elevadas de la estructura social: suelen ser los más formados, los que tienen profesiones más prestigiosas, los más ricos, etc.». No se sigue, todavía, un modelo de independencia, segundo el cual «todas las personas tienen la misma probabilidad de formar parte de una elite política, independientemente de su posición social, de sus cualidades o méritos» (COLLER et al., 2016b, p. 428; COLLIER et al., 2016a).

Los estudios para España muestran que la representación política en este país todavía no reproduce la estructura de la sociedad española, constituyéndose más de un grupo homogéneo en que están presentes hombres, relativamente jóvenes, generalmente nacidos en la comunidad por la que obtiene el escaño, con estudios superiores y profesional del derecho o profesor (COLLER et al., 2016b, p. 429). Coller, Navarro y Portillo explican cómo esta fotografía de la representación política en España



se distancia de las características de la población en general: las mujeres siguen infrarrepresentadas, los inmigrantes internos tienen, en la práctica, cerrada la posibilidad de integrar los parlamentos autonómicos, mientras el 90% de los parlamentarios tienen título universitario, solamente 19% de la población lo tiene y entre las profesiones, hay gran desproporción en la representación de empleados y trabajadores (COLLER et al. 2016b). El resultado de los estudios de Coller, Jaime y Mota (COLLER et al. 2016a) muestran lo que Putnam ya afirmaba en 1976: «las elites políticas provienen desproporcionadamente de grupos de la parte alta de la jerarquía social».

Los mismos datos ya habían sido encontrados para los estudios específicos realizados por Coller, Vale y Meissner sobre los parlamentarios autonómicos. Con la creación de las comunidades autónomas, por la Constitución española de 1978, se consolidó una elite política regional de gran importancia, con políticos con bastante poder, que controlarían mayor presupuesto, definirían la agenda política de sus comunidades, serían el criadero de futuros políticos nacionales y normalmente estarían más cerca de sus representados que los representantes nacionales (COLLER et al., 2008, p.4).

El estudio de Coller, Vale y Meissner sobre las elites regionales en España mostró que, entre 1980-2005, el grupo de los parlamentarios autonómicos era compuesto por hombres jóvenes nacidos en la región representada, de alto nivel de educación, principalmente abogados y educadores. La representación femenina, que era muy baja en los años 80, fue aumentando progresivamente hasta llegar a más del 30% (Castilla-La Mancha ha llegado a casi al 50%). Pero el referido estudio constató que, para la Comunidad Autónoma de Catalunya, examinada en la presente investigación, la representación femenina en el parlamento era de las más bajas del país con una media del 17% (COLLER et al., 2008, p.7)<sup>109</sup>. Los parlamentarios de España eran jóvenes, con edad

---

<sup>109</sup>Los autores se sorprendieron con el resultado encontrado en Catalunya, porque el alto desarrollo económico y cultural de la región debería estar reflejado en la presencia de mujeres en su elite política. La explicación dada para este hallazgo estaría en el comportamiento de los partidos políticos en relación a la participación femenina, no marcado por la división ideológica, sino por el nacionalismo. Los partidos políticos nacionalistas no ponían mujeres en su lista electoral (COLLER; VALE; MEISSNER, 2008, p. 8-10). Este estudio corrobora, además, los resultados de estudio anterior, realizado en 1997, sobre las elites políticas parlamentarias de Catalunya, por Jordi Calvet i Crespo (1999).

media de 43 años, edad inferior a la media de los votantes, el 85% tenía formación académica universitaria, con alta presencia de abogados y educadores.

En Catalunya, la representación femenina en el Parlamento empezó a cambiar a partir de los años 2000 y, en 2010, ya atingía más de 40% del total de escaños. En la legislatura de 2017, atingió 43%.<sup>110</sup> Ya la presencia en los cargos de Consejero no sigue la misma tendencia: en la formación del último gobierno en Catalunya los partidos criticaban la falta de paridad porque en un total de 13 consejerías sólo había 3 mujeres a frente de ellas,<sup>111</sup> lo que, además, parece ser una constante en los gobiernos de Catalunya desde la entrada de la primera consellera, en 1992.<sup>112</sup> Importante mencionar, también, que nunca hubo una mujer presidenta de la Generalitat.

En Brasil, los estudios sobre la elite política indican que más allá de un perfil que coincide con los datos de las demás democracias occidentales – los políticos son en su mayoría hombres, entre 40 y 60 años y con formación superior – hay en Brasil, cada vez más, el elemento de la experiencia política como factor de mayor elegibilidad de un candidato. Para los Diputados Federales, llama la atención la alta incidencia de los que tienen como ocupación previa la de político entre los electos (más de 46%). Así, los estudiosos consideran que hoy el más importante atributo para ser elegido en Brasil es ser o ya haber sido político (PERISSINOTTO; MIRÍADE, 2009). En relación a las ocupaciones previas desempeñadas antes de la vida política, los estudios sobre el parlamento brasileño indican que la clase de los empresarios se viene tornando hegemónica en los últimos años, en detrimento de los de origen en las carreras jurídicas, tanto para el Senado cuanto para la Cámara de los Diputados (CODATO; HEINZ, 2016, p. 62).

Para las últimas legislaturas en Brasil, los estudios realizados muestran que, por ejemplo, para el Senado, la importancia de provenir de una profesión de elite tiene menos importancia que en el pasado, aunque la vocación política se muestra cada

---

<sup>110</sup>Disponible en: <<https://www.lavanguardia.com/politica/20180112/434222776548/mujeres-parlament-lucha-espacio-politico.html>>. [Consulta: 18 septiembre 2018]

<sup>111</sup>Disponible en: <<https://www.publico.es/espana/catalunya-criticas-falta-paridad-govern-torra-3-mujeres-14-cargos.html>>. [Consulta: 18 septiembre 2018].

<sup>112</sup>Disponible en: <<http://catalunyaplural.cat/es/la-presencia-de-mujeres-retrocede-en-el-nuevo-govern-torra-de-cinco-se-pasa-a-tres/>>. [Consulta: 18 septiembre 2018].

vez más necesaria (CODATO et al, 2017, p. 128). Para los gobernadores de los Estados, las investigaciones revelan que el campo político está menos abierto a novatos sin experiencia que en los cargos de Diputados. Sin embargo, el perfil de los gobernadores en Brasil, elegidos por los electores para el cargo específicamente, no se aleja del perfil encontrado para otros cargos: predominancia de los hombres, con índice que ultrapasa el 90% y alta escolaridad que no coincide con el grado de escolarización de la población en general (MASSIA, 2013, p.176-178). En el período de la investigación empírica realizada para el presente trabajo (2008-2016), sólo hubo 6 gobernadoras.<sup>113</sup>

### 3.5.2. Los jueces

Los estudios de sociología jurídica sobre la sociología de la profesión de juez y la sociología de la administración de justicia identifican los integrantes de los cuerpos judiciales como parte de una clase social, con determinado grado de poder y prestigio, a quien se atribuye un papel social marcado por varias circunstancias que conforman el comportamiento de los jueces (BERGALLI, 1999, p.205). Comparten, en Brasil y en España, las mismas características que Silva García (2009) identificó para Colombia: la educación jurídica, entendida como un largo y sistemático proceso de formación universitaria, que conduce a la obtención de un título académico; un saber especializado, que sólo poseen los miembros del cuerpo profesional, pues los legos carecen de él; una determinada cultura, que los distingue de otros; un monopolio sobre una serie de competencias, que únicamente pueden ser ejecutadas por los operadores jurídicos; una clase singular de prácticas sociales, por las cuales obtienen recompensas; un *status*, traducido en cierto poder y prestigio o imagen social (SILVA GARCÍA, 2009, p. 74). El *status*, como explica el mismo autor, «es una posición social, dentro de una escala de posiciones que es construida en forma comparativa. A cada posición de *status* corresponden, con grados determinados y variables, poder y prestigio y, naturalmente, ausencia relativa de poder y desprestigio» (SILVA GARCÍA, 2009, p. 74).

En España, el primer estudio de sociología sobre la judicatura, identificado para este trabajo, fue el realizado por José Juan Toharia, en 1972, 1983 y,

---

<sup>113</sup>Disponible en: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/blog/eleicao-em-numeros/post/pela-primeira-vez-em-16-anos-brasil-elege-apanas-uma-mulher-governadora.html>>. [Consulta: 18 septiembre 2018].

luego, actualizado en 1987. Toharia aplicó una encuesta a 400 jueces, magistrados, magistrados de trabajo y magistrados del Tribunal Supremo y, con los datos recolectados, trazó la caracterización socio-demográfica de la judicatura española y las percepciones de sus miembros sobre la justicia en España y sobre sí mismos. En 1987, los jueces españoles tenían, en su mayoría, entre 46-60 años, con un inicio de ascensión de jueces más jóvenes, de menos de 35 años, que casi no existían en 1972; sólo el 13,2% eran mujeres. La ocupación del padre, elemento que ayuda a esclarecer el origen social del investigado, indicaba la presencia mayoritaria de jueces hijos de integrantes de la judicatura, abogados y funcionarios del Estado (TOHARIA, 1989).

Treinta años más tarde, los datos del estudio demográfico de la Carrera Judicial, presentada en la Memoria del Consejo General del Poder Judicial, muestran la evolución de la judicatura en España. Las mujeres son la mayoría de los jueces y magistrados en activo, con 52,7% de presencia. El rango de edad de la mayoría es de 51 a 60 años, grupo en lo cual la mayoría es de hombres. Empero, los tres grupos de edad más jóvenes, 20 a 30, 31 a 40 y 41 a 50 años lo superan numéricamente en mucho y están compuestos, cada uno de los tres, por más de 60% de integrantes mujeres (ESPAÑA, CGPJ, 2017, p. 275). La representación femenina, sin embargo, no se ve todavía reflejada en los órganos de cúpula del Poder Judicial. Sólo un 12,8% de los integrantes del Tribunal Supremo y un 36,1% de los Tribunales Superiores de Justicia son mujeres (ESPAÑA, CGPJ, 2017, p.291).

En Catalunya, la presencia femenina en el Poder Judicial está por encima de la media nacional: conforme estudio demográfico de la Carrera Judicial realizado por el Consejo del Poder Judicial a fecha de 1 de enero de 2017, los jueces y magistrados, en Catalunya, son en su mayoría mujeres (56%). En el TSJC, la presencia femenina es de 38,6%. El recuento de los aforados provenientes del Poder Judicial en Catalunya totalizaba 405 mujeres y 302 hombres. La media de edad de los jueces y magistrados en activo en Catalunya es de 47,5 años (ESPAÑA, CGPJ, 2017, p.310).

La Fiscalía General del Estado también presentó, en la Memoria de 2017, indicadores sobre el perfil sociológico de la carrera fiscal. En 2016, la mayoría de los fiscales se encontraban en la franja de edad comprendida entre los 51 y los 60 años; 63% de los fiscales son mujeres, pero 65% de los puestos directivos de la carrera estaban

cubiertos por hombres (ESPAÑA, FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, 2017, p.63-67). De los aforados provenientes del Ministerio Fiscal, 72% son mujeres: 270 mujeres y 105 hombres.

En Brasil, numerosos autores se han dedicado a estudiar las elites de la Justicia (ALMEIDA, 2010, 2014; SADEK, 2013; BONELLI, 2013; OLIVEIRA, F., 2013). Almeida, al estudiar las elites de la justicia brasileña, desarrolló sus análisis partiendo de cinco factores: la relación de la magistratura con la estructura social, sus divisiones y jerarquía internas, su apertura para la circulación y permeabilidad, su escolarización y su acción política en distintos tiempos históricos. Utilizó ese método para evitar explicar la elite apenas por su ya conocida posición social superior o de manera acrítica (ALMEIDA, 2014, p. 92). Con eso, buscó comprender no sólo cómo los juristas se insertaban en la estructura social brasileña, sino también cómo se desarrollaban las luchas de fuerzas dentro del campo jurídico, partiendo, para ello, de consideraciones sobre el propio desarrollo de la estructura social y de las instituciones políticas brasileñas y la incidencia de factores de clase social, raza, género, burocratización, en las trayectorias de los jueces investigados (ALMEIDA, 2010, p.27).

Sadek, por su parte, puso el foco en el reclutamiento de los jueces brasileños (SADEK, 2013). Al instituirse el Poder Judicial como un Poder del Estado, sus integrantes pasan a disfrutar de la posibilidad de ser protagonistas en la arena pública y, así, sus características demográficas, sociológicas y de opinión marcan diferencia. En Brasil, más de tres cuartos de la magistratura son de hombres y la presencia de mujeres es cada vez menor a medida que se acerca a los cargos en la cúpula del Poder Judicial. En la distribución de los magistrados por el color de la piel, la presencia de blancos es absolutamente dominante, con alguna representación de pardos y, así, la inclusión de la población negra en el Poder Judicial es todavía muy baja<sup>114</sup>. La extensa mayoría de los magistrados posee un grado de escolaridad superior al de sus padres, indicando una movilidad social ascendente en la sociedad brasileña y la existencia de una diversidad de origen en la actualidad que, en el pasado, era inconcebible (SADEK, 2013, p.144-148).

---

<sup>114</sup>Segundo el último censo demográfico realizado en Brasil, en 2010, la población brasileña, formada por más de 190 millones de habitantes, estaba compuesta de 47,7% de blancos, 43,1% de pardos, 7,6% de negros, 1,1 de amarillos (de origen oriental) y 0,4 de indígenas.

Los datos de Sadek fueron corroborados por el Censo del Poder Judicial brasileño realizado por el Consejo Nacional de Justicia, en 2013. La edad media de los magistrados brasileños era de 44,7 años, situada la mayoría de los magistrados en la franja de edad comprendida entre los 40 y los 50 años; las mujeres eran 35,9% del total de la judicatura, pero solamente 27,8% entre los integrantes de los Tribunales Superiores; 82,8% de la magistratura está ocupada por personas que se declaran de raza blanca y 99,1% no poseen discapacidades (CNJ, 2014, p.34, 37).

Fabiana Oliveira, por ejemplo, explica en su estudio el fenómeno de transición de elites ocurrido con la magistratura en Brasil, en las últimas décadas. Los jueces, que solían en Brasil ser originarios de la elite económica y oligárquica, pasaron a constituir una elite profesional, dejando de ser casi exclusivamente originaria de la clase alta y abriéndose para la clase media alta (OLIVEIRA, F., 2013, p.164). De todos modos, esa alteración sobre el origen social de los magistrados no cambiaría su posicionamiento en la estructura social después de alcanzado su ingreso en la carrera. Como verificó Bergalli para el caso argentino, donde los jueces venían originalmente de la clase media, sus actitudes no tardaban en alejarse de las propias de su condición social de origen para pasar a ser «las de protección de los valores de la clase superior», convencidos de que, por ejercer una función pública elevada, ya habían pasado a integrar una posición social destacada (BERGALLI, 1999, p.24).

Eso se explicaría, según Bergalli, por la propia manera como la función del juez fue construida: como una profesión distinta, separada de las otras, con prevalencia de lo técnico sobre lo político y hostil a él, alimentada por la ideología de la función neutral del juzgador y adversa al control popular, que consistiría en «una intromisión intolerable de los profanos en el templo de los sacerdotes». Con eso, se hace del órgano judicial «un cuerpo separado de la sociedad en el cual el juez, encerrado en su torre de marfil del papel profesional que debe desempeñar, niega todo aspecto político de su actividad y desapodera al pueblo de cualquier potestad de control de su actitud.» Y que se transforma, así, «en un instrumento de la clase dominante». (BERGALLI, 1999, p.42-43).

La metáfora de la magistratura con los sacerdotes es particularmente importante en este punto. La excelencia del cargo se relaciona históricamente - y se

perpetúa hasta el presente - con la divina función de impartir justicia, que se fue legitimando por medio de la diferenciación funcional del oficio de juez, dentro de la burocracia, hacia el rito litúrgico. Primoroso, sobre eso, es el capítulo sobre la «(Anti)Estética de lo judicial» de reciente libro de Andrés Ibañez (2015). Allí, Andrés Ibañez lo reúne todo: «Del conjunto de las articulaciones estatales, la judicial es, seguramente, la que incorpora, en la mise en scène y en el marco de sus actuaciones, el mayor número de expresiones simbólicas y alegóricas...» (ANDRÉS IBAÑEZ, 2015, p.381). La escena del proceso, el carácter ritual y espectacular de su celebración, la pomposa simbología (la balanza, la espada, la venda y el bastón), las togas, las pelucas, el ceremonial catedralicio, el ponerse de pie al toque de la campanilla, el formalismo de los tratamientos, los juramentos, todo viene relacionado al atributo divino de la justicia.

Una pregunta interesante del estudio de Toharia se relaciona íntegramente con las categorías trabajadas en este subcapítulo: «En las líneas generales, ¿diría Vd. que el juez tiene hoy, en España, el prestigio y consideración social que corresponde a su función?» De 1983 a 1987, Toharia constató que hubo una importante caída en la percepción de los jueces y magistrados sobre su prestigio y consideración social: sólo uno de cuatro jueces consideraba que sí, o sea, «en tan breve espacio temporal aumenta de forma acusada la sensación de no ser adecuadamente tratados y reconocidos por la sociedad.» (TOHARIA, 1989, p. 363).

### **3.5.3. Los «jueces políticos»**

Además de los jueces-funcionarios, el Poder Judicial en Brasil y en España cuenta con «jueces-políticos», que ascienden en la carrera por nombramiento: en Brasil, del presidente de la República, con la aprobación del Senado; en España, por el Consejo General del Poder Judicial. En esta categoría de los «jueces-políticos», está el desempeño, al mismo tiempo, de una profesión que demanda una experiencia específica, con el dominio de un cuerpo de saberes profesionales, y de una carrera política. Es considerada así, por Fabiana Oliveira (2013, p. 162), como integrante de una elite en realidad política, sólo que diferenciada por el conocimiento jurídico que le permitió ascender al puesto (OLIVEIRA, F., 2013, p.162).

La cuestión que se expone aquí tiene dos facetas. La primera, es que hay integrantes del Poder Judicial que no son originarios del cuadro de funcionarios del Estado: Brasil y España tienen previstos mecanismos de investidura, como miembros del Poder Judicial, de juristas de reconocido prestigio que no han pasado por la carrera de juez. Estos juristas, accediendo a la carrera, pasarán a integrar esa clase, inserta en un determinado nivel de la estructura social y con el poder y prestigio a ella inherentes. La segunda, es que, no sólo para esos nuevos integrantes de la magistratura sino para todos los jueces que aspiran a una movilidad vertical dentro de la carrera, o sea, a ocupar plazas en los Tribunales Superiores<sup>115</sup>, el proceso de nombramiento implica una dosis de política, prestigio y poder importante.

En Brasil, la promoción en la carrera, de primera para segunda instancia, tanto para fiscales cuanto para jueces, ocurre por criterios de merecimiento y antigüedad. En los Tribunales de segunda instancia (TRFs, TJs y TRTs) y en el TST, la Constitución prevé que un quinto de la composición de la Corte debe ser integrada por candidatos provenientes de la carrera de fiscal o de la abogacía. El fuerte componente político aquí gira en torno del procedimiento de nombramiento: los órganos elaboran listas con seis nombres y las envía al Tribunal donde, por votación interna, se reduce esta lista a tres nombres, que son enviados para elección del jefe del Ejecutivo. Los TRES (Tribunales Regionales Electorales) cuentan con dos de sus siete jueces elegidos entre abogados a partir de una relación de seis nombres que es enviada al presidente de la República.

Los integrantes de los Tribunales Superiores son de libre nombramiento por el presidente de la República, entre brasileños de 35 a 60 años, de saber jurídico notable y reputación intachable. En el STJ, debe ser compuesto de un tercio de jueces de los TRFs, un tercio de jueces de los TJs y un tercio entre abogados y fiscales, para la elección de los cuales los integrantes del STJ elaboraran lista triple enviada al presidente

---

<sup>115</sup>Segundo Murillo de la Cueva, los nombramientos discrecionales son los de presidentes de Salas y de magistrados del Tribunal Supremo, los de presidentes de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de sus Salas, los nombramientos de los magistrados de la Sala Civil y Penal de estos últimos que proponen las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y los de los presidentes de las Audiencias Provinciales. Además, naturalmente, del nombramiento del propio presidente del Tribunal Supremo. También son un claro ejemplo de nombramiento discrecional las designaciones de los dos magistrados del Tribunal Constitucional que corresponde hacer al Consejo General del Poder Judicial y viene efectuando desde 1980 (MURILLO DE LA CUEVA, 2016, p. 22).



de la República, mientras los integrantes del STF son elegidos por la total discrecionalidad del Jefe del Ejecutivo Nacional. La elección del presidente de la República pasa por la aprobación del Senado Federal que, históricamente, desde la creación del Supremo Tribunal Federal, sólo recusó cinco candidatos en el año 1894 (TAVARES FILHO, 2016b, p. 7).

A pesar de los nombramientos de los magistrados para componer los Tribunales brasileños siempre despertaren cierta controversia por el aspecto político, es la composición del STF brasileño que más padece con las críticas. Un ejemplo de la influencia política sobre quien pasa a componer el Poder Judicial fue narrado por Tavares Filho: en 2009, fue propuesto para componer el STF brasileño el entonces Abogado General del Estado. Su elección fue contestada en el Congreso y por la comunidad jurídica porque tenía muy poca edad (41 años), no tenía estudios de posgrado, había sido reprobado dos veces en las oposiciones para ingreso en la carrera judicial y, además, había sido abogado del partido del presidente de la República que le nombró (TAVARES FILHO, 2016b, p. 8).

En España, a pesar del intento de someter los nombramientos a parámetros de objetividad, motivación y transparencia, la actuación del Consejo General del Poder Judicial sigue criticada por la discrecionalidad que todavía desempeña un papel decisivo en la decisión final (MARTÍNEZ ALARCÓN, 2015, p. 475). Para Martínez Alarcón, un análisis exhaustivo de sociología jurídica sobre los comportamientos efectivos de los magistrados del Tribunal Supremo en el desempeño de su cargo confirmaría que:

[...] con carácter general, estos magistrados se sienten en deuda con aquellos que contribuyeron a su promoción al Supremo cuando tienen que decidir un caso que afecta a la responsabilidad de las elites políticas y su decisión no se conduce de forma imparcial, o, al menos, de forma completamente imparcial. La experiencia socio psicológica confirma que el titular de un cargo permanece obligado a la persona u organización responsable de su nombramiento [...] (2015, p. 477).<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup>En sentido contrario, la opinión de MURILLO DE LA CUEVA: «Mientras que, significativamente, no se ha producido controversia alguna respecto de estas últimas desde 1980 a la actualidad [habla aquí de los dos cargos del Tribunal Constitucional designados por el CGPJ], en cambio, es verdad que sobre algunos de los demás nombramientos discrecionales las polémicas han sido recurrentes y en diversas ocasiones la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha anulado acuerdos de nombramientos de esta naturaleza, en general, 150

### 3.5.4. Los «políticos-jueces»: el particular problema de los consejeros de las Cortes de Cuentas

Con tratamiento igualitario al dado a los jueces, los consejeros de las Cortes de Cuentas en Brasil y en España figuran también como aforados. Con designación política, deberían, en principio, haber sido incluidos en este estudio en los casos antes descritos de los «jueces políticos». Pero hay una particularidad importante sobre los consejeros de Cuentas para colocarlos, en este estudio, en categoría distinta: la de los «políticos jueces». En ambos países, las Cortes de Cuentas están marcadas por albergar a ex políticos.

En España, los consejeros serán designados por las Cortes Generales, seis por el Congreso y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, por un período de nueve años. Serán elegidos entre censores del Tribunal de Cuentas – en la actualidad, auditores o letrados – censores jurados de cuentas, magistrados y fiscales, profesores de universidad y funcionarios pertenecientes a cuerpos para cuyo ingreso exija titulación académica superior, abogados, economistas y profesores mercantiles, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio profesional.<sup>117</sup> Es un cargo al que suelen llegar políticos en última fase de su actividad, un cargo de gran estabilidad laboral y bien remunerado. Entre los consejeros actuales, nombrados el 21 de julio de 2012, están no solo ex políticos sino también familiares de ex políticos que integraban el cuerpo técnico de la Corte.

Lo mismo ocurre en Brasil a quien se debe dar aún más atención, aquí, ya que entre los aforados objeto de esta investigación están los consejeros de las Cortes de Cuentas de los Estados y Municipios brasileños, insertos en la competencia del Superior Tribunal de Justicia. De la misma manera que España, los consejeros de cuentas, en Brasil, normalmente son ex políticos, pero con un agravante para el caso brasileño:

---

por falta de motivación. Y aunque, en casi todas las ocasiones el Consejo haya vuelto a elegir, ahora ya con la necesaria motivación, a quien escogió inicialmente, ese control judicial ha hecho que deba seguir un procedimiento específico encaminado a poner de manifiesto los méritos profesionales de los aspirantes y observar reglas concretas que reducen notablemente su discrecionalidad y el riesgo arbitrariedad. El control judicial ha estrechado de manera importante el ámbito de quienes pueden ser elegidos de este modo y la publicidad que rodea a estos episodios también ayuda a que solamente se defiendan candidaturas apoyadas por currículos importantes» (En: BUSTOS GISBERT et al., 2016, p.24-25).

<sup>117</sup>Disponible en: <<http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/organizacion/organos-del-tribunal-de-cuentas/consejeros-de-cuentas/>>. [Consulta: 16 mayo 2018].

por un estudio realizado por Transparencia Brasil, que analizó la vida pública de 233 consejeros en las 34 cortes de Cuentas brasileñas<sup>118</sup>, el 80% de ellos habían ocupado cargos electivos o de relevancia en la administración pública, 23% sufrieron algún tipo de punición en la justicia o en la propia Corte de Cuentas, 31% eran familiares de otros políticos y, en algunos casos, fueron nombrados por sus propios tíos, primos o hermanos gobernadores y 7 estaban alejados del ejercicio de sus funciones por estar envueltos en tramas de corrupción (SAKAI; PAIVA, 2016).<sup>119</sup> La situación brasileña tampoco es nueva. Analizado el perfil de todos los consejeros desde 1988 (99 personas), el 55% tenía familiares políticos y 8 en cada 10 consejeros habían ocupado cargos electivos o prominentes en el gobierno.

Finalmente, una información importante para la investigación empírica sobre la criminalización de aforados, que se presentará posteriormente, es la bajísima presencia femenina entre los consejeros de Tribunales de Cuentas en Brasil. En el mismo estudio de Sakai y Paiva (2016), ya mencionado, se ve que entre los 224 consejeros de los TCE, TCDF y TC de los Municipios (aforados en el STJ), integrantes de esas Cortes a finales de 2015 y sobre los cuales las autoras describieron sus trayectorias, existían solamente 26 mujeres.

### **3.6. El procedimiento para la criminalización de aforados en España y en Brasil – diferencias y similitudes**

A pesar de que los objetivos del presente trabajo no pretendan ser un estudio dogmático del aforamiento, la mejor comprensión de los resultados de la investigación empírica realizada demanda una visión general de cómo se da la criminalización de aforados en los sistemas procesales de España y de Brasil. Así, se presentarán aquí nociones generales sobre el sistema penal de cada país y los elementos

---

<sup>118</sup>En Brasil, además de la Corte de Cuentas de la Unión (TCU), cuyos integrantes son aforados en el Supremo Tribunal Federal, hay 27 Cortes de Cuentas de los Estados (TCE) y del Distrito Federal (TCDF), 4 Cortes de Cuentas de los Municipios de los Estados de Pará, Goiás, Ceará y Bahia y 2 Tribunales de Cuentas de los Municipios de São Paulo y Rio de Janeiro. Cada tribunal tiene 7 consejeros, con excepción del TCU con 9 y del TCM-SP con 5. En total serían 238 consejeros.

<sup>119</sup>Sakai y Paiva añaden a su estudio los porcentajes de consejeros que responden a procesos criminales: 6% de los que nunca ocuparon cargos electivos ni participaron del gobierno, 27% de los que fueron políticos, 27% de los que son familiares de políticos y 21% de los que no tienen parientes políticos (SAKAI; PAIVA, 2016).

procesales que caracterizan la criminalización de aforados para ofrecer una base de conocimiento mínimo que permita al lector comprender más fácilmente las conclusiones de este estudio.

Ambos sistemas procesales – español y brasileño – funcionan por medio de una justicia jerarquizada y que prevé, en el caso ordinario, que los delitos cometidos son procesados por un juez de primera instancia (o por un cuerpo de jurados). La regla de aforamiento es una excepción a esa lógica, porque concede a determinados sujetos el derecho de ser juzgados por un tribunal superior y no por el juez de primera instancia, al que correspondería por las reglas ordinarias de competencia.

Tomándose los casos objeto de la presente investigación – los aforados del TSJC y del STJ - se describirá, seguidamente, el recorrido y el rito procedimental utilizado en cada tribunal.

### **3.6.1. El procedimiento para la criminalización de aforados en España**

En España, el proceso penal ordinario se inicia con la formulación de una acusación contra una persona determinada, por un hecho criminal concreto (MONTERO, et. al, 2015, p.132). Pero antes de llegar a este punto, hay una fase de investigación judicializada, en la cual se averiguan las circunstancias del hecho y la personalidad de los autores. Esa fase se inicia por medio de la denuncia o de la querrela, con las cuales se inaugura la fase instructora o procedimiento preliminar, que tiene por objeto la investigación de la «notitia criminis».

La denuncia, como explica Gimeno Sendra (2015, p.328), es una declaración de conocimiento de un hecho constitutivo de delito que se transmite a un órgano judicial, Ministerio Fiscal o Autoridad con funciones de policía judicial, por cualquier persona física. El Ministerio Fiscal puede también recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna. Esa es la redacción del art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que, juntamente con los arts. 773.2 LECrim y 5.2 y 3 EOMF, fundamenta la actuación de la Fiscalía en las «diligencias de investigación», examinadas en el presente trabajo. La Policía también puede recibir la denuncia.

La denuncia no tiene que determinar e identificar al investigado – en la fase instructora se averiguará quién es el presunto autor del hecho punible – no tiene que ser formalizada ante el Juzgado competente, ni requiere ningún requisito especial que no sea la transmisión de la *noticia criminis*. Debe narrar un hecho con carácter de delito, así que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 269, contempla sólo dos motivos de inadmisión de una denuncia: a) la inexistencia del hecho o b) la ausencia de tipicidad.

Si presentada la denuncia ante el Juzgado de Instrucción contra un aforado o si durante las diligencias realizadas en primera instancia se verifica que hay un aforado entre los autores, debe el juez remitir una «exposición razonada» al TSJ o al TS sobre el estado de la investigación y por qué a partir de ello podría plantearse la imputación de un delito a un cierto sujeto aforado.

La exposición razonada del juez de primera instancia, que decide remitir causas contra aforados al TSJ o al TS, viene siendo exigida por esos Tribunales como condición para aceptar esa competencia. El TSJC, en ese sentido, viene acordando devolver al Juzgado de Instrucción las actuaciones remitidas a él sin la correspondiente exposición razonada, para que el Juzgado valore y presente los motivos por los que considera que corresponde al Tribunal el conocimiento de la causa. Se exige, así, del Juzgado de Instrucción:

[...] no sólo que se individualice la conducta concreta que respecto a ese aforado pudiera ser constitutiva de delito sino también que haya algún indicio o principio de prueba que pudiera servir de apoyo a tal imputación (v. ATS dictados en causas especiales: de 27/1/1998 núm. 4120/97 ; de 7 y 29 de octubre de 1999 núm. 2030/99 y 2960/99 ; de 2/1/2000 número 2400/99 ; de 5/12/2001 núm. 6/01 ; de 6/9/2002 núm. 36/02 , entre otros), de ahí que para que proceda declarar su competencia sea menester que existan suficientes indicios de responsabilidad contra la persona aforada lo que debe desprenderse de la necesaria exposición razonada. (ATSJ CAT 198/2017 - Id Cendoj: 08019310012017200098 - 03/04/2017 - N° de Recurso: 6/2017 - N° de Resolución: 26/2017 - Ponente: José Francisco Valls Gombau).

Asimismo, el Tribunal Supremo establece que:

[...] no basta, por tanto, con la constatación puramente nominal de que un determinado hecho delictivo ha sido atribuido a un aforado. Resulta indispensable que el juez instructor que pretende declinar su propia competencia, exponga las razones que determinarían la incoación por

el Tribunal Supremo del procedimiento especial contemplado en los arts. 750 a 756 de la LECrim. Y esa exposición razonada ha de ser lo suficientemente exhaustiva como para delimitar – con toda la provisionalidad que es propia de un momento procesal como el presente – el alcance objetivo y subjetivo de los hechos. (ATS 5 de mayo de 2015 (FJ 2))

Además de la denuncia, el proceso puede iniciarse con una querrela. La querrela es el acto procesal mediante el cual se solicita del órgano jurisdiccional (competente) la iniciación de un procedimiento y en el cual el querellante asume la cualidad de parte acusadora.

Como explica Gimeno Sendra, conforme a lo dispuesto por los artículos 270 y 271 de la LECrim, pueden querrellarse el Ministerio Fiscal, los extranjeros ofendidos y todos los ciudadanos españoles que hayan sido o no ofendidos por el delito (2015, p.334). Las querellas públicas pueden presentarse por cualquier ciudadano español capaz, no ofendido por el delito, que ejercitan, en esos casos, la «acción popular», y por el Ministerio Fiscal. Las querellas privadas sólo pueden plantearse por parte del ofendido por el delito, como en el caso de injurias y calumnias, en que el particular tiene el monopolio de la acción penal. Al contrario de la denuncia, la querrela debe ser formalizada por escrito, siempre por medio de procurador con poderes y suscrita por letrado (LECrim, art. 277) y ante el órgano jurisdiccional competente, quien examinará de oficio su propia competencia (arts. 272 y 313 de la LECrim). La querrela debe contener la relación circunstanciada del hecho y la declaración de voluntad, o sea, el pedido para que se admita la querrela, se practiquen las diligencias indicadas y las demás medidas necesarias (LECrim, art. 227, n. 6). Para ejercer la acción popular, debe el querellante, además, prestar una fianza en cuantía fijada por el juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio (LECrim, art. 280).

Aún en la enseñanza de Gimeno Sendra (2015, p.334-335), las causas de rechazo de una querrela pueden ser por motivos de «admisibilidad» (inadmisión) o de «fundabilidad» (desestimación). Constituyen motivos de inadmisión la ausencia, en la querrela, de los presupuestos y requisitos que condicionan su validez formal. Por otro lado, la desestimación de una querrela (o rechazo por motivos de fondo) tan sólo puede suceder «cuando los hechos en que se funde no constituyan delito». Vale mencionar que la querrela irregular, en que faltan requisitos o presentada ante juez incompetente se puede

convertir en denuncia, remitida al juez competente. El procedimiento penal puede ser iniciado, también, de oficio, como prevé el art. 308 de la LECrim.

Para los casos de los aforados jueces, magistrados y fiscales, es oportuno remarcar que sólo se inician mediante querrela, siendo inadmisibles las denuncias (arts. 406 y 410 LOPJ). Esa es la principal causa de inadmisión de las denuncias ofrecidas en el TSJC contra jueces, magistrados y fiscales, como se verá en la presentación de la investigación empírica:

[...] el escrito presentado no reviste las formalidades de un escrito de querrela, lo que viene exigido por los artículos 405 y 406 de la LOPJ lo que requiere, por otro lado, la personación mediante Abogado y Procurador (Art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el presente caso, tales requisitos no se han respetado, habiéndose ejercitado la acción penal sin el cumplimiento de los presupuestos formales, limitándose a narrar los hechos mediante una simple denuncia, lo que conllevaría forzosamente a la inadmisión de la misma. (TSJC Sala de lo Civil y Penal - Id Cendoj: 08019310012018200052 - Fecha: 01/02/2018 - N° de Recurso: 110/2017 - Ponente: Maria Eugenia Alegret Burgues).

En el TSJC, siguiendo la doctrina del TS, recibida la denuncia o querrela, se incoa el procedimiento penal, se designa ponente para conocer la causa y se la traslada al Ministerio Fiscal para que informe sobre la competencia de la Sala y sobre su admisión.

La definición del Tribunal competente para cada aforado dependerá del lugar de comisión del delito. Si se comete el crimen en el ámbito territorial de la comunidad autónoma, es competente la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente; si fuera de dicho territorio, es competente la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Además, para los jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, los delitos y faltas deben haber sido cometidos en el ejercicio de su cargo (art. 8 de la LO 2/1986 y art. 73 LOPJ). El ejercicio del cargo, para el TSJC, equivale al ejercicio de la función jurisdiccional, que consiste en juzgar y hacer ejecutar la sentencia. Así, el TSJC no ha reconocido su competencia para una causa relativa a hechos cometidos en un foro corporativo de jueces, que consideró practicados «extramuros de la función judicial» (ATSIJ CAT 80/2018 - Id Cendoj: 08019310012018200052 - Fecha: 01/02/2018 - N° de Recurso: 110/2017 - Ponente: Maria Eugenia Alegret Burgues).

Para los demás cargos, el aforamiento se aplica a cualquiera que sea el delito cometido (arts. 57 y 61 LOPJ).

En ese momento inicial de admisión de la denuncia y querrela debe destacarse un punto sobre el proceso contra aforados en general. Relacionada con la inmunidad de los aforados parlamentarios, hay un requisito procesal de procedibilidad, el llamado suplicatorio, que consiste en la autorización que la cámara debe dar para que el parlamentario sufra las consecuencias procesales por sus actuaciones mientras esté en el cargo. Así, si se enjuiciara a un Diputado o a un Senador, debe ser autorizado el suplicatorio por las Cortes Generales o por el Senado, en el caso español. Esa figura procesal, que aparecerá en la parte brasileña de la investigación empírica, para los gobernadores, no tiene presencia marcada en la parte española porque los parlamentarios autonómicos, estudiados dentro del campo de actuación del TSJC, no gozan, propiamente, de una inmunidad en los mismos moldes de los diputados y senadores del Estado. Como explican Gómez Colomer y Esparza Leibar, «la clave reside en que en ninguno de los Estatutos de Autonomía se regula un procedimiento de autorización de una petición judicial para que la cámara autonómica respectiva acuerde levantar o no la inmunidad.» (2009, p.90).<sup>120</sup>

Reconocida su competencia, el Tribunal hace una valoración jurídica inicial de la denuncia o querrela que, conforme reiterada doctrina del TS, debe hacerse en función de los términos de la querrela o denuncia, de manera que si los hechos como vienen formulados o afirmados no son delictivos, procederá su inadmisión en resolución motivada. Si los hechos alegados cumplen las exigencias de algún tipo penal, debe admitirse la querrela o denuncia, sin perjuicio de las decisiones que posteriormente procedan en función de las diligencias practicadas en el procedimiento. La admisión a trámite de una querrela no exige la constancia acreditada de lo que afirma, sino la posible relevancia penal de los hechos que contiene (ATS Sala 2º - 9 de abril de 2015).

Puede el Tribunal, así, admitir o no a trámite la denuncia o querrela. Inadmitidas, es acordado su archivo. Según la doctrina del Tribunal Supremo (Auto de

---

<sup>120</sup>Para Catalunya, objeto de la presente investigación, véase el art. 57.1 del Estatuto catalán sobre inviolabilidad e inmunidad de los miembros del Parlamento.



21-1-2015 rec. 20881/2014 y los que en él se citan), adoptada en recientes resoluciones del TSJC, se considera que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que:

[...] a) los hechos contenidos en el relato fáctico de la denuncia o querrela, tal y como ésta viene redactada, no sean susceptibles de incardinarse en un precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito.

b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante.

De modo que la presentación de una denuncia o querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que puede inadmitirse en forma razonada sin que tal inadmisión vulnere la tutela judicial efectiva del en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación. (ATSJ CAT 167/2015 - Id Cendoj: 08019310012015200085 - Fecha: 12/03/2015 - N° de Recurso: 18/2014 - N° de Resolución: 68/2015 - Ponente: Maria Eugenia Alegret Burgues).

Admitida la denuncia o querrela, se acuerda declararse competente para la instrucción y enjuiciamiento del caso y se incoan diligencias previas. Se inaugura la fase instructora, de responsabilidad de un órgano jurisdiccional distinto del de enjuiciamiento, el juez de instrucción. Así en el caso de los aforados, el juez de instrucción es un magistrado de la Sala II de lo Penal del TS o de la Sala Civil y Penal del TSJ, que no formará parte del tribunal para el enjuiciamiento y fallo (GÓMEZ; ESPARZA, 2009, p.216).

Una vez concluido el periodo instructorio, las partes acusadoras deciden, en base a las investigaciones realizadas, si mantienen o no la acusación y el órgano decisor resuelve si reconoce o no el poder de acusar en el caso concreto. Como explica Cortés, «las partes acusadoras mantienen su acusación cuando solicitan la apertura del juicio oral: por el contrario, no acusan, cuando solicitan el sobreseimiento libre o provisional» (MORENO; CORTÉS, 2017, p.378).

El sobreseimiento, como explica Gimeno Sendra, es una resolución jurisdiccional por la que se suspende el proceso penal, bien de una manera provisional, bien definitiva (2015, p.737), poniendo, en ese último caso, fin al procedimiento penal. El sobreseimiento libre, debe pronunciarse ante a) la inexistencia del hecho, b) su falta absoluta de tipicidad o c) la ausencia de responsabilidad penal de su presunto autor, y es equiparable a una sentencia absolutoria. El sobreseimiento provisional sucede cuando se carece de la base fáctica suficiente para acreditar la perpetración del delito o la participación en él de su presunto autor y ocasiona la mera suspensión del procedimiento, por lo que la instrucción puede reabrirse (GIMENO, 2015, p. 739).

Si no es el caso de sobreseimiento, el órgano jurisdiccional determina la apertura del juicio oral, fase que se inicia con los escritos de acusación y defensa y finaliza con la sentencia.

En España, se prevé el juzgamiento por jurados para determinadas clases de delito. El Tribunal del Jurado es normalmente integrado por nueve jurados y un magistrado de la Audiencia Provincial, que lo presidirá. La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado prevé su competencia para el enjuiciamiento y fallo de los delitos contra las personas, los cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (como el tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios, etc.), los delitos contra el honor, de omisión del deber de socorro, contra la inviolabilidad del domicilio y contra la libertad y seguridad (art. 1º LOTJ). Muchos de esos delitos están normalmente presentes en los procesos contra aforados y si es el caso, el Tribunal del Jurado se constituirá en el Tribunal Superior de Justicia que corresponda o en el Tribunal Supremo. En el TSJC, la investigación empírica realizada identificó un caso de competencia del Tribunal del Jurado, por hechos descritos en el Auto del Instructor presuntamente constitutivos de un

delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el art. 433 CP, que no llegó a la fase de juicio oral por haber reconocido el Magistrado Instructor la ilicitud de las pruebas obtenidas y así haber decretado el sobreseimiento provisional de la causa (ATSJ CAT 525/2015 - Id Cendoj: 08019310012015200305 - Fecha: 23/11/2015 - N° de Recurso: 6/2014 - N° de Resolución: 711/2015 - Ponente: Carlos Ramos Rubio).

Otro aspecto importante que se debe resaltar sobre el proceso de criminalización de aforados en España se refiere a los cambios de competencia con la pérdida del cargo, comunes para ambos países investigados en el presente trabajo. Como explica Gimeno Sendra, a fin de impedir manipulaciones del juez legal y fraudes procesales en el tema del aforamiento, la STS de 10 de diciembre de 2014 ha establecido que, una vez pronunciado el auto de apertura del juicio oral, si el aforado renuncia al cargo, el Tribunal del aforamiento no pierde su competencia objetiva (2015, p.1055).<sup>121</sup>

En lo relativo a jueces, magistrados y fiscales, entiende el Tribunal Supremo español que el fuero que les corresponde no cesa con la pérdida del cargo, como sí acontece con el fuero de los Parlamentarios. Se entiende que el fuero atribuido a jueces, magistrados y fiscales tiene naturaleza mixta, pues atiende tanto a la dignidad del cargo que ostenta y a la función que se desarrolla como a la naturaleza del delito cometido, que tiene vinculación con el ejercicio de tal función y así se opera en razón de su objeto, aunque haya cesado en el cargo o función judicial (ATS de 24 de julio de 1996 y SSTS, Sala 2ª, de 4 de abril y 5 de noviembre de 2001).

### **3.6.2. El procedimiento para la criminalización de aforados en Brasil**

En Brasil, hay un procedimiento de investigación preliminar previo a la acción penal, que tiene por objetivo reunir elementos para fundamentar la acusación. No

---

<sup>121</sup>En ese sentido, acogiendo la doctrina del TS, reciente resolución del TSJC: «de conformidad con lo que resulta del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Excm. Sala Segunda del TS de 2 diciembre 2014, recogido en diversas resoluciones del Alto Tribunal, si bien 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 que, concluida la instrucción de la causa, la podrá remitir a este para el enjuiciamiento y fallo, la pérdida de la condición personal que justifica el aforamiento del investigado determina el cambio de competencia salvo que se produzca el efecto de la “perpetuatio iurisdictionis” en favor del Tribunal concernido, momento que queda definitivamente fijado cuando concluida la instrucción, el Sr. Juez Instructor acuerda la apertura del Juicio Oral» (ATSJ CAT 551/2017 - Id Cendoj: 08019310012017200274 - Fecha: 23/11/2017 - N° de Recurso: 37/2017 - Ponente: Carlos Ramos Rubio).

es una fase obligatoria para la persecución penal, ya que puede el titular de la acción penal iniciar el proceso con cualquier pieza de información que demuestre las pruebas de materialidad y los indicios de autoría. Para el rito ordinario, esa fase es abierta y conducida por la Policía, en forma de «inquerito policial» y no depende de autorización judicial. Sólo interviene el juez en la investigación preliminar para autorizar las medidas constrictivas de derechos o la realización de medios de obtención de pruebas.

En el caso de los aforados, sin embargo, hay peculiaridades en la investigación preliminar que merecen ser mencionadas. Los aforados miembros del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal tienen previsto en sus leyes orgánicas respectivas (LOMAN – LC 35/79, LONMP – Ley 8.625/93 y LOMPU – LC 75/93) que la investigación preliminar por hechos supuestamente delictivos atribuidos a ellos debe ser realizada ante el Tribunal competente para enjuiciarlos y, en el caso de los fiscales, que la investigación debe ser presidida por el Jefe del Ministerio Fiscal al que pertenecen. Por otro lado, no hay previsión semejante en la norma (constitucional o infraconstitucional) para el caso de los aforados titulares de cargos políticos, que podrían, así, ser investigados por la autoridad policial, desde que los actos propios del juez fueran practicados por el Tribunal competente.

Esas previsiones legislativas retiraron la conducción de la investigación de las manos de la policía judicial para los casos de aforados jueces y fiscales, pero no cambiaron el tradicional reparto de funciones en el sistema judicial brasileño, en que el juez no actúa en la investigación, como ocurre en España. Sin embargo, por mucho tiempo, el STF brasileño consolidara el entendimiento de que si el Tribunal competente debería supervisar el procedimiento investigativo contra un aforado, debería también autorizar el inicio de la investigación (BADARÓ, 2016, p. 273-274). Esa necesidad de autorización del Tribunal para la apertura de la investigación de un aforado fue objeto de críticas (ex vi CAVALCANTI, 2012, p.209), pero estuvo presente en la praxis del STJ brasileño aquí estudiado.

En la investigación empírica realizada para este trabajo se identificaron casos en que el Tribunal negó la apertura de investigación pedida por la Fiscalía (SD 315, SD 293). La Fiscalía apeló de esas resoluciones, defendiendo que cuando el Ministerio Público requiere la instauración de una investigación, el Tribunal no puede archivar una

causa o recusarse a instaurarla porque es de la Fiscalía la función institucional de formar la opinión sobre los hechos que le son noticiados y decidir sobre cómo debe proceder. No tuvo éxito. También en el INQ 971, el magistrado ponente no permitió la instauración de «inquerito» contra un gobernador, pedida por la Fiscalía General de la República, reafirmando que había necesidad de autorización judicial previa para el inicio de investigación contra aforado (AgRg no INQ 971, DJ 08/09/2014). Ese el entendimiento que adoptó el Tribunal, también, en el INQ 787 (DJ 17/08/2012).

Más recientemente, STF y STJ reconocieron que el condicionamiento del inicio de una investigación contra aforado a la autorización judicial no estaba prevista en la norma procesal penal, violaba el núcleo esencial del principio acusatorio vigente en el país (STF, MC en la ADI n. 5104/DF) y que la necesidad de remesa del caso al órgano competente para enjuiciamiento del aforado no decía respeto a previa autorización para investigar, sino al controle judicial ordinario previsto en la ley para los casos comunes (STJ, HC nº 421315/PE, DJ 28/08/2018). Esa la posición más reciente del STJ en los casos específicos de aforados de su competencia:

[...] el Inquerito, mismo cuando relativo a hechos imputados a autoridades aforadas, debe ser conducido según la orientación del Ministerio Público, de modo a formar adecuadamente su opinio delicti. En estos casos, aunque la investigación tramite bajo la supervisión del STJ, el magistrado ponente no desempeña la figura de autoridad investigadora, sino restringe su actuación a la preservación de los derechos fundamentales del acusado, efectivamente preservados a lo largo de las investigaciones. [...] (APN n. 835/DF, ponente Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 04/05/2018).

Abierto el «inquerito», la investigación es llevada por el Ministerio Fiscal, sólo actuando la policía judicial por requerimiento específico.

De este modo, cuando se tiene conocimiento de la comisión de un crimen por un aforado en el STJ, se instaura el «inquerito» en aquel tribunal. Si el «inquerito» fue abierto en un órgano judicial inferior para investigar un hecho que se descubre, posteriormente, que fue practicado por un aforado – o si se investigaba a un individuo que pasó a tener, posteriormente, la condición de aforado – toda la investigación debe ser remetida inmediatamente al Tribunal Superior (APn 856/DF, Rel. Ministra

Nancy Andrichi, Corte Especial, fecha: 18/10/2017, DJe 06/02/2018). En Brasil, un aforado no puede ser investigado por autoridad incompetente como se permite en España.

El Tribunal competente decidirá si la causa debe o no ser escindida, manteniendo reunidos todos los investigados o inhibiendo la causa a la instancia inferior en lo que respecta a los no aforados. Por la doctrina del STF, las autoridades judiciales inferiores no pueden escindir la causa, encaminando al Tribunal superior solamente los hechos de su competencia. Es la autoridad judicial más elevada quien debe hacerlo (PACELLI; FISCHER, 2016, p.218).

Particularmente en el STJ brasileño, hay otros procedimientos de investigación preparatorios a la acusación que pueden ser incoados. Se utiliza allí una lógica de escalonamiento de grados crecientes de convencimiento sobre la materialidad delictiva y su autoría. Esta lógica, mencionada en el trabajo de Badaró (2016), ya venía siendo utilizada hace años en la jurisprudencia del STJ y adoptada en la actuación de la Fiscalía General de la República, principalmente a partir de 2013:

En nuestro sistema jurídico-procesal, los actos de persecución penal son estructurados de forma escalonada, lo que lleva a una progresiva (o regresiva) concreción de elementos necesarios a la imputación. A cada fase, se tornan más intensas las exigencias relativas a la demostración de autoría y materialidad, de modo que, para que el órgano encargado de la persecución penal pueda requerir el inicio de una fase en que hay una mayor intervención sobre la esfera de intimidad del sujeto pasivo, debe haber cumplido con el deber de demostrar, de modo aún más firme que en la fase anterior, la presencia de los elementos subjetivos y objetivos en que se ampara la imputación [...]. Así, para la instauración de la investigación formal (o sea, para la instauración del inquérito), es necesaria la presencia de elementos relativos a la posibilidad de ocurrencia del crimen; para la imputación del sospecho, es necesaria la existencia de un conjunto de indicios convergentes que apuntan hacia una determinada persona (Moraes Pitombo); para la admisión de la denuncia (con el consecuente inicio de la acción penal) es necesaria la presencia de indicios suficientes de autoría y prueba de la materialidad y, finalmente, para una condena es necesario que la autoría y la materialidad sean demostradas más allá del límite de la duda razonable. (SD 330, magistrado ponente Humberto Martins).

Según ese entendimiento, se suele determinar, en el STJ, la apertura de un procedimiento más general, llamado «Sindicância» (SD), que busca verificar, ante la denuncia de una irregularidad que parece configurar un crimen, si se puede confirmar la

existencia del delito. Y se determina la abertura del «Inquérito» (INQ), cuando ante indicios robustos de la existencia del crimen, se pasa a investigar su autoría y circunstancias.

Así, una SD puede ser la primera iniciativa de investigación para, luego, dar lugar a la apertura de un INQ. O los hechos pueden estar claros desde el inicio, justificando la instauración directamente de un INQ. La investigación hecha en el INQ puede ser base para la denuncia,<sup>122</sup> ofrecida por la Fiscalía, que es la pieza con la cual se inicia el proceso criminal, la llamada «Ação Penal» (APN). Hay que resaltar, sin embargo, que el INQ no es pre-requisito indispensable al ofrecimiento de la acusación. En el sistema del STJ, una «Sindicância» puede fundamentar una denuncia, desde que el trabajo investigativo allí hecho reúna los elementos indispensables para la acusación. Pero ambos procedimientos investigativos necesitan de un mínimo probatorio que justifique el inicio de la investigación contra el aforado.

Además de estas tres clases procesales mencionadas (APN, INQ y SD), el STJ cuenta con «Representações» (RP), que son pedidos de investigación dirigidos al tribunal y «Noticias-crime» (NC), que dan noticia de la posible ocurrencia de un crimen. Todas esas clases procesales son encaminadas al Ministerio Fiscal, quien tiene el monopolio de la acusación penal y que conducirá la investigación. En el STF y en el STJ, el órgano de mayor rango del Ministerio Público brasileño – la Fiscalía General de la Republica – tiene la atribución de conducir las investigaciones.

En cada uno de los procedimientos de investigación, puede el Ministerio Fiscal pedir diligencias al magistrado ponente, el miembro del STJ a quien se ha asignado el caso y quien determina su realización. Aquí, el Poder Judicial brasileño ejerce una función anómala, porque actúa, en realidad, sólo para ratificar las resoluciones de archivo del Ministerio Fiscal y garantizar los derechos individuales de los investigados.

---

<sup>122</sup>Se ha de aclarar, aquí, que el mismo nombre – denuncia – es utilizado por los dos sistemas procesales, español y brasileño, con sentidos distintos. Denuncia es el nombre del escrito con el cual el Ministerio Fiscal en Brasil realiza la acusación y, en España, es un acto de puesta en conocimiento de hechos que pueden ser constitutivos de delito, no siendo, pues, una manifestación formal del derecho de acusar.

El magistrado ponente, conforme el art. 3º, III, de la Ley 8.038/90 – y para los aforados del STJ, en particular, el que determina el art. 21-A del Regimiento Interno del Superior Tribunal de Justicia, añadido por la Enmienda Regimental n. 21, de 3 de febrero de 2016 – puede convocar a un juez de segunda instancia para ejercer de «juez instructor», determinando la realización de los actos de instrucción. Sin embargo, a pesar del nombre similar, en nada se parece al juez instructor del sistema español, ya que no actúa de oficio, sino por impulso del Ministerio Fiscal.

Uno de los aspectos más importantes del estudio de la criminalización de aforados en Brasil es, sin duda, el monopolio de la acusación penal en manos del Ministerio Fiscal. La Constitución brasileña atribuyó al Ministerio Público la titularidad de la persecución penal (CF, art. 129, I). Así, si el Ministerio Público, en cualquiera de estos procedimientos, verifica que no hay crimen, que no hay pruebas que relacionen el hecho a una persona aforada, o está convencido de que la persona aforada no es su autor, o si reconoce que el delito está prescrito, pide el archivo de la investigación al magistrado ponente que no puede recusar el pedido. El ponente no tiene ninguna injerencia en la investigación y si la opinión del Fiscal General es que hay que archivar el caso, él lo debe archivar. De ahí la gran actuación del Ministerio Fiscal brasileño en la selectividad del proceso de criminalización de aforados:

[...] 2. El Ministerio Público es el «dominus Litis», cabiendo a su representante valorar y considerar los elementos indiciarios traídos al procedimiento, indagando sobre la existencia de justa causa, capaz de disparar el ejercicio de la persecución criminal, en el interés de la sociedad. 3. El pedido de archivo del inquérito formulado por el vicefiscal general de la República, en los casos en que oficia por delegación del fiscal general de la República, vincula al STJ [...] (Inq 1.040/DF, ponente Luis Felipe Salomão, Corte Especial, juzgado en 21/03/2018, DJe 02/05/2018).

Además de las cuatro clases procesales mencionadas: INQ, SD, RP y NC, el Ministerio Fiscal puede fundamentar la denuncia en investigaciones internas de la Fiscalía o en investigaciones remitidas a la Fiscalía por otros órganos que tengan conocimiento de la ocurrencia de un delito.

Reunidos los elementos necesarios al ofrecimiento de la acusación, la denuncia está a cargo del Ministerio Fiscal. Hay, sin embargo, dos posibilidades de



ofrecimiento de la acusación por particulares: la «acción penal privada» y la «acción penal privada subsidiaria de la pública». En el primer caso, se trata de las hipótesis en que la legislación prevé que la acusación debe ser promocionada por la víctima, como en los crímenes contra el honor. En el segundo caso, se trata de la actuación de la víctima cuando verifica inacción del Ministerio Fiscal. En ambos casos de actuación por particular, la inicial acusatoria se denomina querrela y debe ser presentada por abogado con poderes específicos.

En la investigación empírica, como se verá, aparecen las tres modalidades de acusación: la pública, promocionada por el Ministerio Fiscal; la privada, normalmente ejercida por las víctimas de crímenes contra el honor practicados por aforados; y la subsidiaria de la pública, ofrecida por supuesta inacción del Ministerio Fiscal y que, después de presentada, pasa a ser llevada por ese órgano de acusación.

Ofrecida la inicial acusatoria, se incoa la AP, que tiene un rito procedimental distinto<sup>123</sup> de los casos ordinarios que se tramitan ante el juez de primera instancia. Un primer aspecto que se debe tener en cuenta aquí, es que, para determinados aforados, había que ser pedida autorización previa del Poder Legislativo para su enjuiciamiento<sup>124</sup>. En el STJ, la única categoría de aforados que requería esa autorización previa era la de los gobernadores<sup>125</sup> y, por lo tanto, ofrecida la inicial acusatoria contra un gobernador, se debería expedir un oficio al Poder Legislativo del Estado en el que gobernaba para pedir la autorización para enjuiciarlo.

En 2014, Ela Wiecko V. de Castilho y yo hicimos una investigación empírica sobre la criminalización de los gobernadores e identificamos, en la exigencia de autorización previa para su enjuiciamiento, el gran obstáculo existente en el sistema de

---

<sup>123</sup>Previsto en la Ley n. 8.038/90 y en los Regimientos Internos de los Tribunales.

<sup>124</sup>Para el Presidente de la República, Vice-Presidente y Ministros de Estado, la autorización de la Cámara de los Diputados está prevista en los arts. 51, I y 86, *caput*, e §1º, I de la CF/88. Los parlamentarios brasileños, en la redacción original del art. 53, §1º, de la CF/1988, no podían ser procesados sin previa licencia de su respectiva casa legislativa. La Enmienda Constitucional 35/2001 alteró el texto del dispositivo para retirar la exigencia de previa autorización para procesamiento del parlamentario. El parlamentario que cometa un delito después de ser investido puede ser procesado, independientemente de tener autorización de la casa legislativa que puede, por su vez, suspender el curso del proceso mientras dure el mandato.

<sup>125</sup>La exigencia de autorización previa para el enjuiciamiento de los gobernadores estaba prevista, en Brasil, en las Constituciones de cada Estado y del Distrito Federal.

justicia criminal para esos aforados. En 72 procesos contra gobernadores, abiertos entre 1989 y 2014, fue solicitada la autorización para enjuiciamiento a la Casa Legislativa correspondiente. En 44 procesos de los 72, no hubo respuesta alguna al oficio expedido y el caso fue suspendido hasta que o se contestara el oficio o que el mandato del gobernador finalizase; en 18 casos de los 72, la autorización fue negada expresamente y el proceso se quedó en suspenso a la espera del fin del mandato del gobernador, cuando sería remitido al juzgado de primera instancia; 9 casos aguardaban respuesta sin haber sido suspendidos por la ausencia de contestación y únicamente en 1 caso fue concedida autorización (CASTILHO; QUEZADO SOARES, 2015)<sup>126</sup>.

Al reconocer la exigencia de autorización como un obstáculo insuperable a la criminalización de gobernadores, nuestro estudio aguardaba un posible cambio en el panorama con la inminencia de deliberación, por el STF, de 26 Acciones Declaratorias de Inconstitucionalidad (ADI) propuestas contra los dispositivos de las constituciones de los Estados de Brasil que preveían la mencionada necesidad de autorización previa para procesar a sus dirigentes. Sin embargo, la primera de las ADI juzgadas fue en el sentido de la constitucionalidad de esa exigencia (ADI 4791, ponente Teori Zavascki, fecha: 12/02/2015, DJe 76 de 24/04/2015). A pesar de que en el fallo del Supremo Tribunal se reconocía la negligencia deliberada de las Casas Legislativas de los Estados en no tramitar los pedidos de autorización, no se aceptaba tal argumento como fundamento idóneo para el cambio de entendimiento, que consideraba constitucional la necesidad de autorización para el procesamiento de los gobernadores.

La jurisprudencia firmada en el sentido de la constitucionalidad de la exigencia de autorización de las Casas Legislativas marcó la investigación empírica realizada para el presente trabajo, porque en los procesos contra gobernadores la expedición de oficio con la solicitud de la referida autorización y la paralización de su trámite estuvieron bastante presentes, hasta el principio de 2017, en decisiones como la proferida, por ejemplo, en la Ação Penal n. 855 (magistrado ponente Humberto Martins – Fecha: 04/04/2017).

---

<sup>126</sup>La figura similar en el proceso penal español – el suplicatorio – también fue examinada desde el punto de vista de su aplicación práctica, por Gómez Colomer y Esparza Leibar (2009, p.115-116), cuando examinados los datos de los suplicatorios solicitados entre 1978 y 2007, en el Senado español. De los 52 solicitados, 27 fueron concedidos.

Sin embargo, en diciembre de 2016, el STF inició el juzgamiento de la ADI 5540, con la propuesta del magistrado ponente de «superar los precedentes de la Suprema Corte» para una «redención republicana» que cumpliera las promesas constitucionales y pusiera fin a los «reiterados y vergonzosos casos de negligencia deliberada» de las casas legislativas de los Estados que, sistemáticamente, venían negándose a consentir el procesamiento de sus gobernadores por la comisión de delitos (Informativo jurisprudencial del STF n. 851). El juzgamiento fue concluido en 03/05/2017, con el establecimiento de la siguiente tesis:

No hay necesidad de previa autorización de la Asamblea Legislativa para el recibimiento de denuncia o querrela e instauración de proceso penal contra el gobernador del Estado por crimen común, debiendo el STJ, en el acto de recibimiento o en el curso del proceso, decidir, de manera razonada, sobre la aplicación de medidas cautelares penales, inclusive la suspensión del cargo. (STF – ADI 5540 – ponente Min. Edson Fachin – Fecha: 03/05/2017).

Esa decisión fue comunicada al STJ que pasó a aplicarla a los procesos contra aforados gobernadores. De esa manera, a pesar de no influenciar más el proceso de criminalización de los gobernadores, ese factor de selectividad será estudiado en el presente trabajo, porque estuvo presente en los procesos examinados hasta el primer semestre de 2017.

Iniciada la Acción Penal con el ofrecimiento de la denuncia o querrela, el acusado es llamado a defenderse preliminarmente y el Tribunal se reúne para recibir o rechazar la acusación. Si no cumple con los requisitos formales, si le faltan presupuestos procesales o cuando verificada la ausencia de «justa causa» (el soporte probatorio mínimo a comprobar la imputación), será la acusación rechazada y entonces se acaba el proceso. Además, puede la acusación ser desestimada *ab initio*, si no depende de la realización de pruebas, cuando hay causa que excluye la ilicitud del hecho o la culpabilidad del imputado o si el hecho no constituye crimen o si está extinta la punibilidad. En esos casos, en ese mismo momento queda absuelto el acusado. En caso contrario, si la acusación es procedente, se inaugura la instrucción, con audiencia de los testigos, realización de diligencias, interrogatorio del acusado, alegaciones finales y juzgamiento.

Un elemento característico del sistema judicial brasileño en el tema de aforados siempre ha sido los frecuentes cambios de competencia. Primeramente,

168

cualquier caso en que el investigado o acusado pase a la condición de aforado, debe ser inmediatamente remitido al Tribunal competente que retoma la fase procesal donde se encuentre. Todo el caso es remitido al Tribunal, incluso los reos que no poseen la condición de aforado y es el Tribunal con autoridad judicial más elevada quien tiene la competencia para fraccionar el caso. La jurisprudencia de los Tribunales superiores entiende que, como regla, permanece allí, en el ámbito de su competencia, sólo la persona aforada (PACELLI; FISCHER, 2016, p.218). En segundo lugar, la pérdida de la condición de aforado finaliza la competencia de la Corte superior, determinando que el caso sea inhibido al juzgado competente. Así, en los cargos electos, cada elección suele impulsar una gran bajada y subida de casos, que tienen modificada su competencia por el fin del mandato de unos e inicio del mandato de otros. En Brasil, cada cuatro años, las elecciones para los cargos de jefe del Poder Ejecutivo y para los miembros del Poder Legislativo impactan sobremanera en la situación de los procesos criminales contra aforados. En el STJ, eso pasa con los procesos criminales de los gobernadores: el fin del periodo electoral instaura la preparación, en la Fiscalía General de la República y en los despachos de los miembros del Tribunal, de los casos que bajarán a juzgados de primera instancia (CASTILHO; QUEZADO SOARES, 2015, p.637).

Así que suele haber, en muchos casos, frecuentes cambios de competencia por cambios de cargo del investigado o acusado que no sólo provocan el retraso de la conclusión del proceso sino que exigen del Tribunal la adaptación de ritos procedimentales para evitar cercenar el derecho de defensa. En algunas ocasiones, ha tenido el Tribunal que conceder la oportunidad extra de defensa o de producción de pruebas, cuando ya se encontraba cumplida esta etapa en el juzgado de origen, en razón del cambio de ritos procedimentales. Por ejemplo, en la APN 805, por los diversos cambios habidos en la situación política del acusado: era exgobernador cuando fue denunciado, pasó a ser Senador y, por fin, fue elegido otra vez como gobernador.

Esa particularidad del procedimiento ha incentivado la ocurrencia de ciertos abusos por parte de los aforados, en el contexto brasileño. Como notan Pacelli y Fischer, en innumerables casos de aforamiento se verifica que los aforados renunciaron a los cargos que ocupaban con la finalidad única de evitar el juzgamiento del caso, motivando su desplazamiento a otro juzgado y la ocurrencia de prescripción. Atento a estas maniobras procedimentales, el STF brasileño pasó a reconocer el abuso de derecho

en intentos de cambio voluntario de la competencia, manteniendo el aforamiento excepcional, incluso después de dejar el aforado el cargo: se trata de una interpretación que persigue evitar que el cambio voluntario de competencia (especialmente cuando el inicio del juzgamiento es inminente) sea utilizado para burlar las reglas constitucionales y a retirar la posibilidad de elección del juzgado por quién está siendo procesado (PACELLI; FISCHER, 2016, p.224).

Esos abusos ocurrían con frecuencia entre los aforados que ocupaban cargos electos. En la AP 333, que se tramitó en el STF brasileño, después de más de 5 años desde la admisión de la denuncia y pasados 14 años de los hechos, el reo renunció al mandato una semana antes del juzgamiento del proceso para forzar la incompetencia de la Corte. En la AP 396, el STF pudo impedir el cambio voluntario de competencia por la renuncia al mandato por el aforado, presentado en la víspera del juzgamiento del proceso. Entendió el Tribunal que la renuncia al mandato era un acto legítimo, pero que no podría ser utilizada como subterfugio para cambiar competencias constitucionalmente definidas, que no deberían ser objeto de elección personal del investigado.

Entre los aforados que no ocupan cargos electos, la posibilidad de un cambio voluntario de competencia está en la jubilación. Una vez jubilada, la autoridad pierde el aforamiento y el proceso es remitido a la primera instancia.

En términos de competencia, el proceso de criminalización de aforados en Brasil sufrió un impacto importante en mayo de 2018, cuando el Supremo Tribunal Federal deliberó en la Cuestión de Orden en la Ação Penal n. 937/RJ, decidiendo interpretar restrictivamente las normas de la CF/88 sobre el aforamiento en el país y limitarlo a los crímenes cometidos en razón del cargo y estrictamente vinculados a su desempeño. El precedente en cuestión está así resumido:

DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL PENAL. CUESTIÓN DE ORDEN EN ACCIÓN PENAL. LIMITACIÓN DEL AFORAMIENTO A LOS CRÍMENES PRACTICADOS EN EL CARGO Y EN RAZÓN DE ÉL. ESTABLECIMIENTO DEL MARCO TEMPORAL DE FIJACIÓN DE COMPETENCIA. **I. Cuanto al sentido y alcance del aforamiento.** 1. El aforamiento o fuero privilegiado, en la interpretación hasta aquí adoptada por el Supremo Tribunal Federal, alcanza todos los crímenes de que son acusados los agentes públicos previstos en el art. 102, I, b y c de la Constitución,

inclusive los practicados antes de la investidura en el cargo y los que no tienen relación con su ejercicio. 2. Se impone, sin embargo, la alteración de esta línea de entendimiento para restringir el aforamiento a los crímenes practicados en el cargo y en razón del cargo. La práctica actual no atiende de manera adecuada a los principios constitucionales estructurantes, como la igualdad y la república, por impedir, en gran número de casos, la responsabilización de agentes públicos por crímenes de naturalezas distintas. Además, la falta de efectividad mínima del sistema penal, en esos casos, frustra valores constitucionales importantes, como la probidad y la moralidad administrativa. 3. Para asegurar que la prerrogativa de fuero sirva a su papel constitucional de garantizar el libre ejercicio de las funciones – y no al fin ilegítimo de asegurar la impunidad – es indispensable que haya relación de causalidad entre el crimen imputado y el ejercicio del cargo. La experiencia y las estadísticas revelan la manifiesta disfuncionalidad del sistema, causando indignación en la sociedad y trayendo desprestigio para el Supremo. 4. La orientación aquí preconizada se encuentra en armonía con innumerables precedentes del STF. De hecho, el Tribunal adoptó idéntica lógica al condicionar la inmunidad parlamentaria material – la que protege por sus opiniones, palabras y votos – a la exigencia de que la manifestación tuviera relación con el ejercicio del mandato. Además, en innumerables casos, el STF realizó una interpretación restrictiva de sus competencias constitucionales para adecuarlas a sus finalidades. Precedentes. **II. Sobre el momento de fijación definitiva de la competencia del STF** 5. A partir del final de la instrucción procesal, con la publicación de la notificación para presentación de alegaciones finales, la competencia para procesar y juzgar acciones penales – del STF o de cualquier otro órgano – no será más afectada en razón de que el agente público venga a ocupar otro cargo o deje el que ocupaba, cualquiera que sea el motivo. La jurisprudencia de esta Corte admite la posibilidad de prórroga de competencias constitucionales para preservar la efectividad y la racionalidad de la prestación jurisdiccional. Precedentes. **III. Conclusión.** Resolución de la cuestión de orden con la fijación de las siguientes tesis: «(i) El aforamiento se aplica solamente a los crímenes cometidos durante el ejercicio del cargo y relacionados con las funciones desempeñadas; y (ii) Después de finalizada la instrucción procesal, con la publicación de la notificación para presentación de alegaciones finales, la competencia para procesar y juzgar acciones penales no será más afectada en razón de que el agente público venga a ocupar un cargo o a dejar el que ocupaba, cualquiera que sea el motivo.» 7. Aplicación de la nueva línea interpretativa a los procesos en curso. Resguardados los actos practicados y decisiones proferidas por el STF y demás juzgados con base en la jurisprudencia anterior. [...] (Cuestión

de Orden en la Ação Penal n. 937/RJ, voto del ponente Roberto Barroso, 02/05/2018)<sup>127</sup>

Así, de la misma manera como se ha abordado aquí el tema de la autorización para el procesamiento de los gobernadores, la investigación empírica realizada ha trabajado con un panorama que, a partir de mayo de 2018, no es más el vigente. Hasta esa fecha, el aforamiento se aplicaba, en Brasil, a cualquier crimen cometido por una autoridad aforada, antes o durante el ejercicio del cargo que le otorgaba la condición de aforado y relacionado con él o no.

El STJ ya adopta, hoy, en sus casos de aforados, la jurisprudencia firmada por el STF en la Ação Penal n. 937/RJ. De momento, los principales precedentes del STJ son los proferidos en la Cuestión de Orden en la AP 843, de 06/06/2018, que entiende que el fallo del STF debe ser aplicado, por simetría, a los gobernadores y miembros de los Tribunales de Cuentas de los Estados, DF y Municipios y el proferido en el AgRg en la APN 866 y en la APN 857, ambos de 20/06/2018, que reforzaron el entendimiento de que las autoridades constitucionalmente aforadas en el STJ no tienen esa condición si están siendo procesadas por crímenes que no hayan sido cometidos durante el ejercicio del cargo o que no estén relacionados a las funciones por ellas desempeñadas.

Quedaba pendiente, sin embargo, definir qué tratamiento debería ser dado a los aforados jueces y decidir si el cambio jurisprudencial iniciado por el STF también afectaría a los magistrados y miembros del Ministerio Público. El 21/11/2018, el STJ enfrentó el tema para, curiosamente, excluirlos de la nueva orientación sobre aforamiento. Deliberó mantener su competencia, en la APN 878, contra un magistrado acusado de un delito de lesión corporal contra su madre y hermana, hecho que no tenía cualquier relación con el ejercicio de su función.

En ese caso, la Fiscalía General de la República se había posicionado en favor de la pérdida del aforamiento, defendiendo la aplicación de la nueva orientación del STF también para magistrados y fiscales. En la opinión de la Fiscalía, no había

---

<sup>127</sup>Disponible en: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-foro-especial.pdf>>. [Consulta: 5 diciembre 2018].

cualquier razón de orden ontológica a justificar el tratamiento distinto y, en ese sentido, rechazaba, completamente, el argumento corriente de que un juez de rango superior no podría ser juzgado por un de primera instancia:

[...] todo y cualquier magistrado, en el ejercicio de su funciones típicas, es dotado de garantías constitucionales capaces de mantenerle la independencia (artículo 95 de la CF), estando sometido únicamente a la Constitución, a las leyes y a la propia consciencia, no siendo también sostenible jurídicamente apoyarse en la extrajurídica presunción de que autoridades judiciales de nivel superior podrían venir a actuar dolosamente para beneficiar o perjudicar magistrados a frente de procesos penales contra si instaurados.

10. No se presume la parcialidad; todo lo contrario, lo que debe presumirse es la imparcialidad. La independencia. La exención. (Parecer de la Fiscalía General de la República de 1 agosto 2018, firmado por el vicefiscal general Luciano Maríz Maia en la APN 878/DF).

No fue lo que prevaleció en la deliberación del STJ, en que evidenciados, de manera contundente, aspectos relacionados a la fuerte jerarquía existente en la carrera judicial. Como principal argumento del Tribunal para mantener su competencia para los aforados jueces no estuvo la clásica necesidad de protección del cargo del aforado, sino la necesidad de protección del juzgador. En el debate de los integrantes de la Corte, ocurrido el 21/11/2018, impresionó ver bastante mencionados argumentos sobre el mal estar, el miedo, «el temor reverencial», el constreñimiento, que se estarían causando al juez de primera instancia que hubiera que enjuiciar a un superior jerárquico, que sería responsable por su futura promoción en la carrera.

El precedente fue así resumido por la Corte:

PROCESAL PENAL Y CONSTITUCIONAL. CUESTIÓN DE ORDEN EN LA ACCIÓN PENAL. COMPETENCIA PENAL ORIGINARIA DEL STJ. ART. 105, I, "A", DE LA CONSTITUCIÓN. QO EN LA AP 937/STF. QO EN LA APN 857/STJ. AGRG EN LA APN 866/STJ. *DESEMBARGADOR*. CRIMEN SIN RELACIÓN CON EL CARGO. VINCULACIÓN FUNCIONAL. PRERROGATIVA DE FUERO. FINALIDAD DE LA NORMA. EJERCICIO INDEPENDIENTE DE LAS FUNCIONES POR LA AUTORIDAD AFORADA. IMPARCIALIDAD DEL ÓRGANO JUZGADOR. CREDIBILIDAD DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL. COMPETENCIA DEL STJ.



1. Hipótesis en que *Desembargador* del Tribunal de Justicia del Estado de Paraná responde por la práctica, en tesi, de delito de lesión corporal ocurrido en Curitiba-PR.
2. El crimen que está imputado al reo no tiene relación con el ejercicio del cargo de *Desembargador*, de modo que, en principio, aplicándose el precedente producido por el Supremo Tribunal Federal al deliberar en la QO en la AP 937, no tendría el reo fuero en el Superior Tribunal de Justicia.
3. La interpretación del alcance de las hipótesis de aforamiento previstas en la Constitución de la República, sin embargo, responde no apenas a la necesidad de que aquel que goza de la prerrogativa tenga condiciones de ejercer con libertad e independencia las funciones inherentes al cargo público que le confiere el aforamiento.
4. Más allá de eso, en los casos que son miembros de la magistratura nacional tanto el acusado cuanto el juzgador, el aforamiento no se justifica apenas para que el acusado pudiera ejercer sus actividades funcionales de forma libre e independiente, es preciso también que el juzgador pueda reunir las condiciones necesarias al desempeño de sus actividades judicantes de forma imparcial.
5. La necesidad de que el juzgador pueda reunir las condiciones para el desempeño de sus actividades judicantes de forma imparcial no se revela como un privilegio del juzgador o del acusado, sino como una condición para que se realice justicia criminal de forma isonómica y republicana.
6. Cuestión de orden resuelta en el sentido de reconocer la competencia del Superior Tribunal de Justicia en las hipótesis en que, no fuera la prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constitución), el *Desembargador* acusado hubiera de responder al proceso penal delante de juez de primero grado vinculado al mismo tribunal.

Ese tema será retomado en el capítulo 5 del presente trabajo, cuando se analizarán los cambios jurisprudenciales sobre aforamiento en el contexto brasileño en conjunto con los resultados de la investigación empírica.

### **3.6.3. Diferencias importantes entre el procedimiento para la criminalización de aforados en ambos países estudiados**

La primera distinción entre la criminalización de aforados en España y en Brasil, verificada en el período investigado para el presente trabajo, se refiere a la vinculación con el tipo de crimen cometido, determinante de la condición de aforado. Antes de mayo de 2018, en Brasil, la condición de aforado se les atribuía a las autoridades por cualquier crimen cometido, antes o durante el ejercicio del cargo que le otorgaba la condición de aforado y relacionado con él o no. Mientras en España, esa interpretación amplia sobre qué tipo de delitos determina el aforamiento se aplicaba exclusivamente a

los aforados políticos, ya que los jueces, magistrados y fiscales sólo son aforados para los crímenes cometidos en razón de la función. Con la nueva orientación del STF, que restringió las hipótesis de aforamiento en Brasil, como anteriormente explicado, los aforados políticos en Brasil tendrían una prerrogativa más restringida en ese país que en España. De hecho, esa distinción tiende a desaparecer, vista la propuesta de reforma constitucional presentada por el actual presidente de Gobierno español.

Por otro lado, mientras no se extienda a los aforados jueces brasileños el mismo entendimiento restringido, España y Brasil tienen condiciones opuestas también para ellos: en Brasil, los jueces serían aforados por cualquiera delito cometido; en España, solamente por los cometidos en razón del cargo.

De todas maneras, la principal diferencia entre los sistemas procesales de Brasil y España, evidenciada de manera contundente por el estudio de la criminalización de aforados, está, en realidad, en el papel del Ministerio Fiscal en ambos países. En Brasil, el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de la acción penal pública. El proceso penal en Brasil no puede ser iniciado de oficio y la única excepción al monopolio de la acción penal pública es la previsión constitucional de la acción penal privada subsidiaria de la acción penal pública, promovida por el particular cuando haya inacción del Ministerio Público (art. 5º, LIX, da CF/88). La acción penal privada puede ser ejercida sólo por el ofendido o su representante legal o sucesores, en algunos tipos de delitos, como los contrarios al honor, no habiendo hipótesis de acusación penal popular con legitimación activa de cualquier ciudadano como hay en España.

En España, el Ministerio Fiscal ejerce la acusación, pero no detenta su monopolio ya que en este país fue mantenida la acción popular. A pesar de las críticas que recibe esta opción legislativa, algunos entienden que ésta es la solución que permite «conjugar todos los intereses posibles que inciden en un procedimiento penal, pues da entrada a la víctima para que pueda instar la sanción de la conducta que le ha dañado, a cualquier ciudadano que pretenda intervenir acusando, en la medida en que forma parte de la sociedad agredida por el delito, y no descuida la protección de la sociedad, de modo que corresponsabiliza en alguna medida a todos los componentes de la sociedad y al propio tiempo sirve de control a la actuación del Estado.» (MORENO CATENA, 2017, p.108-109).

La acción popular sería, además, un mecanismo para escapar de la posible influencia del Gobierno sobre la actuación del Ministerio Fiscal. En ese sentido, la acción popular en España ha sido bastante utilizada en algunos de los procesos que involucran a políticos vinculados al Gobierno. Como explica Machado (2007b, p.225): «el poder del juez de instrucción de determinar la prosecución de las investigaciones aunque sea contra el criterio sugerido por el MF es, indudablemente, una de las pocas formas previstas para reducir el control que el Gobierno puede ejercer sobre las investigaciones».

Además, en la práctica, la acusación popular afecta incluso a la función investigativa del Ministerio Fiscal en España, que debe acabar tan pronto se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos, como prevé el art. 773.2 LECRIM: «Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.» Así, unas diligencias de investigación incoadas en la Fiscalía deben ser archivadas si, por ejemplo, la parte que llevó el hecho a conocimiento del fiscal decide también llevarlo a conocimiento del juez de instrucción.

Por otro lado, la posibilidad sin restricción de acusación popular refuerza, en España, el argumento de protección de los aforados contra las acusaciones irresponsables y de venganza personal. Ese es el principal punto de diferencia que marca no sólo la práctica en la criminalización de aforados en ambos países, sino el propio debate sobre el aforamiento. Ese aspecto, mencionado por los autores españoles que han escrito sobre el tema del aforamiento, es objeto de preocupación particular entre los actores del sistema de justicia español y estuvo presente, por ejemplo, en las diversas conversaciones informales que he tenido con el fiscal superior de Catalunya, durante mi estancia de investigación en aquel órgano y en la entrevista formal realizada el 10/07/2018:

En España, el aforamiento es absolutamente imprescindible. Y te diré por qué: primero, porque en España existe la acción popular. La acción popular es algo que se desconoce en todo el ordenamiento mundial. En todos los demás países sólo puede acusar el Ministerio Fiscal. Él y sólo él. En España no. Puede acusar el Ministerio Fiscal, el perjudicado a través de la acción particular y cualquier ciudadano a través de la acción popular. Eso ¿a qué nos lleva? Nos lleva a que hoy por hoy el «Sindicato de Libreros» puede hacer una querrela, la «Asociación para la cría de

canarios» puede hacer una querrela, el partido político puede hacer una querrela, el sindicato puede hacer una querrela, y cualquier ciudadano puede hacer una querrela. Contra cualquiera. Evidentemente en estas situaciones – y esa querrela no tiene que pasar por el Ministerio Fiscal, puede ir directamente al juez, a uno de los cuatro mil y pico jueces que hay en España. Entonces ¿qué puede ocurrir? No hay que descartar que una persona, o una persona jurídica, pueda poner una querrela a un ministro, a un juez, a un fiscal, a quien sea, sin mayor fundamento, y a veces, por esas circunstancias de la vida, el juez puede pensar «bueno, pues la voy a admitir, por si acaso», o puede que a lo mejor no se muestre suficientemente riguroso a la hora de la admisión y dé lugar a la iniciación de un procedimiento. Un procedimiento que lo único que pretende es perturbar la función o la labor que está desarrollando un juez, un ministro o un parlamentario, etc. Entonces, desde el momento que existe la acción popular tiene que haber algún mecanismo que compense esa libertad absoluta en formular denuncias, querellas, etcétera, con perspectivas de que incluso puedan tramitarse y llevar a un proceso, con la dificultad que eso conllevaría. Entonces, desde ese punto de vista, los aforamientos pueden ser un mecanismo idóneo para filtrar lo que es la acción popular, lo que pueda ser un ejercicio abusivo, desmedido de la acción popular. ¿Qué ocurre en otros países en cuestión al aforamiento?, que no tienen la acción popular. Entonces lo que tiene que hacer un denunciante es ir al Ministerio Fiscal que valorará si considera o si no considera, si existe o no existe fundamento. Y entonces, lógicamente, ahí sí ya carece de sentido el aforamiento porque tú no tienes acceso directo, tu acceso está mediatizado a través de la institución. La institución verá si hace una investigación previa, si ve que no tiene fundamento y la rechaza o si, efectivamente, ve que tiene indicios de delito, va hacia delante e inicia una investigación y abre un procedimiento. Pero, lógicamente, en los dos sitios hay filtro. Si aquí admito la acción popular, tengo que poner un filtro. Y en los sitios que no tengo la acción popular, el filtro ya lo tengo porque el filtro es el Ministerio Fiscal. Si quitamos el filtro, lógicamente podemos dar lugar a situaciones de verdaderos chantajes y verdaderas coacciones. Porque yo puedo ir «oiga usted juez, ha fallado en mi contra, ha dado mis hijos a mi ex mujer, o le ha dado una pensión muy alta, pues yo no, porque soy una persona interesada, pero voy a decirle a la Asociación de amigos de la petanca que conozco que le ponga una querrela.» Y si el juez tuviera que esperar, rezar para que la querrela no se admita, o a pensar que su compañero, la persona que tenga que conocer de esta querrela no se despistara, o no tuviera un fallo, y diera por casualidad que la admitiera a trámite, pues estaríamos en una situación de verdadero chantaje, de la ley de la selva. Eso no puede ser, tiene que haber filtro. Si no están los fiscales, como en otros países, entonces tenemos que poner otros, y ponemos el del aforamiento.

El segundo punto de distinción que se destaca en la actuación del Ministerio Fiscal en las causas de aforados está en la contraposición entre el principio de

la independencia funcional, que rige la actividad de los fiscales en Brasil y el principio de la dependencia jerárquica, al cual está sometido el Ministerio Fiscal español. El Ministerio Fiscal en Brasil fue definido por la CF/88 como independiente de los poderes del Estado, con garantías para su autonomía institucional (funcional, administrativa y financiera). Los miembros del MP brasileño tienen independencia funcional para actuar libremente, solamente sometidos al principio de la legalidad y no se subordinan a reglamentos, instrucciones u órdenes de servicio. Esa garantía de libertad en el convencimiento y en la actuación, aunque contraria a los órganos superiores de la institución, tan apreciada por los miembros del Ministerio Público brasileño, tiene, por otro lado, el efecto de permitir manifestaciones divergentes dentro de un mismo proceso e incluso de cierta disfunción en la persecución penal con efectos en el principio de la unidad de actuación que rige la institución (PACELLI, FISCHER, 2016, p.564).

El Ministerio Fiscal español, por su parte, fue definido por la CE/78 como órgano de relevancia constitucional, con personalidad jurídica propia, autonomía funcional, pero integrado en el Poder Judicial, con dependencia presupuestaria en el Ministerio de Justicia. Se organiza conforme a los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica.

Así, mientras el Ministerio Fiscal brasileño actúa en causas de aforados, por ejemplo, con total independencia para archivar o incoar la causa, sin necesidad de comunicar a ningún superior jerárquico, el fiscal general del Estado en España puede determinar la actuación del fiscal de las Comunidades Autónomas, por fuerza del art. 25 del EOMF:

El Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos. Cuando dichas instrucciones se refieran a asuntos que afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno, el Fiscal General deberá oír con carácter previo a la Junta de Fiscales de Sala.

Los miembros del Ministerio Fiscal pondrán en conocimiento del Fiscal General del Estado los hechos relativos a su misión que por su importancia o trascendencia deba conocer. Las órdenes, instrucciones y comunicaciones a que se refieren este párrafo y el anterior se realizarán a través del superior jerárquico, a no ser que la urgencia del caso aconseje hacerlo directamente, en cuyo supuesto se dará ulterior conocimiento al mismo.

Análogas facultades tendrán los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas respecto a los Fiscales Jefes de su ámbito territorial, y ambos respecto de los miembros del Ministerio que les estén subordinados.

El Fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia.

La tercera distinción está en la fase de investigación en que se verifica, para España, un menor protagonismo del Ministerio Fiscal comparado con Brasil. En Brasil, como explica Bruno Machado (2014, p.96), la división tradicional de las tareas atribuyó a la policía la investigación de los hechos constitutivos de delito y a la Fiscalía la acusación. Sin embargo, como el procedimiento de investigación policial (inquérito) - ni ningún otro procedimiento de la misma naturaleza - es indispensable a la acusación, puede el Ministerio Fiscal formalizar la acusación en base a otros elementos. Con eso, desde la CF/88, el Ministerio Fiscal brasileño viene defendiendo la posibilidad de incoar diligencias de investigación propias, lo que se ha convertido en uno de los grandes focos de conflicto entre fiscales y policía (MACHADO, 2014, p.116).

A pesar de la gran discusión sobre si el Ministerio Fiscal brasileño puede o no investigar, es cierto que, en la práctica, los fiscales reciben denuncias de hechos constitutivos de delitos e incoan diligencias de investigación previas a la judicialización del caso. Incluso el STF brasileño recientemente reconoció la constitucionalidad de esta práctica en el juzgamiento del RExt 593.727, en 14/05/2015.

El Ministerio Fiscal español, a su vez, tiene reconocido su poder de investigar y puede realizar diligencias autónomas de investigación con anterioridad a que se proceda a la apertura de un procedimiento por la autoridad judicial (art. 5 EOMF). Sin embargo, hablo aquí de un menor protagonismo del Ministerio Fiscal español porque, a pesar de la posibilidad de realización de esa averiguación previa, la investigación propiamente dicha de los hechos presuntamente delictivos se encomienda a la autoridad judicial (MORENO CATENA, 2017, p.107). En España, de las tres funciones que se distinguen en el proceso penal – acusar, investigar y juzgar – las dos últimas son reservadas al Poder Judicial. Como explica Machado (2007b, p.219), la figura del juez instructor prácticamente imposibilita la investigación paralela por el MF. Así, en la fase

de instrucción, rige el principio de investigación de oficio, sin necesidad de que la actuación del órgano judicial sea pedida por las partes (MORENO CATENA, 2017, p.205).

Se pierde en España el protagonismo que el MF tiene en el proceso en Brasil, porque si el órgano judicial lleva a cabo toda esta fase, al MF sólo le queda la función de fiscalizador de los actos de instrucción y la de defensor de los derechos fundamentales de los acusados. Esa, además, es la función que tiene el juez en Brasil durante la investigación, así que se vería, en los dos modelos procesales, una inversión de papeles.

### **3.6.4. La Fiscalía Superior de Catalunya y la Fiscalía General de la República de Brasil – notas sobre un breve estudio etnográfico**

#### **3.6.4.1. La Fiscalía Superior de Catalunya**

El codirector del presente trabajo, el Profesor Bruno Amaral Machado, realizó sus estudios doctorales en Derecho, en la especialidad Sociología Jurídico-Penal, en la Universitat de Barcelona, entre 2001 y 2005, cuando los concluyó con la presentación de su tesis doctoral sobre el Ministerio Fiscal. Realizó para ello una investigación socio-jurídica valiosa – y muy bien calificada – basada en herramientas etnográficas sobre el Ministerio Fiscal en Brasil y en España. Pudo identificar con su estudio, cómo actuaban, se comportaban y se constituían las instituciones investigadas y así rellenar un hueco importante en los estudios jurídicos sobre el Ministerio Fiscal.

Machado desarrolló su estudio por medio de investigación bibliográfica y entrevistas con miembros de ambas instituciones. En Catalunya, entrevistó a fiscales de la Fiscalía de Barcelona y de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción. En Brasil, entrevistó a miembros del Ministerio Público Federal y del Ministerio Público del Distrito Federal y Territorios. Investigó esas instituciones en un contexto global de creciente interés por la mayor eficiencia en la lucha contra la criminalidad de los gobernantes, en especial la corrupción política, que motivaba, a su vez, el debate sobre la autonomía del Ministerio Fiscal y su susceptibilidad a las presiones del gobierno. Estudió, así, dos experiencias concretas del

MP: la de un órgano autónomo con relación al Poder Ejecutivo (caso brasileño) y la de un órgano «vinculado» al Ejecutivo (caso español) (MACHADO, 2007b, p.12).

La proximidad metodológica de la presente investigación no sólo con la tesis doctoral de Machado sino también con otros trabajos de investigación empírica por él realizados (MACHADO; COSTA; ZACKSESKI, 2016; MACHADO, ZACKSESKI, RAUPP, 2016; OLIVEIRA; MACHADO, 2017) motivó la invitación para que viniera a codirigirla.

Las entrevistas realizadas por Machado, en Brasil y España, fueron hechas en 2002 y 2003, antes de la reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal español de 2007, que provocó importantes modificaciones incluso de puntos observados en la tesis de Machado y que marcaban el debate sobre la institución en su época. La Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modificó la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, traía en su exposición de motivos que:

La presente reforma persigue, en primer lugar, reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal como órgano de relevancia constitucional y la mejora de su capacidad funcional, con especial atención, en este terreno, a la Fiscalía General del Estado. Persigue también actualizar su estructura, buscando una mayor eficacia conforme a un criterio de especialización y de reordenación de su modelo de implantación geográfica. Y, por último, se propone introducir mejoras de carácter técnico que afectan a la regulación de los procedimientos de actuación externos e internos de la Fiscalía, al tiempo que pretende conseguir una más clara definición de la Carrera Fiscal como carrera profesional, favoreciendo un escalonamiento más racional de la pirámide jerárquica en la que se integran los Fiscales. (Exposición de motivos de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

Para acomodar la organización territorial del Ministerio Fiscal al modelo constitucional del Estado de las Autonomías y reforzar la figura del Fiscal en el ámbito de las Comunidades Autónomas, se creó el cargo de fiscal superior de la Comunidad Autónoma, que sustituyó los fiscales jefes de los Tribunales Superiores de Justicia. El fiscal superior asumía la representación institucional del fiscal en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, además de hacerse cargo de la dirección efectiva del Ministerio Público en dicho territorio (Exposición de motivos de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del



Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). La «Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción», objeto de la investigación de Machado (2007b), también vio su nombre modificado por la misma reforma, de 2007, por el de «Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada».

Las Fiscalías Superiores fueron constituidas el 21/01/2008. Antes de esa fecha, la actuación de la Fiscalía en el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya estaba a cargo de la Fiscalía de Barcelona y no había un reparto de atribuciones. Conforme explica Francisco Bañeres, actual fiscal superior de Catalunya, en entrevista realizada el 10/07/2018, cualquier fiscal de la Fiscalía de Barcelona podría actuar. Si el caso era de mayor relevancia, el jefe de la Fiscalía de Barcelona podía indicar entre los fiscales quien debería ocuparse del caso, normalmente alguien con más experiencia. Si el caso trataba de crimen abarcado por las competencias de la Fiscalía Anticorrupción, era llevado por los fiscales de esa Fiscalía.

La Fiscalía Superior de Catalunya, en su primer año de creación, contaba con 4 fiscales (Memoria de la Fiscalía Superior de Catalunya 2008) y tenía como jefa a Teresa Compte, que ocupó el cargo de fiscal superior hasta 2012. En 2011, la Fiscalía contaba con 7 fiscales en su plantilla y ya había un reparto formalizado de funciones entre ellos, como se lee en el capítulo I.1.3 de la Memoria de 2011. Al teniente fiscal se le atribuía, entre otras tareas, las diligencias internas de investigación (tarea que también era atribuida al fiscal Pérez de Gregorio) y la realización de estudios y presentación de querrelas contra aforados, esta última con exclusividad entre los otros fiscales. Ese modelo de división de trabajo, que además es hecho en una plantilla muy reducida de fiscales, tampoco es muy riguroso. Como explica Bañeres:

La división de trabajo en la Fiscalía Superior es relativamente rudimentaria. Al ser la Fiscalía un equipo jerarquizado, pues, lógicamente, cualquiera que sea el fiscal encargado del asunto, su decisión tiene que conocerla el fiscal jefe. En consecuencia, despachan con regularidad el fiscal al que se le atribuye el asunto con el fiscal jefe, de manera que la decisión que se tome será una decisión de la Fiscalía porque podrán intervenir no solo el fiscal, sino también el fiscal jefe y, llegado el caso, otros fiscales de la Fiscalía o de la Junta de Fiscales incluso. Se pretende hacer una repartición equitativa, para que no haya uno que trabaje mucho y otro que trabaje poco, pero no hay una predeterminación rigurosa de «tú los aforados hombres, tú los aforados mujeres, tú los casos de política y tú los casos de corrupción». No, no

hay propiamente eso. Hay varios fiscales que están encargados de llevar asuntos penales, hay fiscales encargados de asuntos civiles – que también se ocupa el Tribunal Superior de Justicia – y, entre los fiscales que llevan los asuntos penales, el fiscal jefe pues sí se encarga de distribuir los asuntos de manera equitativa, sin ninguna intención en ese ámbito, puesto que cualquiera que sea el fiscal designado va a tener que tomar sus decisiones consensuadas con el fiscal jefe y, en el caso de que el asunto presente unas notas de gravedad o de trascendencia, o una repercusión muy amplia, incluso habrá que ponerlo en el conocimiento del fiscal general del Estado, que también podrá intervenir y podrá dar una opinión. Y, llegado el caso, también se puede convocar la Junta de Fiscales para debatir una cuestión que pueda ser espionosa o dificultosa. En definitiva, el fiscal encargado hace su trabajo cotidiano, su trabajo del día a día, pero lo que son las decisiones y la toma de posición definitiva no es una labor exclusivamente adjudicada al fiscal encargado, sino que es la Fiscalía la que toma la decisión, por más que haya alguien que la firme. (Entrevista realizada en 10/07/2018).

Además de alterar la estructura del Ministerio Fiscal, la reforma del Estatuto Orgánico de 2007 trajo otras modificaciones importantes que supusieron un cambio en el panorama antes encontrado por Machado en sus estudios doctorales. Por ejemplo, la alteración del régimen de nombramiento y cese del Fiscal General del Estado, con la introducción de causas objetivas de cese que venían a garantizar la autonomía del Fiscal General en relación al Poder Ejecutivo. Desaparecía, así, la libre decisión de cese sin causa por el Gobierno y se introducía la necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala, máximo órgano asesor del fiscal general en materia jurídica, siempre que el fiscal general impartiera instrucciones a sus subordinados en cualquier asunto que afectara a miembros del Gobierno, cualquiera que fuera la posición procesal de éstos (Exposición de motivos de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

El fiscal general del Estado lo nombra el Gobierno pero a continuación el Gobierno ya no puede cesarlo. Es decir que el fiscal general es absoluta y plenamente autónomo. Es cierto que le debe su cargo al Gobierno, pero ya no le debe más, porque no puede cesarlo. Por consiguiente, el fiscal puede adoptar la decisión que considere oportuna. (Francisco Bañeres – Entrevista realizada en 10/07/2018).

Esa modificación atenuó uno de los aspectos encontrados por Machado en su investigación sobre el Ministerio Fiscal español, consistente en el amplio poder de que disponía el Gobierno para nombrar y cesar al fiscal general y que actuaba como importante instrumento de control sobre la jefatura de la Fiscalía que podría atender a los

intereses del Gobierno por temor a ser destituido del cargo. En su época, tampoco había mecanismos políticos para que la oposición impidiera el nombramiento de determinada persona (MACHADO, 2007b, p.225). Machado trajo en su estudio ejemplos reales de esta influencia, como los rechazos del fiscal general de la época a las solicitudes del fiscal jefe de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción para investigar determinados hechos, investigación que sólo fue permitida después de fuerte presión de la prensa y de los partidos políticos de la oposición. Ya percibía Machado, en su primer año de estudios doctorales en Barcelona, en 2001-2002, las constantes noticias divulgadas por los medios de comunicación sobre la supuesta subordinación del fiscal general del Estado a los intereses del Gobierno (2007b, p.27).

Esa alteración rumbo a la autonomía del fiscal general del Estado anuló las posibilidades de control formal del jefe del Ministerio Fiscal por el Poder Ejecutivo, antes permitidas en el propio EOMF, pero en realidad, no alteró la posibilidad del control informal que supone el nombramiento político y que siempre dejará margen a críticas al trabajo del fiscal general del Estado cuando actúe en sintonía con los intereses del Gobierno. Como explica Machado (2007a, p.44):

[...] El hecho de que los integrantes de la cúpula del MF sean elegidos por la «solidaridad» demostrada en relación a los actores que ocupan otros espacios sociales, especialmente el campo político, es variable importante para comprender las relaciones de poder establecidas entre los integrantes de esa organización y otros actores sociales. En los países en que a la institución le fue concedida autonomía en relación a los poderes políticos, el jefe de la institución, normalmente sometido a formas de control político, tiende a acumular las funciones relacionadas a procesar personas que ocupan posiciones políticas privilegiadas. Donde se adopta el modelo dependiente en relación al Ejecutivo, la estructura jerárquica de la organización posibilita formas de control que permiten mayor sintonía entre «la construcción jurídica de los hechos» y los intereses del poder político dominante. En vez de mera subordinación al poder político, la estructura del juego permite que la solución jurídica adoptada no desfavorezca a las élites dominantes. La violencia simbólica se legitima por la argumentación jurídica fuente del poder ejercido por el miembro del MF. (MACHADO, 2007a, p. 44)

Las críticas se refuerzan aún más cuando hay efectiva injerencia del fiscal general del Estado en la actuación de sus subordinados. El principio de dependencia, el más controvertido de los principios que rigen el trabajo del Ministerio

Fiscal, se expresa en dos vertientes: la externa, que se conecta a la subordinación respecto del Poder Ejecutivo y la interna, que supone la subordinación de los fiscales a sus superiores y en especial al fiscal general del Estado.<sup>128</sup>

En la reforma del EOMF, realizada en 2007, la estructura piramidal de la institución fue mantenida de la misma manera en que fue verificada por Machado en su estudio (2007b, p.221), con los fiscales recibiendo órdenes del jefe inmediato. Ese modo de actuar no es criticado especialmente por el actual jefe de la Fiscalía Superior de Catalunya, quien entiende que la dependencia es parte de la esencia del trabajo del Ministerio Fiscal:

El sentido que tiene el Ministerio Fiscal es procurar que el derecho fundamentalmente penal se aplique de una manera uniforme en todo el territorio. Imagínate que en el territorio de Minas Gerais el fiscal considera que un tirón de bolso es un hurto al descuido y en Brasilia, o en Río de Janeiro, el fiscal considera que un tirón de bolso es un robo con violencia. Pues eso, desde el punto de vista de la comprensión por parte de la ciudadanía de la institución, algo falla, porque no puede ser que la misma conducta en un sitio se pretenda castigar con una simple multa, o una pequeña reprensión, una amonestación, porque es un hurto al descuido, y en otro sitio te caigan tres años de cárcel. Eso no tiene sentido. El fiscal tiene por misión procurar la seguridad jurídica y la seguridad jurídica sólo se concibe a través de la unidad de actuación. Las leyes se tienen que procurar interpretar, eso no tiene nada que ver con lo que haga el juez, el juez sólo tiene que fallar con lo que a él le aleguen y le prueben. Sí, él es completamente independiente. Pero cuando hablamos de independencia del fiscal, considero completamente antitético para el concepto de fiscal la independencia, porque la independencia significaría que lo que para uno es un delito de falsedad, pues para otro no lo es. [...] Así que entiendo que el fiscal no puede ser independiente en esencia. Ahora bien, ¿eso quiere decir que el fiscal no puede ser autónomo, que el fiscal no puede ser imparcial? No. Pero ya digo que la independencia no es algo propio del Ministerio Fiscal porque quebraría su propia esencia como institución. Pero eso ¿qué quiere decir?, que el fiscal tiene que tener unos mecanismos que protejan su autonomía y su imparcialidad y en ese sentido el fiscal tiene que tener capacidad para poder discutir las órdenes que le llegan de su superior, mecanismos para poder someter a la consideración del conjunto de fiscales lo que es una opinión o lo que es una discrepancia

---

<sup>128</sup>Esa idea de dos vertientes del principio de la dependencia es expresada en la sinopsis elaborada por los letrados de las Cortes Generales sobre el artículo 124 de la CE/78. Disponible en: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=124&tipo=2>>. [Consulta: 12 julio 2018].

con el superior, tiene que haber causas para la discrepancia, tiene que haber mecanismos para garantizar su autonomía, que no pueda ser relevado gratuitamente, que no pueda ser apartado, suspendido, represaliado, sancionado, por una determinada posición, pero eso no significa independencia. Independencia creo que no hay en ninguna Fiscalía del mundo, que sea plenamente independiente. Porque eso es contrario a la propia esencia del Ministerio Fiscal y a la función que tiene que cumplir. (Entrevista realizada el 10/07/2018).

A partir de 2012 hubo casos ocurridos en la Fiscalía Superior de Catalunya que pueden ejemplificar esa vertiente interna del principio de la dependencia dentro del objeto de investigación del presente estudio.

En 2012, fue elegido Martín Rodríguez Sol para el cargo de Fiscal Superior, cuyo mandato duró sólo hasta 2013 y fue marcado por polémicas que resaltaron la estructura altamente jerarquizada del Ministerio Fiscal en España. A finales de 2012, Rodríguez Sol decidió iniciar acciones legales contra el periódico «El Mundo» por un presunto delito de calumnias, supuestamente cometido por la publicación de informaciones sobre un informe de la Unidad de Delitos Económicos y Fiscales de la Policía, que vinculaba a Artur Mas y Jordi Pujol, políticos catalanes, con cuentas secretas en Suiza.<sup>129</sup> El caso sucedía en medio de un proceso electoral en Catalunya y en un clima de «crispación política» por involucrar a Artur Mas, presidente de la Generalitat, candidato a la reelección. El fiscal general del Estado había dado orden verbal expresa a Rodríguez Sol de ser consultado en cualquier resolución que se adoptara en el referido asunto y, así mismo, Rodríguez Sol incoó las diligencias respectivas sin comunicar previamente a su superior. El fiscal general del Estado le reprendió severamente por la desobediencia:

[...] 2º Que pese a que V.E. expresa que la comunicación la realiza «conforme a las previsiones del art. 25 EOMF», lo cierto es que la misma infringe el espíritu del precepto cuyo cumplimiento invoca. La puesta en conocimiento prevista en el art 25 EOMF está teleológicamente orientada a dar la posibilidad al Fiscal General del Estado, en asuntos de especial transcendencia, de tomar posición sobre el asunto y a impartir – como el mismo precepto establece – «las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las

---

<sup>129</sup>Disponible en: <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/22/espana/1353611827.html>>. [Consulta: 12 julio 2018].

funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos».

Con su modo de proceder – comunicando unos hechos trascendentes y simultáneamente la resolución adoptada y notificada al denunciante – hurtan al Fiscal General del Estado la posibilidad de ejercer las facultades que la Ley le atribuye.

3º Además de infringir las obligaciones genéricas que el art. 25 EOMF le impone, con su actuación V.E. ha incumplido simultáneamente la orden verbal expresa que personalmente le di en orden a consultar cualquier resolución que se adoptara en el referido asunto.

[...]

6º Por último, al amparo del art. 25 EOMF le doy a V.E. orden expresa de poner en mi conocimiento con carácter previo a su adopción cualquier cuestión que deba ser resuelta en los procedimientos de referencia. (Diligencias de Investigación n. 15/2012).

Pasado ese episodio, en marzo de 2013, Rodríguez Sol renunció al cargo después que el fiscal general del Estado abrió expediente para su destitución, por haber hecho declaraciones en las que consideraba legítimo que se consultara a los catalanes sobre su futuro político.<sup>130</sup> Fue sucedido, entonces, por José María Romero de Tejada, que actuó como fiscal superior de Catalunya hasta su fallecimiento en noviembre de 2017.

Mi instancia de investigación en la Fiscalía Superior de Catalunya, iniciada en enero de 2016, tenía así el liderazgo de Romero Tejada y como teniente fiscal a Francisco Bañeres Santos que, después del fallecimiento del primero, fue elegido como fiscal superior en 2018. La Fiscalía contaba con 8 fiscales en su plantilla y la división de trabajo seguía el mismo modelo ya explicado, con el teniente fiscal como principal encargado de los casos de aforados (Memoria de la Fiscalía Superior de Catalunya 2017 – ejercicio 2016).

Romero y Bañeres tuvieron que enfrentarse, en los años al frente de la Fiscalía de Catalunya, al proceso independentista que marcó tanto la investigación empírica como mi propia estancia en aquella institución. Bañeres llevó la causa contra el ex presidente de la Generalitat Artur Mas, la ex vicepresidenta Joana Ortega y la ex

---

<sup>130</sup>Disponible en: <<http://www.rtve.es/noticias/20130305/fiscal-jefe-cataluna-llega-fiscalia-general-para-declarar-su-expediente/613341.shtml>> y <[https://politica.elpais.com/politica/2013/03/04/actualidad/1362352417\\_370411.html](https://politica.elpais.com/politica/2013/03/04/actualidad/1362352417_370411.html)>. [Consulta: 12 julio 2018].

consellera Irene Rigau, junto al fiscal anticorrupción Emilio Sánchez Ulled, por la convocatoria de la consulta sobre la independencia de Catalunya realizada el 9/11/2014, (el 9-N), que acabó con condenas de inhabilitaciones. Este caso fue un ejemplo más de la obediencia jerárquica que marca la actuación del Ministerio Fiscal porque Romero Tejada tuvo que presentar la querrela por orden del fiscal general del Estado, pese a su negativa, validada por la Junta de Fiscales de Catalunya, a acusar al presidente de la Generalitat.<sup>131</sup>

Bañeres llevó, además, las investigaciones contra la ex presidenta del Parlament, Carme Forcadell, y parte de la Mesa y el expresidente de la Generalitat, Carles Puigdemont por los hechos relacionados con el referéndum de independencia realizado el 1/10/2017. En el segundo semestre de 2017, mientras examinaba para esta tesis los procesos contra aforados en la Fiscalía, en una mesa al lado del despacho de Bañeres, entonces teniente fiscal, era testigo de la tensión vivida por funcionarios y fiscales que trabajaban bajo la presión no sólo del momento político en sí, sino también de los manifestantes independentistas cantando durante horas delante del edificio de la Fiscalía Superior, en la calle Pau Claris de Barcelona.

Esa es la principal dificultad, en la opinión de Bañeres, a la investigación de aforados:

En un proceso, las dificultades vienen de la investigación, de cuántas pruebas tengo contra esa persona y luego pues una cuestión técnica, digamos, de si se encaja o no encaja, cual es el delito o los delitos en los que pueda encajar esta conducta, la cualificación de los hechos, pero lo fundamental es la prueba sobre los hechos. Entonces, en este caso, tampoco hay normas. En unos casos tienes pruebas, en otros casos tienes menos pruebas, igual que puede pasar con un delito común, como en un robo, en una violación, entonces, en principio, no tiene por qué haber problema. Ahora, no hay que desconocer que el hecho de que una persona sea aforada y que sea una persona muy reconocida públicamente y con un arraigo en la comunidad muy importante, pues hace que el proceso contra ella sea objeto de especial seguimiento por todos los medios de comunicación y, evidentemente, eso hace que se escrute, que se vigile y se comente mucho, que se valore mucho y se analicen cualesquiera que sean las decisiones que se tomen y eso, de alguna manera, no voy a decir que condiciona, pero sí que, en definitiva,

---

<sup>131</sup>Disponible en: <[https://politica.elpais.com/politica/2014/11/21/actualidad/1416568294\\_207719.html](https://politica.elpais.com/politica/2014/11/21/actualidad/1416568294_207719.html)> y en: <[https://politica.elpais.com/politica/2014/11/17/actualidad/1416251953\\_895193.html](https://politica.elpais.com/politica/2014/11/17/actualidad/1416251953_895193.html)>. [Consulta: 12 julio 2018].

no es el modo natural de desenvolverse en nuestra profesión. (Entrevista realizada en 10/07/2018).

La historia de la Fiscalía en Catalunya coincide con los momentos de tensión política vividos en la Comunidad Autónoma, que evidencian, a su vez, las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el poder político local. En el inicio de su historia, coincidió con el caso «Banca Catalana», que involucraba al entonces presidente de la Generalitat Jordi Pujol, denunciado en 1984 por la Fiscalía de Barcelona. El caso, como narra Machado (2007b, p.258-259), tuvo gran repercusión política, coincidiendo con la segunda victoria electoral de Pujol, y la acción del Ministerio Fiscal «fue retratada por el líder catalán (y nacionalistas) y por parte de los medios de comunicación de Catalunya como golpe del centralismo español» (MACHADO, 2007b, p.259). En la estrategia de defensa de Pujol, los fiscales fueron identificados con la opresión del poder central a la causa nacionalista catalana.

La historia de la Fiscalía Superior, examinada en la presente investigación, coincide con la represión a las tentativas de avanzar con el proyecto de independencia de Catalunya del Estado Español y marca la criminalización de los aforados políticos en el periodo estudiado, como se demostrará con los resultados de la investigación empírica.

#### **3.6.4.2. La Fiscalía General de la República de Brasil (PGR)**

Mis observaciones sobre la actuación de la Fiscalía General de la República de Brasil en los procesos contra aforados coinciden con mi propio desempeño profesional como funcionaria del Ministerio Público de la Unión, desde 1997.

La Fiscalía General de la República en Brasil tiene al fiscal general de la República como su superior jerárquico máximo, quien ejerce la jefatura del Ministerio Público de la Unión. Tiene su correlación, en España, con el fiscal general del Estado español.

El fiscal general de la República es el titular del oficio del Ministerio Público en todos los procesos criminales contra aforados del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia en conformidad con los arts. 46 y 48, II, del Estatuto



del Ministerio Público de la Unión (LC 75/1993) y de la Portaria<sup>132</sup> PGR n. 548 de 17/07/2015. Puede delegar esas funciones al vicesfiscal general de la República, al vicesfiscal general electoral o a un fiscal general adjunto de la República.

En materia de aforados, el principal tema relacionado con la actuación de la Fiscalía General está, como ocurre en España, en la suspicacia que el nombramiento político del jefe del Ministerio Fiscal levanta y siempre ha levantado, en la historia de la Fiscalía, de una posible actuación del fiscal general de la República en conformidad con los intereses del gobierno. Entre los años de 1995 y 2003, la Fiscalía General de la República fue liderada por Geraldo Brindeiro. Ocupó cuatro mandatos en el cargo, coincidiendo con el gobierno de Fernando Henrique Cardoso. Su actuación en los procesos de aforados le rindió el apodo de «Encajonador-General de la República», porque se decía que dejaba las investigaciones aparcadas en los cajones de su despacho, incluso de algunas acusaciones importantes contra el Gobierno. En 2003, el presidente Lula da Silva atendió al pedido de la Asociación Nacional de los Fiscales de la República para que se respetara la indicación, por parte de la plantilla de fiscales, de los tres nombres posibles para el cargo. Lula nombró a Claudio Fonteles y los medios pasaron a criticar la actuación discreta del Ministerio Público Federal contra el Gobierno (MACHADO, 2007a, p.160; 2007b, p.67).

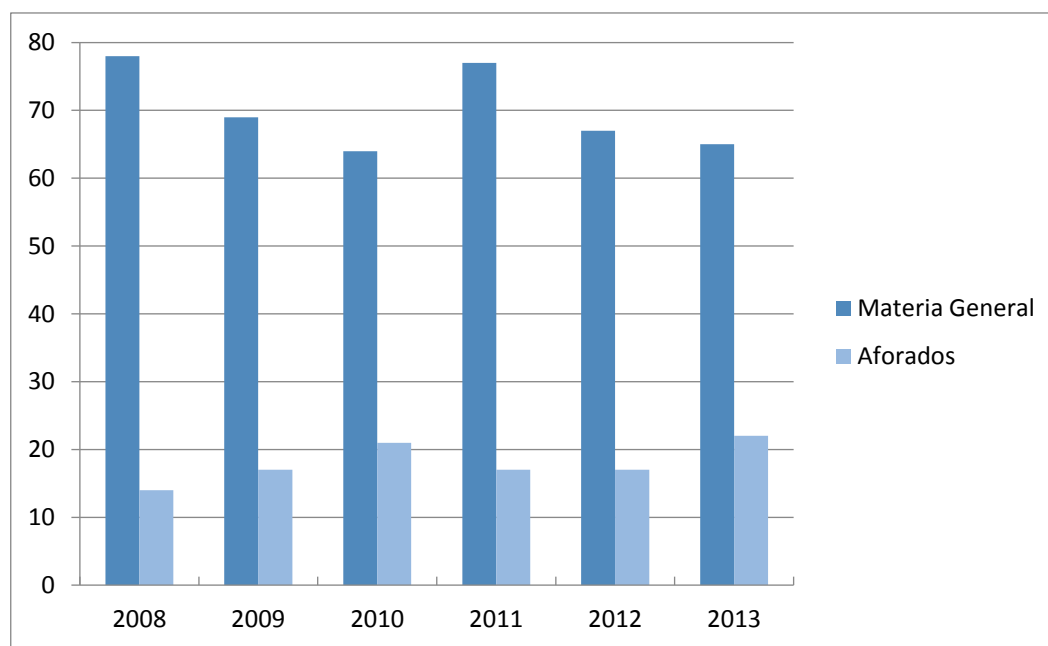
En el periodo investigado en el presente trabajo, 2008-2017, la Fiscalía General de la República tuvo como jefe a Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, a Roberto Monteiro Gurgel Santos, a Rodrigo Janot Monteiro de Barros y a Raquel Elias Ferreira Dodge. Antes del mandato de Rodrigo Janot (septiembre de 2013 a septiembre de 2017), la actuación sobre los procesos de aforados era delegada por Portaria a los fiscales generales adjuntos de la República de confianza del fiscal general. Conforme los datos disponibles en el sistema GAP de la CRIP – Coordenação de Registros e Informações Processuais de la PGR, actuaron en procesos de competencia general del

---

<sup>132</sup>Las «Portarías», en el de derecho brasileño, son, según el magisterio de Cretella Júnior (1974) actos administrativos, expresan la manifestación de voluntad del Estado, por sus representantes, en el ejercicio regular de las funciones que ejercen, con la finalidad inmediata de crear, resguardar, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas en materia administrativa. Puede ser de carácter general o especial, puede tanto referirse a una pluralidad de personas, a casos indeterminados, estableciendo normas, como si fuera una ley o reglamento, como a una persona determinada, de manera concreta, individual y específica.

STJ, entre 2008 y 2013, una media de 70 fiscales. En los casos de competencia penal originaria (aforados), actuaron, cada año, cerca de 18 fiscales por delegación del fiscal general de la República.

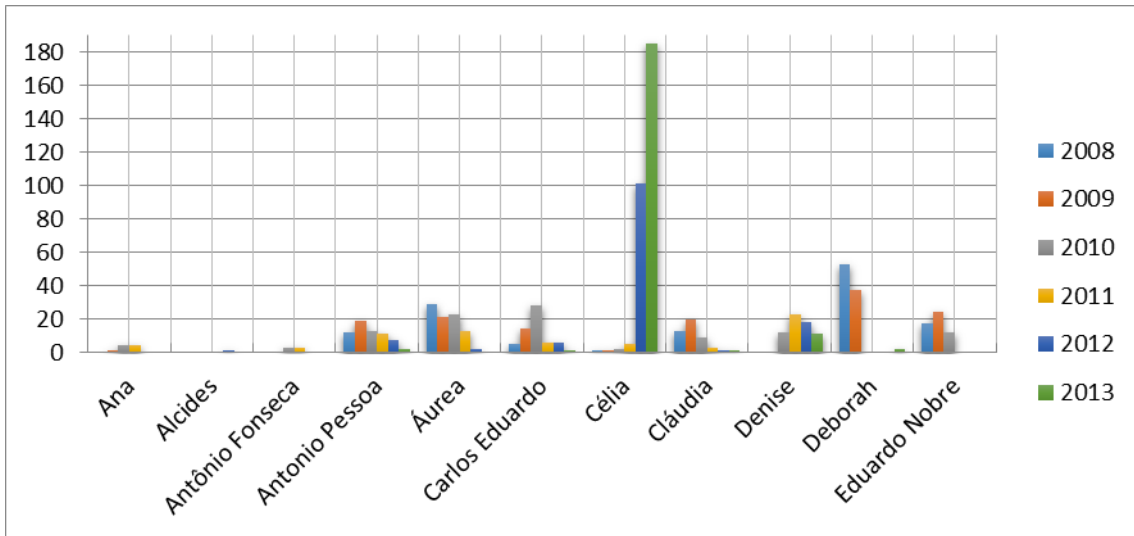
**Ilustración 5** - Número de Fiscales Generales Adjuntos trabajando en cada materia de competencia del STJ



Fuente: Elaborado a partir de los datos de la CRIP – PGR

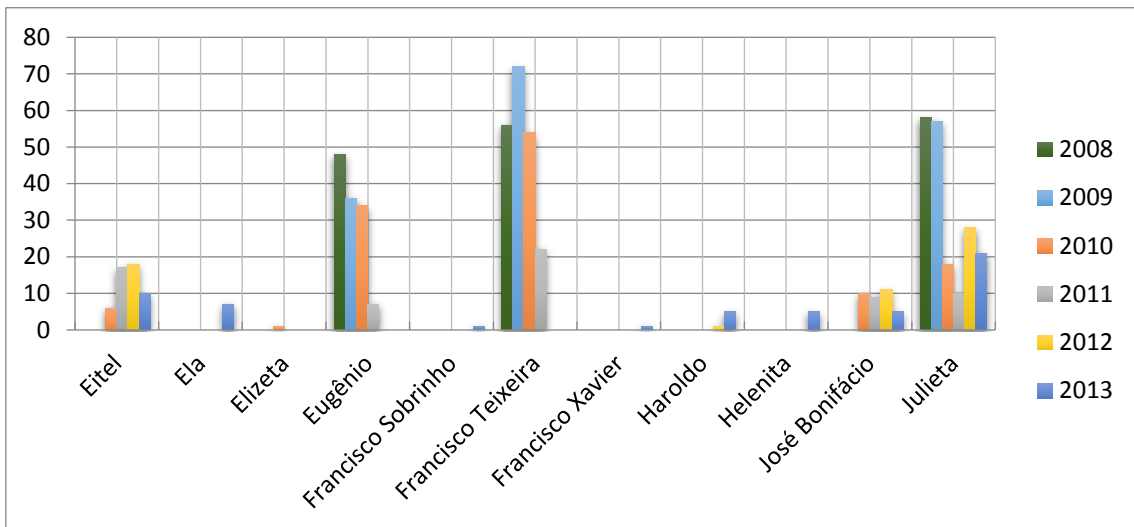
Hasta 2013, la actuación del Ministerio Fiscal en Brasil, en los procesos contra aforados del STJ, era repartida entre diversos fiscales, algunos casos asignados específicamente, otros de manera más genérica. El grupo de fiscales encargados de esos procesos sufrió algunos cambios al término del mandato de Antonio Fernando de Souza e inicio del de Roberto Gurgel, con la delegación de la referida competencia a fiscales más cercanos del nuevo jefe. Sin embargo, a pesar de permanecer más o menos estable la cantidad de fiscales actuando por delegación del fiscal general en los casos de competencia penal originaria en el STJ, a partir de 2012 hubo una distribución de procesos más concentrada en dos fiscales, que llevaron el trabajo hasta septiembre de 2013.

**Ilustración 6 - Fiscales con actuación en los casos de aforados en el STJ – parte 1**



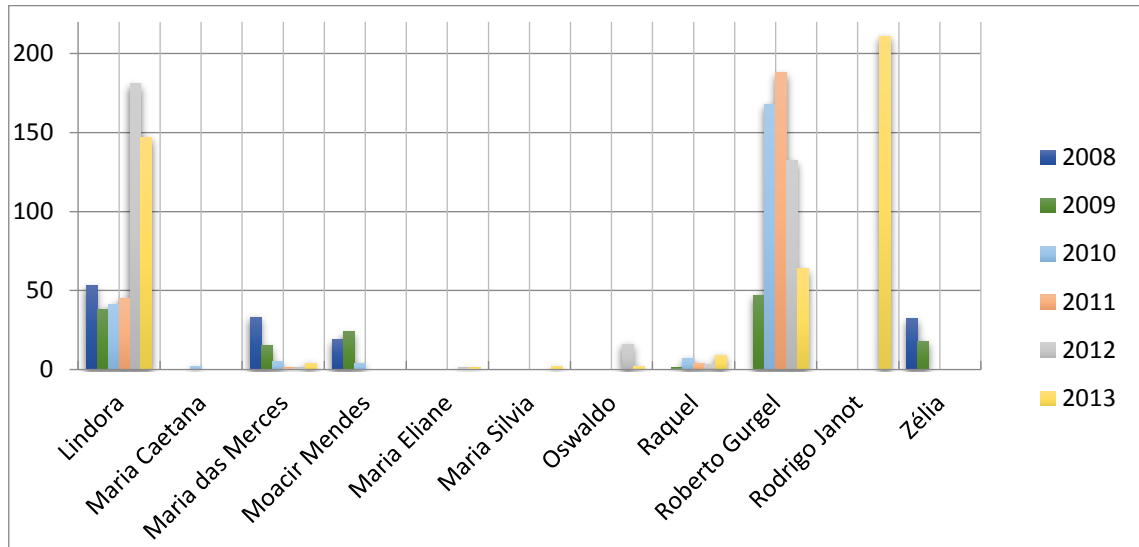
Fuente: Elaborado a partir de los datos de la CRIP – PGR

**Ilustración 7 - Fiscales con actuación en los casos de aforados en el STJ – parte 2**



Fuente: Elaborado a partir de los datos de la CRIP - PGR

**Ilustración 8 - Fiscales con actuación en los casos de aforados en el STJ – parte 3**



Fuente: Elaborado a partir de los datos de la CRIP – PGR

A partir de 2013, con la toma de posesión en el cargo de Rodrigo Janot y de la vicefiscal Ela Wiecko V. de Castillo, el nuevo fiscal general de la República recuperó las atribuciones antes delegadas a los fiscales generales adjuntos. Quedó para sí la competencia de procesos contra aforados del STF y atribuyó exclusivamente a la vicefiscal Ela Wiecko los procesos contra aforados del STJ<sup>133</sup>. Se buscaba, con ese cambio, una mayor unidad de actuación y mayor control sobre las investigaciones y procedimientos contra los aforados. Todos los procesos contra aforados distribuidos a otros fiscales generales adjuntos fueron reclamados de vuelta para ser reasignados a la vicefiscal y a finales del año de 2013, su despacho los recibía todos.<sup>134</sup>

En julio de 2015, el fiscal general de la República Rodrigo Janot formalizó esa nueva rutina de trabajo de la Fiscalía General, al publicar la Portaria n. 548, de 17 de julio de 2015, que disciplinaba la distribución de procesos de su competencia. Hacía constar en la referida normativa que podría delegar sus funciones según su libre criterio de conveniencia y oportunidad (art. 4º) y que el ejercicio de la delegación estaba

<sup>133</sup>La Portaria PGR/MPF n. 824, de 13 de noviembre de 2013 revocó todas las designaciones, específicas o no, para actuación en la Corte Especial del STJ, en procesos de atribución del Fiscal General de la República.

<sup>134</sup>Acompañé de manera muy cercana ese proceso de reasignación de las causas de aforados a la vicefiscal porque dirigía su asesoría desde el inicio de su mandato hasta agosto de 2015, cuando pedí excedencia para la realización de mis estudios doctorales en Barcelona.

condicionada a la previa aprobación de las manifestaciones producidas en su nombre, salvo deliberación expresa en contrario en el acto de delegación (art. 7º). En la siguiente Portaria, n. 549, de 20 de julio de 2015, delegó a la vicefiscal general de la República competencia para los procesos de materia criminal de la Corte Especial del STJ (aforados), dispensando la aprobación previa de sus manifestaciones.

Finalizado el mandato de Janot, en septiembre de 2017 fue elegida la primera mujer fiscal general de la República en Brasil, Raquel Dodge, que nombró como vicefiscal a Luciano Mariz Maia.

De la misma manera que en la Fiscalía Superior de Catalunya, los temas políticos también estuvieron presentes en la actuación de la Fiscalía General de la República de Brasil en el periodo investigado, pero con particular énfasis a los casos de aforados del STF. Las causas de aforados del STJ, muchas pertenecientes a grandes operaciones de la Policía Federal, no atraían la misma atención mediática que los escándalos políticos que se tramitaron en el STF. Antonio Fernando y Roberto Gurgel actuaron en el STF en el caso «Mensalão», el «escándalo de las mensualidades», en que fue detectado un esquema de corrupción política en la Cámara de los Diputados en que el Partido de los Trabajadores del presidente Lula, pagaba mensualidades a los Diputados a cambio de apoyo político. En seguida, la operación «Lava-Jato», considerada el mayor caso de corrupción pública del país, involucrando a la empresa estatal Petrobras y el Partido del Gobierno, tuvo repercusiones en aforados del STF y STJ durante el mandato de Rodrigo Janot.

Los impactos políticos en el Partido de los Trabajadores, el «impeachment» de la Presidenta Dilma Rouseff, el proceso criminal contra el expresidente Lula y las protestas contra el presidente Michel Temer no dejaron de afectar el trabajo del fiscal general en Brasil, que se vio criticado en su actuación en la Operación «Lava-Jato» – una actuación que iba contra el gobierno que lo había elegido, y los trabajos de la Fiscalía General de la República en general. Empezando por la vicefiscal Ela Wiecko que, en vacaciones y participando en un curso en Portugal, fue grabada en una protesta contra el presidente Temer y el «impeachment» de Dilma, en julio de 2016 y fue obligada, por ese motivo, a dimitir del cargo, en agosto del mismo año. Fue sustituida por José Bonifácio Borges de Andrada.

En septiembre de 2016, Eugenio Aragão, que había sido vicefiscal general electoral de Rodrigo Janot, publicó carta abierta a él dirigida, criticando los métodos utilizados en la Operación Lava Jato y exponiendo los contactos y las afinidades existentes entre Fiscalía, Poder Judicial y autoridades políticas, principalmente dentro del juego político del nombramiento del fiscal general.<sup>135</sup>

Por la CF/88, el fiscal general es nombrado por el presidente de la República, entre integrantes de la institución, mayores de treinta y cinco años, después de aprobado su nombre por la mayoría absoluta de los miembros del Senado Federal (art. 128, §1º). A pesar de no estar prevista en la Constitución, se estableció, en el año 2001, una práctica, entre los fiscales, de presentar al presidente de la República tres nombres elegidos por los miembros de la Fiscalía para ocupar el cargo. Desde 2003, bajo el mandato del presidente Lula, se suele respetar la voluntad de los integrantes del Ministerio Público, eligiendo uno de los tres candidatos presentados por los propios integrantes de la plantilla. Eso ha retirado parte de la influencia política directa del Gobierno en la jefatura de la Fiscalía, al tener, por lo menos, como elegido, uno de los tres nombres propuestos por los demás fiscales. Pero el relato de Aragão revelaba los tipos de relaciones que los candidatos al cargo tenían que tejer para lograr ser nombrados por el presidente de la República, incluso la proximidad excesiva y personal con miembros del partido político del Gobierno.

Por otro lado, la carta de Aragão evidenció que, a pesar de la preocupante proximidad con el partido político en el Gobierno, el fiscal general se mantenía neutral, incluso «traicionando» a los que le habían ayudado a llegar al puesto, cuando en el primero mes en el cargo, pidió la prisión de uno de los integrantes del Partido y que, según Aragão, frecuentaba la casa del fiscal general, como amigo suyo.

En medio de dos grandes y mediáticos casos a cargo del fiscal general en su actuación junto al STF, en el período investigado en el presente trabajo, los casos de aforados del STJ siguieron siendo llevados en segundo plano, sin mayor atracción del interés de los medios o de la sociedad civil.

---

<sup>135</sup>Disponible en: <[www.marceloauler.com.br/de-eugenio-aragao-a-rodrigo-janot-amigo-nao-trai-amigo-e-critico-sem-machucar-amigo-e-solidario/](http://www.marceloauler.com.br/de-eugenio-aragao-a-rodrigo-janot-amigo-nao-trai-amigo-e-critico-sem-machucar-amigo-e-solidario/)>. [Consulta: 15 septiembre 2016].

Esa puesta en segundo plano de los casos de aforados del STJ, además, según la fiscal general adjunta Ela Wiecko, entrevistada para este trabajo, marca, en su opinión, la política institucional de la PGR desde siempre. Eso se ve, primeramente, en la actuación sobre los casos, anteriormente a 2013, repartida, como ya se mencionó, entre inúmeros fiscales generales adjuntos, sin una política específica de actuación ni una estructura para cuidar de esos aforados. Después de 2013, concentrada en las manos de la vicefiscal, había ganado mayor atención de la institución pero seguía como una actividad de importancia jerárquicamente inferior a la desarrollada para los aforados del STF, lo que se constataba, por ejemplo, por la menor estructura de funcionarios y gratificaciones puestas a disposición para la tarea.

De todas maneras, ese aspecto sobre la relevancia secundaria de los casos contra aforados del STJ en comparación con los aforados del STF reproduce, en realidad, la propia dinámica de la jerarquía de poder entre los aforados: los cargos aforados en el STF son considerados de mayor relevancia que los aforados en el STJ y, con eso, la atención tanto mediática cuanto la institucional dada por el Ministerio Público en su enfrentamiento atiende inconscientemente a los mismos parámetros.

Hay además, en la actuación en el STJ, un alejamiento importante, que empieza por la distancia geográfica entre los aforados, dispersos entre los diversos Estados brasileños y la sede del Tribunal ubicada en la capital, Brasilia, y que disminuye, en comparación con el STF, la facilidad de acceso a los juzgadores y, por consecuencia, la posibilidad de influencia directa de los poderosos con fuero en el STJ, sobre los casos investigados en la Fiscalía General de la República. Eso no quiere decir que los aforados del STJ no suelen viajar a la capital de Brasil y pedir cita con el fiscal general o el vicefiscal para hablar de sus casos. Es cierto, además, que tienen mucho más facilidad de ser recibidos por el fiscal General que un reo común, como alertado por Ela Wiecko en la entrevista concedida para este trabajo. Pero el interés mediático sobre un caso de aforado del STJ repercute de manera distinta, puntualmente en el Estado de influencia del aforado y no en todo el país como ocurre con los aforados del STF.

## **4. CRIMINALIZACIÓN DE AFORADOS EN BRASIL Y ESPAÑA: RESULTADOS DE UNA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA**

### **4.1. Criminalización: aspectos generales sobre el proceso de criminalización secundaria**

La investigación empírica realizada para este trabajo parte de la concepción del sistema penal como un proceso articulado y dinámico de criminalización que se desarrolla en tres etapas: primaria, secundaria y terciaria. La primera, la criminalización de conductas mediante la creación de leyes penales; la segunda, los procedimientos que culminan en el etiquetamiento de determinadas personas como delincuentes; la tercera, la que resulta del ingreso del individuo dentro del sistema carcelario.

La criminalización primaria, como explican Zaffaroni, Batista, Alagia y Slokar (2003, p.44), puede dar indicaciones sobre la selectividad del sistema penal, pero de cierta manera, permanece en un nivel abstracto. Los agentes políticos elaboran las normas penales, pero no pueden saber a quién tocará, individualmente, la selección que permiten ellas que se haga. La selección de los criminalizados se efectuará, concretamente, con la criminalización secundaria. Según Baratta (1989, p.172), esa es la etapa que más acentúa el carácter selectivo del derecho penal.

Tomándose los aforados, las conductas contrarias al derecho penal que puedan practicar y que demanden la aplicación de la regla de aforamiento pasan por un embudo selectivo dentro del proceso de criminalización secundaria y por las distintas instancias oficiales de control que lo componen (Policía, Ministerio Fiscal, Poder Judicial). Sólo las conductas y los aforados cuyos casos consigan tramitar por todo el proceso de criminalización secundaria y que resulten en la condenación y ejecución de la pena serán etiquetados como criminales. El efecto «embudo» está en que, en realidad, para cualquier tipo de criminalidad, pero aún más para la criminalidad de los poderosos, «ni todo delito cometido es perseguido; ni todo delito perseguido es registrado; ni todo delito registrado es averiguado por la Policía; ni todo delito averiguado es denunciado; ni toda denuncia es recibida; ni todo recibimiento termina en condena» (ANDRADE, 2003a, p.262-263).



En términos generales, las investigaciones empíricas en Criminología hechas a partir del estudio de las estadísticas criminales y las encuestas de auto denuncia y victimización indican que el sistema penal tiene bajo su administración menos del 10% del total de la criminalidad real (ANDRADE, 2003a, p.263, 266). Así, la selectividad del sistema penal es, en primer lugar, una selectividad cuantitativa que resulta de su propia incapacidad operacional de intervenir en todas las situaciones en que es llamado a intervenir. En segundo lugar, la selectividad es cualitativa porque apenas una pequeña parte de los casos que llegarán al conocimiento de las instancias oficiales de control hará con éxito el recorrido del proceso de criminalización secundaria. Aquí, se destaca la actuación de los operadores de este proceso – Policía, Ministerio Público, Poder Judicial – en la elección desigual de los «etiquetados».

La investigación empírica propuesta en este trabajo, así, analiza el proceso por medio del cual, entre todas las autoridades aforadas en los Tribunales aquí estudiados y entre todas las conductas criminales que puedan haber practicado, sólo algunas de ellas fueron objeto de la acción del sistema penal que contra ellas reaccionó. La acción de las instancias oficiales de control de la delincuencia es elemento imprescindible para que se atribuya el status criminal a determinado comportamiento.

El primero nivel de ese embudo selectivo está en la puesta en conocimiento del sistema penal, por la víctima, de un hecho contrario a la ley penal. En los crímenes con una víctima identificable, muchas situaciones pueden interferir en esta puesta en conocimiento, como explica Aniyar de Castro: ella puede no tener conocimiento del hecho o de que fuera víctima de un crimen; puede, también, tener miedo de ponerlo en conocimiento de las autoridades o tener simpatía por el acusado. Puede pertenecer a una comunidad contraria a la denuncia o temer represalias o no querer verse relacionada con el caso. Puede temer sufrir represalias o ser demandada judicialmente por el acusado en razón de su denuncia. O puede, a final, no tener interés en la demanda criminal y quedarse satisfecha con la reparación civil del daño (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p.69-70).

En el caso de los aforados, ese es un primer nivel selectivo bastante importante. Dependiendo del hecho punible y de la víctima, lo de denunciar a una autoridad aforada, con el status y poder que le son inherentes, implica una lucha de poder

relevantemente desigual. Eso cambia, de cierta manera, si los crímenes practicados lo fueron en el ejercicio de la función, cuando muy probablemente tienen como víctima la colectividad y la actuación en la denuncia del caso cuenta con el respaldo de un sentido colectivo. Así mismo, la puesta en conocimiento de estos delitos contra la colectividad cuentan con la dificultad de que la colectividad se entere del daño sufrido y eso se ve en muchos actos criminales de gestión en que los involucrados – agentes públicos y privados - se benefician de sus ajustes para dañar las arcas públicas, por ejemplo.

Llegando el hecho al conocimiento de las instancias oficiales de control, entran otras variables que pueden impedir el seguimiento de las indagaciones. Puede el hecho ser considerado irrelevante, pueden las autoridades encargadas de la investigación elegir los casos más sencillos para priorizar su trabajo, dejando aparcados los más difíciles, los que tienen pruebas más frágiles o los pasibles de prescripción, o pueden sufrir presiones del poder para no investigar.

La siguiente etapa es la entrega del caso al Poder Judicial y aquí se revela el papel del juez como creador del Derecho. Los teóricos de la Criminología de la reacción social afirman que la definición de una conducta desviada no se resuelve definitivamente en el momento normativo:

[...] la ley penal configura tan sólo un marco abstracto de decisión, en lo cual los agentes del control social y formal disfrutan de un amplio margen de discreción en la selección que efectúan, desarrollando una actividad creadora proporcionada por el carácter «definicional» de la criminalidad. Nada más equivocado que suponer (como lo hace la Dogmática Penal) que, detectando un comportamiento delictivo, su autor resultará automática e inevitablemente etiquetado. Pues, entre la selección abstracta, potencial y provisional operada por la ley penal y la selección efectiva y definitiva operada por las instancias de criminalización secundaria, hay por el medio un complejo y dinámico proceso de refracción (ANDRADE, 2003a, p.260).

La ley sólo tendrá sus contornos precisos en el momento de su interpretación por el juez y esa interpretación vendrá influenciada por sus particulares concepciones sobre ella y sobre el fenómeno criminal que examina. Al «código ideológico» que orientará su decisión se unirá el «código tecnológico», con el cual la fundamentará, compuesto de la ley y de la dogmática jurídica (NEPOMOCENO, 2004, p.87).

Esas etapas serán enfrentadas, seguidamente, con el análisis de las características de la criminalización de aforados en España y Brasil.

#### **4.2. La metodología de la investigación cuantitativa**

Piergiorgio Corbetta (2007) enumera cinco fases del proceso de investigación cuantitativa: a) la teoría; b) las hipótesis; c) la recopilación de datos; d) el análisis de los datos y e) los resultados. A partir de la teoría, el proceso de deducción permite la elaboración de la hipótesis, que es «una afirmación provisoria que se debe comprobar» con la investigación. Para la recopilación de datos, se debe transformar las hipótesis en «afirmaciones observables empíricamente», etapa hecha en dos partes: «la operacionalización de los conceptos, o sea, la transformación de los conceptos en variables, o entidades medibles» y «la elección del instrumento y los procedimientos para medir los conceptos». Con la decisión sobre estos aspectos, se puede definir el diseño de la investigación. Después de la recopilación del material empírico, pasase a la fase del análisis de los datos «precedida por la organización y sistematización de los datos obtenidos». Por fin, mediante un proceso de interpretación del análisis estadístico realizado en la fase anterior, pasase a la presentación de los resultados (CORBETTA, 2007, p.69-70).

Siguiendo el esquema propuesto por Corbetta, se presentará, en este capítulo, el desarrollo de la investigación empírica realizada para este trabajo, primeramente de su parte cuantitativa y, a continuación, de la parte cualitativa de la investigación.

Para examinar la criminalización de los aforados e indagar sobre la selectividad del sistema penal para este grupo, fueron elegidos, primeramente, los conceptos a ser investigados: proceso de criminalización, aforados, selectividad. Para entender como ocurre la criminalización de los aforados en España y en Brasil, se formularon algunas hipótesis iniciales: ¿el aforamiento reforzaría la inmunidad de los detentores del poder ante el sistema de justicia criminal? ¿Cuál el papel de la regla del aforamiento para las autoridades públicas dentro del intento de responsabilizarlas por hechos criminosos? ¿El aforamiento contribuye a la selectividad del sistema penal? La

hipótesis a ser confirmada era que sí, el aforamiento ayuda a reforzar la inmunidad de los detentores del poder.

El estudio de los procesos de criminalización remetía, inmediatamente, a un estudio de flujo de procesamiento. Es verdad que, aquí, no tan amplio como viene marcando su tradición en la investigación empírica, especialmente en la investigación criminológica sobre el funcionamiento del sistema de justicia criminal, pero muy similar al método allí utilizado. La reconstrucción del flujo de procesamiento permite observar la actuación de las organizaciones que operan en el sistema de justicia y mapear los criterios de selectividad relacionados a las personas y a los hechos objeto de los casos estudiados (OLIVEIRA, MVB; MACHADO, 2017, p. 6).

Como otros estudios de flujo de procesamiento sobre los crímenes de cuello blanco ya demostraron (MACHADO; COSTA; ZACKSESKI, 2016), no era posible rastrear en esta investigación la etapa anterior a la entrada de los casos en el sistema de justicia criminal. Como explican Ribeiro y Zackseski, la manera tradicional de medición de las cifras ocultas – las encuestas de victimización – no puede ser utilizada por las características de los crímenes de cuello blanco, donde el sujeto pasivo normalmente es el Estado y la colectividad (RIBEIRO; ZACKSESKI, 2017, p. 343). Además, pedir a los aforados que contesten encuestas de auto-inculpación – la otra herramienta de medición de cifras ocultas – se mostraría totalmente inviable, por motivos obvios. Así que, para estudiar criminológicamente el aforamiento, se debería trabajar con los casos conocidos por el sistema de justicia, los procesos e investigaciones ya empezadas e indagar sobre ellos: ¿por qué crimen, practicados por qué aforado y con qué resultado: criminalización o no criminalización?.

Fue adoptado el método transversal de análisis de flujo, en que seleccionado un determinado periodo de tiempo y observada la producción cuantitativa de decisiones por cada una de las organizaciones involucradas en la investigación y en el proceso judicial, verificando los filtros que van reteniendo los casos hasta la respuesta definitiva (OLIVEIRA, MVB; MACHADO, 2017, p.5).

Las reglas de aforamiento están repartidas por diversos tribunales, de acuerdo con el cargo del aforado. Por los motivos ya esposados en el capítulo 1, la población investigada sería el STJ brasileño y el TSJC en España.

Para la fase de recopilación de datos, se había de transformar los conceptos antes elegidos - aforados, proceso de criminalización, selectividad - en parámetros observables (EPSTEIN; MARTIN, 2014, p.119) y luego identificar las variables medibles. Para los aforados, el principal parámetro de la investigación era el «cargo». El cargo es la razón del aforamiento. Luego otro parámetro importante para los análisis posteriores era el «tipo de crimen». La «fecha de inicio» del proceso o de la investigación y la «fecha de la decisión final» eran importantes para estudiar la duración de la tramitación global del expediente. Y, por fin, el «resultado» del proceso. Así la colecta de datos se inició con estos cuatro parámetros clave.

Yeung (2017) explica que lo primero para iniciar una investigación empírica basada en decisiones judiciales es acceder a las decisiones que se quiere investigar. Las fuentes pueden ser físicas (obtenidas directamente en los tribunales) o virtuales (vía bases electrónicas), de fuente primaria (acceso directo en el origen) o fuente secundaria/terciaria (colectada por otros, y después, puesta a disposición de manera pública o privada a otros investigadores), etc. (YEUNG, 2017, p. 256). La colecta de datos para España y Brasil fue realizada de la misma manera: consulta física a los expedientes contra aforados, pero no en el Tribunal, sino en la Fiscalía, complementada virtualmente vía bases electrónicas para los expedientes a que no se tuvo acceso presencial.

Después de la organización y sistematización de los datos obtenidos, se pasó a la fase del análisis de los datos. Conté con el auxilio del estadístico brasileño René Raupp, funcionario de la Fiscalía del Distrito Federal en Brasilia, que recompiló todos los datos por mí recolectados, representándolos en porcentajes para su mejor interpretación.

El procedimiento de recolecta, organización, sistematización y análisis para cada país se presenta seguidamente, así como las características de la criminalización de aforados encontradas, primero para Catalunya y en seguida para Brasil.

### **4.3. La investigación empírica realizada en Catalunya: recolección, organización y sistematización de los datos**

Para la recogida de datos de la parte española, fueron consultados los expedientes archivados en la Fiscalía Superior de Catalunya. Fue definido, como período de tiempo de la muestra, los procedimientos iniciados en la Fiscalía o en el TSJC entre enero de 2008 y diciembre de 2016, período establecido con base a la disponibilidad de datos en la Fiscalía Superior de Catalunya, creada en 2007. A pesar de haber datos estadísticos disponibles en la Memoria elaborada anualmente por la Fiscalía Superior, los datos necesarios para esta investigación – como, por ejemplo, la especificación de los cargos de las autoridades investigadas o procesadas y los tipos de crimen – no estaban allí disponibles en su totalidad, de manera que fue necesario consultar cada uno de los expedientes.

La recopilación de datos se inició en enero de 2016, con el examen de las «Diligencias de Investigación» incoadas en la Fiscalía Superior de Catalunya entre los años 2008 y 2016. Estos expedientes, previos a la judicialización del caso en el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, son incoados para investigación llevada a cargo por la Fiscalía, para apurar la autoría y materialidad de un supuesto crimen cometido por aforados. Se inician con denuncia de particulares, remesa de expedientes por otras Fiscalías o por Juzgados y contienen indicios de la existencia de un delito a ser investigado.

En esta etapa, fueron examinados los 249 procedimientos de investigación abiertos en la Fiscalía Superior de Catalunya, de los cuales se extrajeron los siguientes datos: número, año, cargo de la autoridad investigada, conducta, tipificación, fechas de los hechos, del inicio de la investigación y de la decisión y el resultado final.

Las «Diligencias de Investigación» no se encuadran, rigurosamente, en la opción metodológica explicada arriba de examinar la criminalización de aforados a partir de los procesos conocidos por el Poder Judicial. Son expedientes internos de la Fiscalía, de los cuales el Poder Judicial no tiene conocimiento. Su mejor paralelo con Brasil estaría en los «expedientes extrajudiciales» que son los procedimientos de investigación internos abiertos en la Fiscalía General de la República, pero que no forman parte del presente trabajo.

Se optó por examinar las Diligencias de Investigación en el presente trabajo para incluir en el análisis español una fase de investigación previa, relativamente consistente, llevada a cargo por la Fiscalía. Eso era importante porque, para el sistema brasileño, serían examinadas tres clases procesales del STJ («Inquéritos», «Sindicâncias» y «Representações») que, aunque judicializadas, consistían en una fase preliminar de investigación bajo el poder de decisión de la Fiscalía sobre transmutarlos o no en un proceso criminal. Con eso, se podría ofrecer una visión más completa, también para Catalunya, del proceso de criminalización de aforados.

La tabla 9 muestra el número de diligencias de investigación contra aforados, incoadas en la Fiscalía Superior de Catalunya, por año:

**Tabla 9** - Diligencias de investigación

<b>Año</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>Total</b>
<b>Número de casos</b>	3	1	6	54	15	0	53	59	58	249

De todas maneras, limitarse solamente a estos expedientes para un abordaje de la fase de investigación del proceso de criminalización de aforados por la Fiscalía hubiera sido insuficiente. En la Fiscalía Superior de Catalunya había otros tipos de expedientes allí incoados, llamados «diligencias informativas» y «diligencias preprocesales», que reunían todo aquello que llegaba a la Fiscalía pero que no tenía base para la incoación inmediata de una investigación y daban una muestra de qué tipo de denuncias sobre aforados llegan a aquel órgano. Las Diligencias Informativas normalmente informaban de hechos cuya relevancia penal aún no era cierta. Las Preprocesales se inserían dentro de lo previsto en el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, como un vehículo procedimental para que el Ministerio Fiscal pudiera llevar a cabo una pluralidad de actuaciones en ámbitos diversos de lo penal.

En principio, las «informativas» y «preprocesales», al contrario de las Diligencias de Investigación, serían excluidas del presente análisis. Las «preprocesales» no se referían a la criminalización de aforados y las informativas consistían en una fase muy preliminar, contenía material en muchos casos muy genérico y no siempre relacionado con los aforados. Así, en principio, no interesarían a esta investigación.

Ocurre que la total ausencia de Diligencias de Investigación en el año 2013 y el número bajo de casos en los años de 2008 a 2010 y 2012, como se observa en la tabla 9, exigió una averiguación de las razones que lo motivaron y se vio que, en los primeros años de existencia de la Fiscalía Superior de Catalunya, no se había implementado una rutina de trabajo bien definida sobre cómo clasificar las denuncias que allí llegaban. En los años de 2008 a 2010, no hubo registro de expedientes como Diligencias Preprocesales, siendo la gran mayoría de los casos registrados como Diligencias Informativas. En 2013, todas las denuncias que llegaron a la Fiscalía fueron clasificadas como Informativas, de ahí la ausencia no sólo de Diligencias Preprocesales en ese año, sino también de Diligencias de Investigación.

**Tabla 10** - Diligencias Preprocesales, Informativas y de Investigación

<b>Año</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>Total</b>
<b>Preprocesales</b>	0	0	0	126	85	0	157	83	39	651
<b>Informativas</b>	5	149	183	87	118	236	15	0	0	632
<b>Investigación</b>	3	1	6	54	15	0	53	59	58	249

En diciembre de 2013, una circular de la Fiscalía General del Estado (Circular 4/2013 – sobre las diligencias de investigación) expedida a todas las Fiscalías Superiores, fiscales jefes provinciales y de área uniformizó el tema de las diligencias en el ámbito de las Fiscalías. Se determinó que cuando se recibiera noticia de la comisión de hechos que pudieran tener relevancia penal, sea cual fuera la vía a través de la cual la *noticia criminis* llegara al fiscal, se habría de incoar diligencias de investigación y, no, incoar diligencias preprocesales. Las diligencias de investigación tienen carácter siempre penal, mientras las preprocesales se deben utilizar cuando el fiscal considere conveniente un examen preliminar de un asunto perteneciente a cualquier jurisdicción antes de llegar a «promover la acción de la justicia» (Circular 4/2013, p.60). Así, las diligencias preprocesales serían utilizadas para las actuaciones preparatorias a la presentación de una demanda civil o para actuaciones de naturaleza gubernativa o disciplinaria e, incluso, para quejas y escritos diversos «que en muchas ocasiones se presentan en Fiscalía pese a no ser denuncias ni describir conductas presuntamente delictivas.» (Circular 4/2013, p.61).



A partir de esta Circular, el número de informativas fue disminuyendo hasta su total eliminación. Así, en 2015 y 2016, ya no se registraron expedientes como Diligencias Informativas.

Delante de esta particularidad y para dar mayor fidelidad a la población de casos examinados, se hizo la consulta a los libros de registro y al sistema informático de la Fiscalía sobre las diligencias preprocesales e informativas y se consultaron todas las carpetas donde estaban físicamente registrados tales expedientes entre 2008 y 2016, para verificar si la población de casos relacionados a la criminalización de aforados había sido correctamente seleccionada.

En los años 2008 a 2010, como hubo cierta indefinición en la manera de clasificar los expedientes, seleccioné las diligencias informativas relacionadas con la criminalización de aforados para componer el conjunto de casos examinados. De 2008, sólo un caso se refería a la criminalización de aforados. Para los años de 2009 y 2010, fueron separados 8 y 18 casos, respectivamente.

A partir de 2011, el registro de los expedientes aportados en la Fiscalía siguió la primera rutina de clasificación arriba explicada, con las tres categorías y, a partir de 2015, sólo con las dos categorías mencionadas en la Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado. Así, para los años de 2011 a 2016, se mantuvo para este trabajo el análisis sólo de las Diligencias de Investigación, a excepción del año de 2013, que exigió la selección de los casos que se refiriesen a la criminalización de aforados, ya que absolutamente todos los expedientes que dieron entrada en la Fiscalía fueron registrados como diligencias informativas.

Al final de esta recopilación, se reunieron 249 diligencias de investigación y 105 diligencias informativas y preprocesales.

**Tabla 11** - Fase de investigación no judicializada

<b>Tipo de expediente</b>	<b>Número de casos</b>
Diligencias de investigación	249
Informativas y Preprocesales	105
<b>Total</b>	<b>354</b>

Seguidamente, se pasó al examen de los Procedimientos iniciados en la Sala de lo Civil y Penal del TSJC. Tan pronto son iniciados allí, los casos son remitidos a la Fiscalía Superior de Catalunya y forman un expediente interno con copias de piezas del proceso. Estos expedientes sirvieron para la recolección de datos de esta etapa de la investigación, que finalizó en noviembre de 2017 con la lectura del total de 3711 procedimientos.

**Tabla 12** - Procedimientos Judiciales (Totalidad)

<b>Año</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>Total</b>
<b>Número de casos</b>	71	97	88	92	102	113	159	1588	1401	3711

Para cada proceso, fue apuntado el tipo de procedimiento (Denuncia, Querrela, Cuestión de Competencia, Otros Penal, Procedimiento Abreviado y Autos de Inculpación), el cargo de la autoridad aforada, la conducta narrada y la tipificación dada por el denunciante, la fecha de los hechos, quién había tenido la iniciativa de presentarla y dónde (qué instancia) y cuándo y, por fin, el resultado del proceso con la solución dada. En un campo aparte, se hacían observaciones para una valoración cualitativa de algunos casos, percepciones particulares, etc.

Como los procesos obedecían a una secuencia numérica que se iniciaba cada año, fueron examinados todos los expedientes año a año para la investigación española. Al final de la recolección de todos los datos y para seleccionar la muestra a ser utilizada, dentro de este acervo, se excluyeron las clases procesales que no interesaban a la investigación. Así, se excluyeron los procesos relativos a «cuestión de competencia» y a «otros penal» que no tenían que ver con aforados, con excepción de un par de estos últimos que fueron clasificados como «otros penal» cuando se trataban, en realidad, de

denuncias. Se excluyeron, además, los «autos de inculpación» iniciados en el TSJC, en los años de 2015 y 2016, de no aforados y relacionados con el proceso independentista de Catalunya. La investigación, así, analizó, solamente, las «Denuncias», «Querellas», «Procedimientos Abreviados», «Causas Penales» y los «Otros Penal» antes mencionados, en su totalidad: 630 casos.

**Tabla 13 - Procedimientos Judiciales (muestra)**

<b>Tipo de procedimiento</b>	<b>Año</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>Total</b>
Denuncias		32	42	25	59	40	40	79	103	30	450
Querellas		9	11	24	13	22	25	28	22	17	171
Otros Penal		0	4	2	0	0	0	0	0	0	6
Procedimientos Abreviados		0	0	0	0	1	0	0	1	0	2
Causa Penal		0	0	0	0	0	1	0	0	0	1
<b>Total</b>		<b>41</b>	<b>57</b>	<b>51</b>	<b>72</b>	<b>63</b>	<b>66</b>	<b>107</b>	<b>126</b>	<b>47</b>	<b>630</b>

Al término de esta etapa, fueron analizados todos los casos identificados – los 354 expedientes de la fase de investigación y los 630 judicializados – para excluir los que no se refirieran a la criminalización de aforados del TSJC. Quedaron 702 casos para análisis.

**Tabla 14 - Casos para análisis – sólo aforados**

<b>Tipo de expediente</b>	<b>Número de casos</b>
Informativas y Preprocesales	45
Diligencias de Investigación	38
Procedimientos judiciales	619
<b>Total</b>	<b>702</b>

A continuación, fueron excluidos los expedientes que se referían a hechos ya investigados (bis in idem) y fueron unidos los expedientes que se referían al mismo caso, como los que fueron acumulados a otros expedientes para decisión conjunta y los de la fase de investigación que originaron querellas. De esta manera, no se contarían en el análisis como casos distintos expedientes que, en realidad, se referían al mismo caso.

Por ejemplo, fueron retirados de la relación y unidos a un único caso los 88 procedimientos judiciales que se referían a denuncias por el 9-N<sup>136</sup> y que habían sido acumuladas a la Querrela 16/2014, formulada contra el presidente de la Generalitat. Los 88 casos no podrían ser contados como casos distintos de criminalización de aforados, ya que se referían a los mismos hechos y a la misma persona aforada y habían sido acumulados a un único procedimiento.

Fueron mantenidos, sin embargo, a) los procedimientos que, aunque se refirieran a mismos hechos y misma persona aforada, no fueron acumulados en el TSJC y b) los que fueron acumulados después de decididos, contando estos, así, como casos distintos.

Por fin, fueron reunidas las diligencias informativas, preprocesales y de investigación en una única categoría, llamada «investigación». Después de esa unificación, los casos que finalmente componían el presente estudio totalizaban 592 expedientes: 68 de investigación y 524 de procedimientos judiciales.

**Tabla 15** - Casos para análisis Catalunya – procedimientos unificados

<b>Tipo de expediente</b>	<b>Número de casos</b>
Investigación	68
Procedimientos judiciales	524
<b>Total</b>	<b>592</b>

Definido el número de casos, se pasó al tratamiento de la información recogida en categorías de análisis uniformes. Para los cargos, se rellenó la plantilla para cada caso con uno de los seis cargos de aforados del TSJC posibles: a) presidente de la Generalitat, b) consejero o consejera, c) parlamentario o parlamentaria, d) juez o jueza (incluidos magistrados y magistradas), e) fiscal y d) juez de paz o jueza de paz.

En seguida, se definieron categorías para el campo «tipo de crimen», rellenas a partir del campo «tipificación». Las categorías de crímenes siguieron el modelo utilizado para una investigación empírica sobre aforados realizada en Brasil

---

<sup>136</sup>El 9-N es como es llamada la consulta sobre la independencia de Catalunya realizada el 9/11/2014.

(AMB, 2007), que sirvió como base tanto para la investigación de los casos españoles como de los brasileños. Fueron hechas las adaptaciones necesarias a cada Código Penal, pero no fue obedecida una clasificación dogmática penal rigurosa sino que se agruparon los crímenes de modo que permitiesen una idea de los objetos de la criminalización de aforados.

Los casos en que no fue posible identificar el tipo de crimen, normalmente las denuncias presentadas por personas sin cualificación profesional en Derecho o por los internos de los Centros Penitenciarios, fueron categorizados como crimen «no especificado». Así, fueron definidas 14 categorías:

**Tabla 16** - Categorías de crímenes - España

- 1) Contra el honor (CPE 205, 208), intimidación, revelación de secretos (CPE 197 a 201)
- 2) Contra la administración pública: prevaricación administrativa (CPE 404 a 406), omisión del deber de perseguir delitos (CPE 407 a 409), desobediencia (CPE 410 a 412), infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (CPE 413 a 418), cohecho (CPE 419 a 427), tráfico de influencias (CPE 428 a 430), malversación (CPE 432 a 434), fraudes (CPE 436 a 438), otros crímenes contra la administración (CPE 439 a 444), incluidas aquí la usurpación de función pública y el intrusismo
- 3) Contra la administración de justicia: prevaricación judicial (CPE 446 y 447), denegación de justicia (CPE 448), retardo malicioso (CPE 449), omisión del deber de promover persecución delitos (CPE 450), encubrimiento, acusación falsa, falso testimonio, obstrucción de justicia (CPE 451 a 471)
- 4) Contra el patrimonio: hurto, robo, extorsión, usurpación, estafa, apropiación indebida
- 5) Contra vida e integridad física: homicidio (CPE 138), lesiones (CPE 147), violencia doméstica
- 6) Falsedades (CPE 386 a 399)
- 7) Seguridad colectiva y salud pública
- 8) Contra la hacienda pública y contra la seguridad social
- 9) Delitos contra el mercado y el orden socioeconómico (CPE 278 a 304): corrupción en los negocios, delitos societarios y blanqueo de capitales
- 10) Contra la libertad (detención ilegal, amenaza, coacciones), tortura, integridad moral y trato degradante
- 11) Crímenes ambientales
- 12) Crímenes contra libertad sexual

13) Crímenes contra el orden público, contra la constitución y contra la paz: sedición, traición, rebelión, organizaciones criminales y contra los derechos fundamentales

14) Otros (crímenes electorales, omisión de socorro, contra los derechos de los trabajadores, contra la ordenación del territorio, maltrato animal, interceptación telefónica ilegal...)

---

Fueron abiertas, también, dos categorías apartadas para su análisis. La primera para «abuso de poder», porque aparecían en las denuncias, sin relación con otro crimen. La segunda, «corrupción» para los casos en que el denunciante apenas indicaba tal crimen, sin especificarlo<sup>137</sup>.

Otro punto importante de esclarecimiento es que fueron categorizados, aquí, como «prevaricación judicial», los hechos imputados como «prevaricación» a los fiscales. Tampoco se desconoce el entendimiento de que el sujeto activo de este delito es el juez o magistrado, pero ante la dificultad de tipificar los hechos atribuidos a los fiscales, dentro de la actual dogmática penal, se decidió, para los fines del presente estudio, categorizarlos conjuntamente.

En los campos relativos a la «fase actual» y al «resultado», se anotó la solución dada al caso exclusivamente con relación a la persona aforada. Las causas podrían ser inadmitidas o admitidas. Si resultaron inadmitidas, fueron archivadas y era esa la fase actual. Si fueron inhibidas a otro juicio porque no había elementos con relación a la persona aforada, y la causa siguió en primera instancia con relación a los demás envueltos, se consideró como «archivada», porque sólo interesaba a la presente investigación la situación del aforado. Por otro lado sí que se consideraron los eventuales cambios de competencia con relación a la pérdida sobrevenida de la condición de aforado. En estos casos, la fase era apuntada como «remitida al juzgado competente».

La fecha considerada para la fase actual fue la de 31/03/2018, misma establecida para la investigación brasileña.

---

<sup>137</sup>Delante de la falta de un tipo penal específico para la corrupción pública, en la legislación española, el término puede abarcar una serie de conductas previstas en el Código Penal: a los crímenes de cohecho (arts. 419 a 422), de tráfico de influencias (arts. 428 a 430), de prevaricación (arts. 404, 320, 322, 329 y 446 a 449), a malversación de caudales públicos (arts. 432 a 435), a los fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438), las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función, arts. 439 a 444, etc. (GARCÍA SÁNCHEZ, 2017, p.241-243).

En los casos en que la denuncia o querrela fueron admitidas, como ya se ha explicado anteriormente en el capítulo 3, los resultados posibles fueron a) sentencia – de absolución o condenación o b) sobreseimiento – libre o provisional.

Para mejor comprensión sobre el tratamiento estadístico de los datos, están añadidas, al final del presente trabajo, las notas técnicas elaboradas y fornecidas por el estadístico René Raupp.

#### **4.4. Las características de la criminalización de aforados en el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya: análisis cuantitativo y cualitativo de los datos**

Tomando las etapas del proceso de criminalización secundaria indicadas en el ítem 4.1, lo primero que se debe analizar sobre la criminalización de aforados en el TSJC es la entrada de los casos dentro del sistema de justicia. Eso implica verificar, en primer lugar, qué hechos delictivos llegaron al conocimiento de las instancias oficiales de control y por quién fueron practicados, por qué medios los casos entraron en el sistema de justicia y quién los ha denunciado.

Como ya se comentó en el capítulo 3, la investigación propiamente dicha de los hechos presuntamente delictivos en España se encomienda a la autoridad judicial. Así que, ordinariamente, el filtro inicial de los casos que seguirán en el proceso de criminalización es hecho por el juez instructor, cuya presencia en el sistema procesal español prácticamente imposibilita la investigación paralela por el Ministerio Fiscal. A pesar de eso, el Ministerio Fiscal tiene reconocido su poder investigador y puede realizar diligencias autónomas de investigación con anterioridad a que se proceda a la apertura de un procedimiento por la autoridad judicial (art. 5 EOMF), incluso cuando afecten a personas aforadas, como establecido por la Consulta 1/2005 de la Fiscalía General del Estado.<sup>138</sup>

En Catalunya, como se explicó en el ítem 4.3, supra, la investigación empírica analizó el trabajo investigativo de la Fiscalía Superior para los años de 2008 a 2016, dentro de una población de 354 casos en que 68 fueron individualizados como

---

<sup>138</sup>Consulta 1/2005 sobre competencia de las Fiscalías para tramitar diligencias de investigación que afecten a personas aforadas. Disponible en: <[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/consulta1-05.pdf?idFile=cd5a6b1d-a729-48e5-91b7-7c89d047f16c](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/consulta1-05.pdf?idFile=cd5a6b1d-a729-48e5-91b7-7c89d047f16c)>. [Consulta: 17 enero 2019].

referentes a la criminalización de aforados (tabla 15). No se incluyeron, entre los casos analizados en esta primera fase de criminalización, los que originaron un procedimiento judicial en el TSJC, para que el mismo caso no fuera contabilizado dos veces. Importante registrar que, entre 2008 y 2016, sólo se identificaron 2 casos a partir de los cuales la Fiscalía Superior de Catalunya presentó querrela al TSJC: una en 2010, a partir de una Diligencia Informativa del mismo año<sup>139</sup>, ofrecida contra una magistrada y una en 2015, originada de una Diligencia de Investigación del mismo año<sup>140</sup>, contra un magistrado.

Los 68 casos estudiados fueron compuestos de los siguientes tipos de expedientes:

**Tabla 17** - Número de investigaciones por tipo de expediente

Tipo de expediente	Recuento	Porcentaje (%)
Informativas	38	55,9
D. Investigación	28	41,2
Preprocesales	1	1,5
No informado	1	1,5
Total	68	100,0

La actuación de la Fiscalía, en esa etapa preprocesal de la criminalización secundaria de aforados, no es obligatoria. De hecho, la víctima, el interesado o cualquier ciudadano podrían directamente pedir la investigación al juez. Así que se ve en las investigaciones incoadas en la Fiscalía la marca del intento del denunciante de que el Ministerio Fiscal verdaderamente asuma las providencias necesarias a la investigación y responsabilización de la autoridad. La tabla 18 presenta la distribución del número de investigaciones por iniciativa del denunciante:

**Tabla 18** - Número de investigaciones por tipo de iniciativa

Iniciativa	Recuento	Porcentaje (%)
Parte en proceso judicial	22	32,4
Asociación de la sociedad civil	16	23,5
Ciudadano	8	11,8

<sup>139</sup>Diligencia Informativa 21/2010 y Querrela 34/2010 (números de registro en la Fiscalía Superior).

<sup>140</sup>Diligencia de Investigación 18/2015 y Querrela 99/2015 (números de registro en la Fiscalía Superior).



Fiscalía	7	10,3
Anónimo	5	7,4
Partido político	3	4,4
CGPJ	1	1,5
Col·legi d'Advocats	1	1,5
Concejal	1	1,5
Junta electoral	1	1,5
Oficina Antifrau	1	1,5
Parlamentario	1	1,5
TSJC	1	1,5
<b>Total</b>	<b>68</b>	<b>100</b>

Analizando quienes son los denunciadores de hechos a la Fiscalía, se observa que figuran más, en esa fase, las asociaciones de la sociedad civil, órganos y funcionarios de la Administración, partidos políticos y el propio Ministerio Fiscal que remite a la Fiscalía Superior noticias que recibe sobre crímenes de aforados. De los 68 procedimientos estudiados, 33 fueron abiertos por representantes de esas instituciones, mientras 22 casos fueron presentados por personas que figuraban como partes en proceso judicial, 8 por ciudadanos interesados en la investigación y 5 fueron presentados anónimamente. La mayor presencia de instituciones como denunciadores, en esa fase, revela un componente de formalidad y cumplimiento de funciones legales y estatutarias, además de visibilidad mediática, en que asociaciones, partidos políticos y órganos de la Administración entregan los casos que tienen conocimiento al Ministerio Fiscal para investigación y pueden rendir cuentas de su actuación a su entidad o a la opinión pública por haber trasladado el tema a las manos de la Fiscalía.

Entre los 16 casos presentados por asociaciones de la sociedad civil, se destacan los 8 casos abiertos por el Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos Manos Limpias, de controvertida actuación, catalogada por muchos como de ultraderecha y conocida en España por la interposición de denuncias contra todo tipo de empresas e instituciones. El Sindicato se autodefine como anticorrupción y contrario a los nacionalismos separatistas y tiene marcada presencia en el proceso de criminalización de

aforados aquí estudiado, no sólo en los casos abiertos en la Fiscalía Superior de Catalunya como también en los procedimientos judiciales iniciados en el TSJC.<sup>141</sup>

Ciudadanos comunes fueron responsables de la apertura de 30 casos contra aforados en la Fiscalía: 8 de ellos contra aforados políticos y, en 22, los denunciadores eran parte en procesos judiciales y denunciaban el juez de su causa. Además, 5 denuncias fueron presentadas anónimamente.

Los expedientes abiertos en la Fiscalía Superior, que fueron agrupados en el presente estudio en una única categoría llamada «investigación», tienen la siguiente distribución por tipo de cargo del investigado:

**Tabla 19** - Número de investigaciones por tipo de cargo del investigado

Cargo	Recuento	Porcentaje (%)
Juez	21	30,9
Juez / Fiscal <sup>142</sup>	1	1,5
Fiscal	9	13,2
Consejero	5	7,4
Parlamentario	14	20,6
Presidente de la Generalitat	16	23,5
Presidente de la Generalitat / Parlamentario <sup>143</sup>	1	1,5
No especificado (aforado político) <sup>144</sup>	1	1,5
<b>Total</b>	<b>68</b>	<b>100,0</b>

Para mejor análisis, agrupamos los cargos en dos grandes categorías: «aforados jueces», para todos los aforados integrantes del Poder Judicial (jueces, fiscales y jueces de paz) y «aforados políticos», que reúne los consejeros, los parlamentarios y los presidentes de la Generalitat. Se constató que la mayoría de los procedimientos abiertos

<sup>141</sup>La controversia sobre la actuación de ese Sindicato en España se relaciona a la detención de su presidente, el año 2016, involucrado en una presunta red de extorsión para retirada de las acusaciones que hacía a cambio de dinero. Disponible en: <<https://www.lavanguardia.com/politica/20160415/401121829833/quien-hay-detras-manos-limpias.html>>. [Consulta: 26 septiembre 2018].

<sup>142</sup>Caso en que se investigaba integrantes de ambas carreras

<sup>143</sup>Caso en que se investigaba tanto el Presidente de la Generalitat como a Parlamentarios.

<sup>144</sup>Caso en que la denuncia era bastante genérica, sin identificación de cargo específico, pero que trataba de aforado que podría ser categorizado como «aforado político».

en la Fiscalía lo fueron para investigar a aforados políticos (54,4%), siendo 45,6% para aforados integrantes del Poder Judicial.

**Tabla 20** - Número de investigaciones por categorías de aforados

Cargo	Recuento	Porcentaje (%)
Aforados jueces	31	45,6
Aforados políticos	37	54,4
Total	68	100,00

Se concluye, a partir de esos resultados, que el Ministerio Fiscal, estadísticamente, es más veces llamado a conocer de los hechos y a empezar una investigación cuando se trata de aforados políticos.

Además de esa característica, se vio que los casos que entran en el sistema de justicia por la Fiscalía, en su mayoría, se dirigen a un solo aforado por caso (en 76,5% de los procedimientos).

**Tabla 21** - Número de investigaciones por número de investigados

Número de «aforados»	Recuento	Porcentaje (%)
1	52	76,5
2	6	8,8
3	2	2,9
4	1	1,5
>1	6	8,8
No informado	1	1,5
Total	68	100,0

Se constata, aquí, una moderada asociación<sup>145</sup> entre el número de aforados investigados y el hecho de ser el aforado «juez» o «político», mostrando una tendencia a que, cuando el crimen investigado se atribuye al Poder Judicial – para quien la regla de aforamiento en España se aplica solamente a los delitos practicados en el

<sup>145</sup>P-valor = 0,03928 para el test exacto de Fisher.

ejercicio de la función – el intento de responsabilización es de todos los integrantes que actuaron en la causa.

**Tabla 22** - Número de investigaciones por cargo y número de aforados

<b>Cargo</b>	<b>Uno</b>	<b>Más de uno</b>	<b>Total</b>
Aforados jueces	20 (66,7%)	10 (33,3%)	30 (100,0%)
Aforados políticos	32 (86,5%)	5 (13,5%)	37 (100,0%)
<b>Total</b>	<b>52</b> (77,6%)	<b>15</b> (22,4%)	<b>67</b> (100,0%)

En la casi totalidad de la población de casos investigados, fue posible identificar el sexo del aforado, donde se percibe clara predominancia de aforados del sexo masculino (tabla 23).

**Tabla 23** - Número de investigaciones por sexo del aforado

<b>Sexo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Masculino	43	63,2
Femenino	16	23,5
No informado	9	13,2
<b>Total</b>	<b>68</b>	<b>100,0</b>

En el recuento, excluyendo los casos no informados, se puede visualizar aún más claramente esa predominancia del sexo masculino:

**Tabla 24** - Número de investigaciones por sexo del aforado – sólo los informados

<b>Sexo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Masculino	43	72,9
Femenino	16	27,1
<b>Total</b>	<b>59</b>	<b>100,00</b>

En las tablas 25 y 26, se presenta la distribución de aforados por cargo y por sexo. Mientras hay una proporción igual entre los sexos para los aforados jueces,

entre los aforados políticos la gran mayoría de los investigados por la Fiscalía es de hombres<sup>146</sup> (88,2%).

**Tabla 25** - Número de investigaciones por cargo y sexo del aforado

<b>Cargo</b>	<b>Masculino</b>	<b>Femenino</b>	<b>Total</b>
Juez	7 (16,7%)	9 (56,3%)	16 (27,6%)
Juez / Fiscal	1 (2,4%)	-	1 (1,7%)
Fiscal	4 (9,5%)	3 (18,8%)	7 (12,1%)
Consejero	4 (9,5%)	1 (6,3%)	5 (8,6%)
Parlamentario	11 (26,2%)	1 (6,3%)	12 (20,7%)
Presidente de la Generalitat	15 (35,7%)	1 (6,3%)	16 (27,6%)
Presidente de la Generalitat / Parlamentario	-	1 (6,3%)	1 (1,7%)
<b>Total</b>	<b>42</b> (100,0%)	<b>16</b> (100,0%)	<b>58</b> (100,0%)

**Tabla 26** - Número de investigaciones por cargo y sexo del aforado

<b>Cargo</b>	<b>Masculino</b>	<b>Femenino</b>	<b>Total</b>
Aforados jueces	12 (50,0%)	12 (50,0%)	24 (100,0%)
Aforados políticos	31 (88,6%)	4 (11,4%)	35 (100,0%)
<b>Total</b>	<b>43</b> (72,9%)	<b>16</b> (27,1%)	<b>59</b> (100,0%)

Los análisis sobre la selectividad de género en la criminalización de aforados se harán seguidamente.

Retomando los conceptos de la criminalización secundaria que se estudian en esta investigación, ya se ha presentado quiénes son los que llevan los casos al conocimiento de las instancias oficiales de control y contra quién se acciona el funcionamiento del sistema de justicia. Queda saber por qué tipos de crímenes.

<sup>146</sup> P-valor = 0,002354 para o teste exato de Fisher.

En la tabla 27 se hizo el recuento del número de procedimientos en los cuales se verificó la ocurrencia de cada uno de los tipos de crímenes categorizados para esta investigación<sup>147</sup>. Como para cada procedimiento podría haber uno o más investigados y como para cada investigado podría ser atribuido uno o más crímenes, los porcentajes fueron calculados siempre en relación al total de procedimientos. Así, los porcentajes equivalen a la incidencia del crimen en el caso para al menos uno de los investigados (en los casos en que hubo más de uno) y con o sin concurso de otros crímenes.

**Tabla 27** - Número de investigaciones por tipo de crimen

<b>Tipo de crimen</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Contra la administración pública	24	35,3
Contra la administración de la justicia	20	29,4
Contra la libertad	6	8,8
Contra el orden público	5	7,4
Falsedades	3	4,4
Contra el mercado y el orden socioeconómico	3	4,4
Otros crímenes	3	4,4
Contra el honor	2	2,9
Contra el patrimonio	2	2,9
Seguridad colectiva	1	1,5
Crímenes ambientales	1	1,5
Crímenes sexuales	-	-
Contra la vida e integridad física	-	-
Contra la hacienda pública	-	-
Corrupción	-	-
Abuso de poder	-	-

Dos categorías de crímenes predominan en la investigación de aforados por la Fiscalía Superior: los que van contra la administración pública y los que van contra la administración de justicia.

La tabla 28 detalla el número de investigaciones incoadas, por tipo de aforado, para cada tipo de crimen. Fueron excluidos, en este recuento, los crímenes sin

<sup>147</sup>En el ítem 4.3 se explican las categorías de crímenes y como fueron establecidas para estos análisis.

registro en los procedimientos estudiados. Los porcentajes fueron calculados en relación al total de casos de cada tipo de crimen, de manera que la suma de los porcentajes de cada fila totaliza, siempre, 100,0%:

**Tabla 28** - Número de investigaciones por tipo de crimen y tipo de aforado

<b>Tipo de crimen</b>	<b>Juez</b>	<b>Político</b>
Contra la administración pública	5 (20,8%)	19 (79,2%)
Contra la administración de la justicia	20	-
Contra la libertad	-	6
Contra el orden público	-	5
Falsedades	1 (33,3%)	2 (66,7%)
Contra el mercado y el orden socioeconómico	-	3
Otros crímenes	1 (33,3%)	2 (66,7%)
Contra el honor	-	2
Contra el patrimonio	-	2
Seguridad colectiva	-	1
Crímenes ambientales	-	1

Se ve en los resultados que, aunque para los «aforados políticos» las reglas de aforamiento alcancen tanto los crímenes comunes como los practicados en el ejercicio de la función, se suele invocar la actuación de la Fiscalía, en los casos de los «políticos,» para crímenes relacionados con el ejercicio del cargo. De hecho, de todos los casos de investigación analizados, hubo solamente uno que narraba crimen no relacionado a la función pública: lo de apropiación indebida supuestamente practicada por un aforado político, cuando actuaba como dirigente de un equipo de fútbol.

Considerando los crímenes con frecuencia igual o superior a 5%, se tiene la siguiente distribución por cargo del aforado (tablas 29 a 32):

**Tabla 29** - Número de investigaciones de crímenes contra la administración pública por cargo del aforado

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Juez	3	12,5
Fiscal	2	8,3
Consejero	3	12,5
Parlamentario	7	29,2
Presidente de la Generalitat	7	29,2
Presidente de la Generalitat / Parlamentario	1	4,2
No especificado (aforado político)	1	4,2
<b>Total</b>	<b>24</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 30** - Número de investigaciones de crímenes contra la administración de la justicia por cargo del aforado

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Juez	15	75,0
Juez / Fiscal	1	5,0
Fiscal	4	20,0
<b>Total</b>	<b>20</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 31** - Número de investigaciones de crímenes contra la libertad por cargo del aforado

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Parlamentario	3	50,0
Presidente de la Generalitat	3	50,0
<b>Total</b>	<b>6</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 32** - Número de investigaciones de crímenes contra el orden público por cargo del aforado

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Parlamentario	1	20,0
Presidente de la Generalitat	4	80,0
<b>Total</b>	<b>5</b>	<b>100,0</b>



Presentado el caso a la Fiscalía Superior, se debe analizar, ahora, su recorrido en el proceso de criminalización secundaria: cuánto tarda el recorrido del caso en la Fiscalía y qué solución suele tener.

El tiempo de duración de la investigación en la Fiscalía Superior de Catalunya es bastante corto. Haciendo el cálculo de los días pasados entre el inicio de la investigación y la fecha de su solución, se ve que solamente en 5 casos ese tiempo ultrapasó el periodo de 1 año. En la mayoría de los casos (51,5%) el procedimiento fue finalizado en hasta 30 días. En 3 meses, más de tres cuartos de los casos ya se habían resuelto.

**Tabla 33** - Número de procedimientos por tiempo de duración de la investigación

Tiempo (días)	Recuento	Porcentaje (%)	Porcentaje acumulado (%)
Hasta 30	35	51,5	51,5
31 a 60	12	17,6	69,1
61 a 90	6	8,8	77,9
91 a 120	2	2,9	80,9
121 a 150	4	5,9	86,8
151 a 180	-	-	86,8
181 a 210	2	2,9	89,7
211 a 240	-	-	89,7
241 a 270	-	-	89,7
271 a 300	-	-	89,7
301 a 330	2	2,9	92,6
331 a 360	-	-	92,6
361 o más	5	7,4	100,0
<b>Total</b>	<b>68</b>	<b>100,00</b>	<b>-</b>

El tratamiento estadístico de la duración de la investigación se encuentra en la tabla 34.

**Tabla 34** - Tiempo de duración de la investigación

<b>Estadística</b>	<b>Valor</b>
Recuento	68
Media	76,5
Desviación típica	115,5
Coefficiente de variación	150,9%
Mínimo	0
1er Cuartil	8,75
Mediana	29
3er Cuartil	77,5
Máximo	447

La tabla 35 presenta la distribución del número de investigaciones por fase actual (considerando la fecha de referencia de 31/03/2018).

**Tabla 35** - Número de investigaciones por fase actual

<b>Fase actual (31/03/2018)</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Archivado	67	98,5
Inhibición	1	1,5
Total	68	100,0

Al final del período de investigación establecido para este trabajo, la totalidad de los procedimientos abiertos contra aforados en la Fiscalía Superior ya estaban finalizados. Un caso fue inhibido a otra Fiscalía, atendiendo a consulta hecha a la Fiscalía General del Estado sobre el trámite de diligencias de investigación que afectasen a personas aforadas y que determinaba que, en los casos en que la denuncia afectara no solo a la persona aforada, sino a otras personas, la competencia para realizar la investigación incumbía a la Fiscalía de la provincia en la que se hubiesen realizado los hechos investigados.

Considerando solamente las investigaciones archivadas, esos son los fundamentos del archivo de la causa:

**Tabla 36** - Número de investigaciones por fundamento del archivo

<b>Resultado</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Hechos no constituyen delito	43	64,2
Ausencia de indicios	11	16,4
Ausencia de elementos/pruebas	10	14,9
Bis in idem	2	3,0
Dado conocimiento de los hechos a la Comisión Disciplinaria del CGPJ	1	1,5
<b>Total</b>	<b>67</b>	<b>100,0</b>

La mayoría de las investigaciones fueron archivadas por la consideración de que los hechos denunciados no constituían delito (64,2%). En 16,4% de los casos no había indicios contra la persona aforada y en 14,9% de los procedimientos no había elementos o pruebas del hecho denunciado. En 2 casos, la misma investigación había sido ya judicializada – una en el TSJC y otra en la Audiencia Nacional, lo que justificó su archivo por lo que hemos llamado «bis in idem». En un caso, contra una magistrada, se decidió que el caso no era criminal, sino disciplinario.

Pero por lo que se ve en el resultado de la investigación empírica, la investigación preprocesal de la Fiscalía no resulta con frecuencia en abertura de la fase procesal penal. Sólo en 2 casos motivó el ofrecimiento de querrela contra los investigados. Además, se identificaron 4 casos en que la Fiscalía archivó el procedimiento y, luego, el denunciante ofreció nueva denuncia o querrela directamente ante el TSJC<sup>148</sup>.

En visita a la Fiscalía Superior de Madrid, el 24/09/2018, conversé con la fiscal Almudena Lastra de Inés sobre el trabajo investigativo de aforados que hacían en aquella Comunidad Autónoma y concluimos que las características de la criminalización allí y en Catalunya se asemejan bastante. Las diligencias de investigación en la Fiscalía Superior de Madrid tampoco resultaban frecuentemente en querellas. En los

---

<sup>148</sup>Caso 1: Diligencia informativa 120/2010 archivada en la Fiscalía Superior en 28/07/2010 y presentada la querrela 2/2012 por el interesado, directamente al TSJC, en 23/12/2011. Caso 2: Diligencia informativa 72/2012 archivada en la Fiscalía Superior en 09/01/2013 y presentada la querrela 60/2013 por el interesado, directamente al TSJC, en 17/06/2013. Caso 3: Diligencia informativa 56/2013 archivada en la Fiscalía Superior en 15/04/2013 y presentada la querrela 109/2013 por el interesado directamente al TSJC en 03/12/2013. Caso 4: Diligencia informativa 4/2014 archivada en la Fiscalía Superior en 14/01/2014 y presentada querrela por el interesado directamente al TSJC en 02/02/2015. (Todos los números de registros de la Fiscalía Superior de Catalunya).

últimos cinco años, según la fiscal entrevistada, hubo en Madrid solamente 1 querrela formulada contra un aforado político y 3 contra aforados jueces y la mayoría de las denuncias presentadas a la Fiscalía Superior no tenían contenido penal.

Esa limitada actuación de la Fiscalía en la iniciativa de la acusación se verifica también en los casos judicializados en el Tribunal Superior de Justicia. En el TSJC, la criminalización de aforados es marcada por la iniciativa de la acusación popular, que ocurrió en la casi totalidad (98,1%) de los casos. El Ministerio Fiscal ejerció la iniciativa de acusación en solamente 10 casos, conforme la tabla 37.

**Tabla 37** - Número de procesos en el TSJC por la iniciativa de acusación

Iniciativa da acusación	Recuento	Porcentaje (%)
Popular	514	98,1
Fiscalía	10	1,9
Total	524	100,00

Aquí se hacen los mismos análisis que se hizo para la fase de investigación empezada en la Fiscalía. Examinando los 524 casos contra aforados iniciados directamente en el TSJC (tabla 15), se analizó quienes fueron los denunciadores, quienes fueron los denunciados, por qué tipo de delito y como se desarrolló el recorrido en esa fase de criminalización.

En el TSJC, como visto en la tabla 37, 10 casos fueron abiertos por iniciativa de la Fiscalía y 514 por la iniciativa de populares. Entre esos 514 que no fueron iniciados por la Fiscalía, sólo 16,7% se dirigieron a aforados políticos.

Entre los casos iniciados por acusación particular, hay una fuerte representación de denuncias y querellas presentadas contra jueces por internos de los centros penitenciarios de Catalunya (54 casos), además de la presencia de mismos denunciadores responsables por cuatro o más casos: J.A.G.G. (18 casos), A.R.C (12 casos), Familia M.V. (10 casos), G.V (10 casos), S.F.M. (9 casos), Colectivo Manos Limpias (8 casos), J.M.C (5 casos), V.Z. (5 casos), E.A.S. (5 casos), empresa Y (5 casos), S.J. (4 casos) y J.B.M (4 casos). Esos intentos de criminalización por los mismos denunciadores normalmente fueron dirigidos a aforados del Poder Judicial (con excepción de las

denuncias/querellas presentadas por el Colectivo Manos Limpias, dirigidas a los aforados políticos, y por J.A.G.G, que denunció tanto a aforados políticos como jueces). Analizando los casos, se ve, incluso en los fallos producidos, que el TSJC ya suele identificar, entre ellos, algunos que son verdaderos «querulantes», o sea, que sufren una «compulsión a litigar»:

[...] La presente querella criminal es la séptima que, contra diferentes jueces y fiscales titulares y sustitutos de la provincia de Tarragona, presenta algún miembro de la familia Laura Gregoria desde que en el año 2009 la Generalitat de Catalunya interviniese en el grave conflicto matrimonial existente entre Doña. Gregoria y su esposo el Sr. Roque por la guarda y custodia y visitas de la hija menor de ambos, Aurelia , que derivó en la declaración de desamparo de dicha menor en el mes de abril de 2009 y la decisión administrativa de otorgar la guarda provisional de la menor al padre. [...] (Id Cendoj: 08019310012013200053. TSJC. N° de Recurso: 158/2012. N° de Resolución: 15/2013)<sup>149</sup>

Jueces y fiscales son, en general, los aforados que más figuran en los procesos penales del TSJC. Al analizar los tipos de cargos de los procesados, se ve que el debate sobre el fin del aforamiento en España, que enfoca principalmente a la clase política, se equivoca. En la práctica, la gran mayoría de los casos de criminalización de aforados en el TSJC está dirigida al Poder Judicial.

La tabla 38 presenta la distribución del número de procedimientos por cargo del investigado:<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=6710450&links=&optimize=20130517&publicinterface=true>>. [Consulta: 8 octubre 2018].

<sup>150</sup>En ese análisis, donde hay información de más de un tipo de cargo, se quiere decir que cada cargo corresponde a un o más investigados.

**Tabla 38** - Número de procedimientos por tipo de cargo

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Juez	365	69,7
Juez / Fiscal	39	7,4
Fiscal	21	4,0
Juez de Paz	8	1,5
Consejero	37	7,1
Parlamentario	28	5,3
Presidente de la Generalitat	19	3,6
Presidente de la Generalitat / Consejero	3	0,6
Presidente de la Generalitat / Consejero / Parlamentario	2	0,4
Presidente de la Generalitat / Parlamentario	1	0,2
Presidente de la Generalitat / Parlamentario / Juez	1	0,2
<b>Total</b>	<b>524</b>	<b>100,0</b>

Considerando los cargos por su presencia en esta población de 524 procedimientos judiciales, independientemente de su categorización en conjunto con el cargo de otro coinvestigado en el mismo procedimiento, tenemos los resultados de la tabla 39.<sup>151</sup> Esos resultados enseñan cuántos casos tramitaron para cada cargo entre 2008 y 2016.

**Tabla 39** - Número de procedimientos por tipo de cargo

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Juez	405	77,3
Fiscal	60	11,5
Consejero	42	8,0
Parlamentario	32	6,1
Presidente de la Generalitat	26	5,0
Juez de Paz	8	1,5

<sup>151</sup>En esta tabla, los porcentajes están calculados con base en el número total de 524 procedimientos, así que el sumatorio de los porcentajes no resulta en 100%.

Así, el Poder Judicial (jueces, fiscales y jueces de paz) tuvo 473 incidencias de sus integrantes bajo proceso de criminalización, mientras los cargos políticos estuvieron presentes en 100 incidencias.

En la tabla 40, se compara el número de aforados jueces y de aforados políticos en las investigaciones instauradas en la Fiscalía Superior de Catalunya y en los procedimientos iniciados en el TSJC. Mientras el número de investigaciones de aforados jueces es bastante semejante<sup>152</sup>, estadísticamente, a la de aforados políticos, en los procedimientos judiciales abiertos en el TSJC, 82,8% de ellos se refieren a aforados jueces. Hay, aquí, clara asociación entre las variables.<sup>153</sup>

**Tabla 40** - Número de investigaciones en la Fiscalía y de procedimientos judiciales por tipo de cargo

Cargo	Investigaciones	Procedimientos	Total
Aforados jueces	31 (47,0%)	433 (82,8%)	464 (78,8%)
Aforados políticos	37 (54,4%)	90 (17,2%)	127 (21,5%)
Total	68 (100,0%)	523 (100,0%)	591 (100,0%)

Estos resultados son compatibles con los datos presentados, por ejemplo, en la Memoria de la Fiscalía Superior de Madrid para el ejercicio de 2016:

**Tabla 41** - Procedimientos penales de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Cargos procesados por año	2016	2015	2014	2013	2012
Magistrados, jueces y fiscales	89	82	88	57	94
Otros Aforados	6	9	7	17	6

Fuente: Fiscalía de la Comunidad de Madrid. Memoria 2017 (Ejercicio 2016).<sup>154</sup>

<sup>152</sup>P-valor = 0,7119 para el test de proporción.

<sup>153</sup>P-valor < 0,00001 para el test exacto de Fisher.

<sup>154</sup>Disponible en: <[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Memoria\\_FS\\_Madrid\\_2017.pdf?idFile=7dfe8db6-60da-45c5-9a8f-1df32111bb4f](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Memoria_FS_Madrid_2017.pdf?idFile=7dfe8db6-60da-45c5-9a8f-1df32111bb4f)>. [Consulta: 26 septiembre 2018].

Las Memorias de otras Fiscalías Superiores para el ejercicio de 2016 revelan el mismo panorama. En Andalucía, la intervención de la Fiscalía del TSJA en 53 procedimientos penales, «como en años anteriores, normalmente tiene lugar en causas incoadas tras la formulación de querellas contra Jueces y Magistrados por razón de aforamiento que en ninguno de los casos planteados han determinado la incoación de Diligencias Previas.»<sup>155</sup> En la Comunitat Valenciana, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia había incoado, el año 2016, 49 procedimientos penales contra jueces, magistrados y fiscales y 6 contra diputados autonómicos.<sup>156</sup> En Galicia, en el mismo año, se incoaron 29 causas penales contra personas aforadas: 25 contra aforados de las carreras judicial y fiscal y 4 contra aforados del Gobierno y Parlamento autónomo.<sup>157</sup>

Esos datos confirman la fiabilidad del estudio de Catalunya, como una muestra para el análisis de la criminalización de aforados en España.

En el TSJC, la gran mayoría de los procesos empiezan por denuncias. Como se ha explicado en el capítulo 3, la criminalización de aforados en España se inicia por un procedimiento judicializado preliminar que se inaugura con una de dos piezas procesales: denuncia o querella. La denuncia es una pieza procesal que no requiere ningún requisito especial que no sea la transmisión de la *noticia criminis*. No tiene ni que determinar e identificar al investigado, ni hace falta contratar a un abogado para presentarla. Es, así, un instrumento al alcance de todos para acceder a la justicia. La querella, por su parte, no tiene el carácter de ofrecer la noticia de un delito, sino que el querellante realiza verdadero acto de acusación y, al contrario de la denuncia, debe ser formalizada por escrito, siempre por medio de procurador con poderes y suscrita por letrado y ante el órgano jurisdiccional competente, además de relacionar todas las circunstancias del hecho. Y aquí sí, se resalte: hay que prestar una fianza para responder

---

<sup>155</sup>Disponible en: <[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Memoria\\_FS\\_andalucia\\_2017.pdf?idFile=ef9fa8ee-e6cf-4db9-93c9-46c31434fa70](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Memoria_FS_andalucia_2017.pdf?idFile=ef9fa8ee-e6cf-4db9-93c9-46c31434fa70)>. [Consulta: 11 diciembre 2018].

<sup>156</sup> Disponible en: <[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Memoria\\_FS\\_Valenciana\\_2017.pdf?idFile=54f68efa-7245-4f96-b1e5-1ef58d99b07d](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Memoria_FS_Valenciana_2017.pdf?idFile=54f68efa-7245-4f96-b1e5-1ef58d99b07d)>. [Consulta: 11 diciembre 2018].

<sup>157</sup>Disponible en: <[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Memoria\\_FS\\_Galicia\\_2017.pdf?idFile=f8044689-51ee-4dc3-be70-21007072178f](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Memoria_FS_Galicia_2017.pdf?idFile=f8044689-51ee-4dc3-be70-21007072178f)>. [Consulta: 11 diciembre 2018].



de las resultas del juicio conforme al art. 280 LECrim (que se suele fijar, en Catalunya, para casos de aforados, entre 3 y 6 mil euros<sup>158</sup>).

De los 524 procedimientos judiciales del período investigado (2008 a 2016), 69,1% fueron iniciados con denuncias y 30,9% por querellas.

**Tabla 42** - Número de procedimientos por modo de iniciarse el proceso penal

Tipo de escrito	Recuento	Porcentaje (%)
Denuncia aforado	362	69,1
Querella contra aforado	162	30,9
Total	524	100,0

La tabla 43 relaciona el cargo del investigado con el tipo de procedimiento:

---

<sup>158</sup>Ver, a propósito, la resolución del Recurso de Apelación n. 2/2015 en que el partido político VOX cuestiona la fianza impuesta en querella contra el Presidente de la Generalitat: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&referencie=7496990&links=querella%20y%20aforado%20y%20fianza&optimize=20151020&publicinterface=true>>. [Consulta: 23 octubre 2018].

**Tabla 43** - Número de procedimientos por cargo y modo de iniciarse el proceso penal

<b>Cargo</b>	<b>Denuncia</b>	<b>Querella</b>	<b>Total</b>
Juez	261 (72,1%)	104 (64,2%)	365 (69,7%)
Juez / Fiscal	26 (7,2%)	13 (8,0%)	39 (7,4%)
Juez de Paz	5 (1,4%)	3 (1,9%)	8 (1,5%)
Fiscal	15 (4,1%)	6 (3,7%)	21 (4,0%)
Consejero	29 (8,0%)	8 (4,9%)	37 (7,1%)
Parlamentario	12 (3,3%)	16 (9,9%)	28 (5,3%)
Presidente de la Generalitat	10 (2,8%)	9 (5,6%)	19 (3,6%)
Presidente de la Generalitat / Consejero	1 (0,3%)	2 (1,2%)	3 (0,6%)
Presidente de la Generalitat / Consejero / Parlamentario	2 (0,6%)	-	2 (0,4%)
Presidente de la Generalitat / Parlamentario	-	1 (0,6%)	1 (0,2%)
Presidente de la Generalitat / Parlamentario / Juez	1 (0,3%)	-	1 (0,2%)
<b>Total</b>	<b>362</b> (100,0%)	<b>162</b> (100,0%)	<b>524</b> (100,0%)

Agrupando, una vez más, los aforados en las dos categorías antes mencionadas y comparando la autoridad que se pretendía criminalizar con el modo elegido para iniciar el proceso penal, se tienen los resultados de la tabla 44:

**Tabla 44** - Número de procedimientos por cargo y modo de iniciarse el proceso penal

<b>Cargo</b>	<b>Denuncia</b>	<b>Querella</b>	<b>Total</b>
Aforados jueces	307 (70,9%)	126 (29,1%)	433 (100,0%)
Aforados políticos	54 (60%)	36 (40,0%)	89 (100,0%)
<b>Total</b>	<b>361</b> (69,0%)	<b>162</b> (31,0%)	<b>523</b> (100,0%)

En estos análisis fue excluido el caso en que los investigados eran «presidente de la Generalitat, parlamentario y juez». De los 523 procedimientos

considerados, 433 de ellos se referían a aforados jueces y 90 a aforados políticos, lo que corresponde, respectivamente, a 82,8% y 17,2% de los casos.

En estos resultados, se observa moderada<sup>159</sup> asociación (tabla 44) entre cargo y modo de inicio del proceso penal, con tendencia de mayor proporción de denuncias para jueces, mientras se ve el uso más o menos equiparado de denuncias y querellas para iniciar el proceso contra aforados políticos.

Se ve, con eso, la principal característica de la criminalización de aforados en España: la criminalización está dirigida a integrantes del Poder Judicial y la manera habitual de iniciar esa criminalización es por denuncias de populares. Esa característica, como se verá luego, está directamente relacionada a los escasos episodios de condenación y al aparente fracaso del proceso de criminalización de aforados.

Antes de profundizar en esas conclusiones, aun siguiendo en los análisis de contra quién se dirige el proceso de criminalización en el TSJC, verificamos si había en ello algún trazo de selectividad de género. En relación al sexo del aforado, no se percibió diferencia significativa en el número de procedimientos (tabla 45)<sup>160</sup>. Para los procedimientos con más de un aforado, se consideró el caso como de aforado de sexo femenino cuando al menos uno de los aforados era de este sexo.

**Tabla 45** - Número de procedimientos por sexo del aforado

Sexo	Recuento	Porcentaje (%)
Masculino	245	46,8
Femenino	232	44,3
No informado	47	9,0
Total	524	100,0

---

<sup>159</sup>P-valor = 0,04562 para el test exacto de Fisher.

<sup>160</sup>P-valor = 0,6812 para el test de proporciones

**Tabla 46** - Número de procedimientos por sexo del aforado – sólo los informados

Sexo	Recuento	Porcentaje (%)
Masculino	245	51,4
Femenino	232	48,6
Total	477	100,0

La tabla 47 relaciona el cargo con el hecho de haber aforado del sexo femenino.

**Tabla 47** - Número de procedimientos por cargo y sexo del aforado

Cargo	Masculino	Femenino	Total
Juez	155 (63,3%)	181 (78,0%)	336 (70,4%)
Juez / Fiscal	4 (1,6%)	24 (10,3%)	28 (5,9%)
Juez de Paz	6 (2,4%)	2 (0,9%)	8 (1,7%)
Fiscal	12 (4,9%)	7 (3,0%)	19 (4,0%)
Consejero	30 (12,2%)	5 (2,2%)	35 (7,3%)
Parlamentario	18 (7,3%)	8 (3,4%)	26 (5,5%)
Presidente de la Generalitat	18 (7,3%)	-	18 (3,8%)
Presidente de la Generalitat / Consejero	1 (0,4%)	2 (0,9%)	3 (0,6%)
Presidente de la Generalitat / Consejero / Parlamentario	-	2 (0,9%)	2 (0,4%)
Presidente de la Generalitat / Parlamentario	-	1 (0,4%)	1 (0,2%)
Presidente de la Generalitat / Parlamentario / Juez	1 (0,4%)	-	1 (0,2%)
Total	245 (100,0%)	232 (100,0%)	477 (100,0%)

Haciendo el cruce entre categorías de aforados y sexo (tabla 48), observamos fuerte asociación<sup>161</sup> entre esas dos variables. Mientras entre los aforados jueces, 54,7% de los procedimientos tienen al menos un aforado de sexo femenino, entre los políticos este porcentaje es de solamente 20,9%.

**Tabla 48** - Número de procedimientos por cargo y sexo del aforado

Cargo	Masculino	Femenino	Total
Aforados jueces	177 (45,3%)	214 (54,7%)	391 (100,0%)
Aforados políticos	68 (79,1%)	18 (20,9%)	86 (100,0%)
Total	245 (51,4%)	232 (48,6%)	477 (100,0%)

La asociación identificada a respecto de los niveles de representación femenina entre los aforados bajo criminalización, vistos arriba, no representa una selectividad de género en la actuación del sistema de justicia, sino coincide, en realidad, con los números sobre la presencia de mujeres en los cargos judiciales y políticos en Catalunya. Como se vio en el capítulo 3 (3.5.1), los índices de representación femenina en el parlamento de Catalunya vienen creciendo desde el principio de los años 2000, pero son muy bajos para los cargos de Consejería y totalmente ausente para el de presidente de la Generalitat, explicando la baja presencia de mujeres entre los «aforados políticos» criminalizados en el TSJC. Ya para el Poder Judicial, como se ha explicado en el ítem 3.5.2 supra, la presencia de juezas está por encima de la media nacional: 56% en el total para jueces y 72% para fiscales.

La distribución de la cantidad de aforados procesados por procedimiento se ve en la tabla 49. Normalmente, se procesa apenas un aforado por vez en cada caso, lo que ocurrió en 79,8% de los procedimientos.

---

<sup>161</sup>P-valor < 0,00001 para la prueba de chi-cuadrado.

**Tabla 49 - Número de procedimientos por cantidad de aforados**

Cantidad de aforados	Recuento	Porcentaje (%)
1	418	79,8
2	40	7,6
3	7	1,3
4	13	2,5
5	10	1,9
8	2	0,4
9	1	0,2
12	1	0,2
14	1	0,2
16	1	0,2
Más de 1 (no especificado)	30	5,7
Total	524	100,0

En la tabla 50, se hizo el recuento del número de procedimientos en que verificada la ocurrencia de cada uno de los tipos de crimen de interés de la presente investigación. Como para cada procedimiento puede haber uno o más aforados y, para cada uno, la incidencia de uno o más crímenes, los porcentajes fueron calculados siempre en relación al total de procedimientos. Así, podemos decir, por ejemplo, que en 90 procedimientos (15% del total) hubo la incidencia de crimen contra la administración pública para al menos uno de los investigados (cuando hubo más de uno) con o sin concurso de otros crímenes.

**Tabla 50** - Número de procedimientos por tipo de crimen

<b>Tipo de crimen</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Contra la administración de la justicia	306	51,0
Contra la administración pública	90	15,0
Falsedades	41	6,8
Contra el orden público	39	6,5
Contra la libertad	37	6,1
Contra la vida e integridad física	28	4,7
Contra el honor	15	2,5
Otros crímenes	14	2,3
Contra el patrimonio	13	2,2
Abuso de poder	6	1,0
Corrupción	4	0,7
Contra la hacienda pública	3	0,5
Contra el mercado y el orden socioeconómico	3	0,5
Crímenes sexuales	1	0,2
Crímenes ambientales	-	0,0
Seguridad colectiva	-	0,0

Los procesos abiertos en el TSJC suelen tener como objeto los crímenes contra la administración de la justicia en su gran mayoría, seguidos por los crímenes contra la administración pública. Esos son delitos relacionados, claramente, con la función pública.

La tabla 51 detalla, para cada tipo de crimen, el número de procedimientos por tipo de aforado. Los porcentajes fueron calculados en relación al total de casos de cada tipo de crimen, de manera que la suma de los porcentajes de cada línea totaliza siempre 100,0%. El caso en que los aforados eran «presidente de la Generalitat, parlamentario y juez» no fue considerado, así que el total de procedimientos por tipo de crimen de la tabla 51 puede no coincidir con lo de la tabla 50.

**Tabla 51** - Número de procedimientos por tipo de crimen y categoría de aforados

<b>Tipo de crimen</b>	<b>Jueces</b>	<b>Políticos</b>
Contra la administración de la justicia	302 (98,7%)	4 (1,3%)
Contra la administración pública	51 (57,3%)	38 (42,7%)
Falsedades	35 (85,4%)	6 (14,6%)
Contra el orden público	19 (48,7%)	20 (51,3%)
Contra la libertad	31 (83,8%)	6 (16,2%)
Contra la vida e integridad física	3 (10,7%)	25 (89,3%)
Contra el honor	13 (86,7%)	2 (13,3%)
Otros crímenes	7 (50,0%)	7 (50,0%)
Contra el patrimonio	8 (66,7%)	4 (33,3%)
Abuso de poder	5 (83,3%)	1 (16,7%)
Corrupción	4	-
Contra la hacienda pública	-	3
Contra el mercado y el orden socioeconómico	-	2
Crímenes sexuales	-	1
Crímenes ambientales	-	-
Seguridad colectiva	-	-

Los hallazgos de la tabla 50 eran lógicamente esperados. La presencia masiva de los crímenes contra la administración de la justicia entre los procedimientos judiciales del TSJC resulta, de una parte, del hecho de que los aforados jueces, sujetos activos de esos delitos, son la mayoría de los criminalizados en el TSJC (tabla 40) y, de otra, de que no son ellos aforados en esa instancia para los delitos no relacionados a la función. Sin embargo, los datos que impresionan y que dialogan con los intentos actuales de cambio de las reglas de aforamiento en España, son los de la casi absoluta ausencia de casos de crímenes comunes atribuidos a los aforados políticos.

De todos los casos examinados para el presente trabajo, sólo fueron identificados 2 casos de delitos de aforados políticos no relacionados a la función pública:



uno de estafa, supuestamente ocurrido en la intermediación de contratación de profesionales de fútbol y otro de lesiones por imprudencia en un accidente de tráfico.

Así, la casi totalidad de los delitos constantes de la tabla 51, aunque puedan parecer, en primera vista, delitos comunes, fueron todos relacionados a la función pública. Por ejemplo, a la excepción de las lesiones resultantes de accidente de tráfico, antes mencionadas, todos los delitos contra la vida e integridad física, presentes en 25 procedimientos, fueron atribuidos a los aforados en el ejercicio de su cargo: 1 caso a la consejera de justicia atribuido por un interno del sistema penitenciario, 1 caso al presidente de la Generalitat y al consejero de salud, por una política pública implementada en hospitales y 22 casos al consejero de interior y que estaban relacionados al incidente entre los Mossos d'Esquadra y manifestantes en la Plaza Catalunya, en mayo de 2011.

De la misma manera, de los 4 procedimientos en que se apuraba delitos contra el patrimonio, sólo 1, de estafa ya mencionado, no fuera practicado en el ejercicio de la función. Los 3 otros casos se les atribuyan a consejeros de la Generalitat conductas relacionadas al cargo. De notarse que hasta el «crimen sexual» que figura en la tabla 51, atribuido a aforado político, no se refiere a un delito común: se le acusaba al consejero de salud de mantener una página *web* dedicada a educación sexual de personas entre 14 y 24 años que promovería a los menores conductas como «búsqueda de placer sexual, masturbación, homosexualidad, etc.» con videos de contenido «pornográfico», hechos que configurarían, según el querellante, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (CP 186) e inducción a la prostitución y corrupción de menores (CP 187).

Considerando los crímenes con frecuencia igual o superior a 5%, mencionados en la tabla 50, se tiene la siguiente distribución por cargos, como detallado en las tablas 52 a 56.

**Tabla 52** - Número de procedimientos sobre crímenes contra la administración pública por cargo

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Juez	41	45,6
Juez / Fiscal	4	4,4
Juez de Paz	1	1,1
Fiscal	5	5,6
Consejero	8	8,9
Parlamentario	15	16,7
Presidente de la Generalitat	11	12,2
Presidente de la Generalitat / Consejero	3	3,3
Presidente de la Generalitat / Consejero / Parlamentario	1	1,1
Presidente de la Generalitat / Parlamentario / Juez	1	1,1
<b>Total</b>	<b>90</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 53** - Número de procedimientos sobre crímenes contra la administración de la justicia por cargo

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Juez	257	84,0
Juez / Fiscal	30	9,8
Juez de Paz	4	1,3
Fiscal	11	3,6
Consejero	2	0,7
Parlamentario	2	0,7
<b>Total</b>	<b>306</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 54** - Número de procedimientos sobre crímenes de falsedad por cargo

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Juez	25	61,0
Juez / Fiscal	9	22,0
Fiscal	1	2,4
Consejero	4	9,8
Parlamentario	1	2,4
Presidente de la Generalitat	1	2,4
<b>Total</b>	<b>41</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 55** - Número de procedimientos sobre crímenes contra la libertad por cargo

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Juez	23	62,2
Juez / Fiscal	5	13,5
Juez de Paz	3	8,1
Consejero	3	8,1
Parlamentario	2	5,4
Presidente de la Generalitat	1	2,7
<b>Total</b>	<b>37</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 56** - Número de procedimientos sobre crímenes contra el orden público por cargo

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Juez	17	43,6
Juez / Fiscal	1	2,6
Juez de Paz	1	2,6
Presidente de la Generalitat	8	20,5
Parlamentario	6	15,4
Consejero	4	10,3
Presidente de la Generalitat / Consejero / Parlamentario	1	2,6
Presidente de la Generalitat / Parlamentario	1	2,6
<b>Total</b>	<b>39</b>	<b>100,0</b>

La tabla 57 presenta la cantidad de procedimientos por número de tipos de crimen en concurso. Así, 358 procedimientos presentaron solamente 1 (uno) tipo de crimen, 66 procedimientos presentaron 2 (dos) tipos de crimen en concurso, etc.

**Tabla 57** - Número de procedimientos por cantidad de tipos de crimen en concurso

Tipos de crimen en concurso	Recuento	Porcentaje (%)
1	358	68,3
2	66	12,6
3	24	4,6
4	7	1,3
5	2	0,4
No informado	67	12,8
<b>Total</b>	<b>524</b>	<b>100,0</b>

La tabla 58 presenta los mismos datos de la tabla 57 sin considerar los «no informados.»

**Tabla 58** - Número de procedimientos por cantidad de tipos de crimen con concurso - solo los informados

Tipos de crimen en concurso	Recuento	Porcentaje (%)
1	358	78,3
2	66	14,5
3	24	5,3
4	7	1,5
5	2	0,4
<b>Total</b>	<b>457</b>	<b>100,0</b>

La tabla 59 presenta, para cada tipo de crimen, el número de procedimientos en que este crimen aparece asociado a otros crímenes. Por ejemplo, de los procedimientos que presentan crímenes contra la administración de la justicia, 245 de ellos no tienen concurso de otros tipos de crímenes, 36 de ellos tienen concurso de un tipo más de crimen (la tabla no especifica cual), 17 de los cuales tienen concurso de otros dos tipos de crimen y así por delante.

**Tabla 59** - Tipos de crimen sin y con concurso de otros tipos de crimen

<b>Tipo de crimen</b>	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>4</b>	<b>5</b>	<b>Total</b>
Contra la administración de la justicia	245	36	17	7	1	306
Contra la administración pública	45	29	10	4	2	90
Falsedades	4	16	14	5	2	41
Contra el orden público	14	18	3	3	1	39
Contra la libertad	5	10	16	5	1	37
Contra la vida y la integridad física	21	4	2	1	-	28
Contra el honor	9	3	2	1	-	15
Otros crímenes	6	6	1	-	1	14
Contra el patrimonio	4	4	1	2	2	13
Abuso de poder	2	3	1	-	-	6
Corrupción	2	2	-	-	-	4
Contra la hacienda pública	1	-	2	-	-	3
Contra el mercado y el orden socioeconómico	-	-	3	-	-	3
Crímenes sexuales	-	1	-	-	-	1
Seguridad colectiva	-	-	-	-	-	-
Crímenes ambientales	-	-	-	-	-	-
<b>Total</b>	<b>358</b>	<b>132</b>	<b>72</b>	<b>28</b>	<b>10</b>	<b>600</b>

Para el cálculo de la duración de la tramitación del procedimiento, se computó el número de días transcurridos entre el inicio del proceso en el TSJC y la decisión final, utilizándose la función DÍAS360 de Excel. Fue excluido del recuento un caso que estaba todavía en tramitación.

La tabla 60 presenta la distribución del número de procedimientos por tiempo, donde se ve que más de la mitad (55,8%) de los procedimientos tienen duración de tramitación de hasta un mes (30 días). Más de 90% de los procedimientos (91,6%) se solucionan en hasta medio año (180 días). Solamente 4,2% de los procedimientos tienen duración superior a un año.

**Tabla 60** - Número de procedimientos por tiempo entre inicio en el TSJC y decisión final

Tiempo (días)	Recuento	Porcentaje (%)	Porcentaje acumulado (%)
Hasta 30	292	55,8	55,8
31 a 60	98	18,7	74,6
61 a 90	48	9,2	83,7
91 a 120	23	4,4	88,1
121 a 150	9	1,7	89,9
151 a 180	9	1,7	91,6
181 a 210	4	0,8	92,4
211 a 240	8	1,5	93,9
241 a 270	3	0,6	94,5
271 a 300	3	0,6	95,0
301 a 330	2	0,4	95,4
331 a 360	2	0,4	95,8
361 o más	22	4,2	100,0
Total	523	100,0	-

El tratamiento estadístico de los tiempos de duración de los procedimientos se encuentra en la tabla 61.

**Tabla 61** - Tiempo entre inicio en el TSJC y decisión final

Estadística	Valor
Recuento	523
Media	70,6
Desviación estándar	142,7
Coefficiente de variación	202,1%
Mínimo	0
1er Cuartil	13
Mediana	25
3er Cuartil	61
Máximo	1363

Con esos datos, se pasa ahora a indagar sobre el resultado del proceso de criminalización. La tabla 62 presenta la distribución del número de procedimientos por fase actual (considerando la fecha de referencia 31/03/2018).

**Tabla 62** - Número de procedimientos por fase actual

<b>Fase actual (31/03/2018)</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Archivada	505	96,4
Sobreseimiento provisional	7	1,3
Remesa al Juzgado competente	5	0,9
Sobreseimiento libre	2	0,4
Acumulada Querella	1	0,2
Ejecución	1	0,2
En trámite	1	0,2
Recurso TS	1	0,2
Remesa al TS	1	0,2
<b>Total</b>	<b>524</b>	<b>100,00</b>

El número de procedimientos por tipo de resultado está en la tabla 63. En 95,4% de los casos, el resultado fue «inadmitida». De los 523 procesos estudiados que se encontraban finalizados, sólo 10 casos llegaron al final del proceso de criminalización, y sólo 5 con condenación de la autoridad aforada. Eso representa 1% de los casos.

**Tabla 63** - Número de procedimientos por resultado

<b>Resultado</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Inadmitida	500	95,4
Absolución	5	1,0
Archivados por otros motivos	5	1,0
Condenación	5	1,0
Incompetencia - pérdida sobrevenida del fuero especial por razón del cargo	4	0,8
Sobreseimiento provisional - ausencia de elementos fácticos suficientes para la acusación	3	0,6
Admitida	1	0,2
En tramitación	1	0,2
<b>Total</b>	<b>524</b>	<b>100,00</b>

Los procedimientos con resultado «inadmitida» están detallados en la tabla 64.

**Tabla 64** - Número de procedimientos por resultado - inadmitida

Resultado	Recuento	Porcentaje (%)
No atendidos los requisitos establecidos por la ley que exigen la presentación de querella	297	59,4
Hechos no constituyen delito	157	31,4
Ausencia de indicios contra la persona aforada	32	6,4
Ausencia de presupuestos y requisitos para validez formal	12	2,4
Fuero no competente	2	0,4
<b>Total</b>	<b>500</b>	<b>100,0</b>

La gran mayoría de los procedimientos no fueron admitidos porque «no atendidos los requisitos establecidos por la ley que exigen la presentación de querella». Eso se refiere a un defecto de forma común: los casos de los aforados jueces, magistrados y fiscales sólo pueden iniciarse mediante querella, siendo inadmisibles las denuncias (arts. 496 y 410 LOPJ). Así, entre los 500 casos estudiados que fueron inadmitidos, 297 tenían como objeto la criminalización de un integrante del Poder Judicial y el medio elegido para esa criminalización fue equivocado: el denunciante interpuso denuncia, en vez de querella.

Otro aspecto digno de nota es que, de las 362 denuncias analizadas (tabla 42), sólo 89 fueran presentadas directamente en el TSJC; 6 fueron presentadas en distintos órganos de la Administración y remitidas por ellos al TSJC y su inmensa mayoría, 267 denuncias, fueron presentadas ante otros órganos del Poder Judicial, 255 de ellas a Juzgados de Instrucción o de Guardia.

**Tabla 65** - Número de denuncias por tipo de instancia de presentación de la denuncia

Lugar de presentación de la denuncia	Recuento	Porcentaje (%)
Órganos del Poder Judicial	267	73,7
Directamente al TSJC	89	24,6
Órganos de la Administración Pública	6	1,7
<b>Total</b>	<b>362</b>	<b>100,0</b>

En esas 255 denuncias, presentadas en Juzgados de Instrucción o de Guardia, se supone que los distintos juzgados de instrucción deberían, si consideran que



la Sala de lo Civil y Penal es la competente para conocimiento de la causa, remitir una exposición razonada, después de realizadas las necesarias indagaciones sobre si de las actuaciones podría derivarse la comisión de un delito por un aforado (Auto de 3 de noviembre de 2003 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo). Eso demuestra que los juzgados de instrucción suelen inhibir las causas al TSJC sin razonar y exponer los motivos de la remisión y sin verificar las cuestiones de orden formal que envuelven, por ejemplo, la actuación contra jueces y fiscales: en el presente estudio, 227 denuncias fueron ofrecidas contra jueces y fiscales en Juzgados de Instrucción e inhibidas al TSJC cuando la jurisprudencia es más que pacífica en el sentido que éstas serán inadmitidas por no atender a los presupuestos legales que exigen la presentación de querella.

Esa actuación de los jueces de instrucción, que impacta de manera relevante el proceso de criminalización de aforados en el TSJC, fue debatida en el Seminario «Aforados: responsabilidad penal. Especial referencia al papel de los juzgados de instrucción y a la acción popular», realizado en los días 04 a 06 de abril de 2018, por el Consejo General del Poder Judicial.<sup>162</sup> Allí se discutió la especial dificultad de los Jueces de Instrucción en saber en qué medida deben actuar en las causas contra aforados interpuestas en un Juzgado de Instrucción y si deben inadmitir a trámite la denuncia o querella y archivar la causa.

Volviendo a los resultados de la tabla 64, se tiene que, en 12 casos más, la razón de inadmisión fue también de orden formal. Presentada querella, faltó al abogado poderes especiales para interponerla y notificado sobre subsanar el defecto detectado, no lo hizo.

La segunda causa más frecuente de inadmisión fue que los hechos no constituían delito. A pesar de ese argumento también ser aplicado a los aforados políticos (en 47 casos), las 110 acusaciones contra aforados jueces, que cumplieron el requisito formal de ser presentadas por medio de querella, fueron así inadmitidas.

Muchas de las querellas presentadas planteaban meras discrepancias de una de las partes de un proceso judicial con las resoluciones adoptadas por el juzgador.

---

<sup>162</sup>Agradezco a la fiscal de la Fiscalía Superior de Madrid, Sra. Almudena Lastra de Inés, que estuvo presente al referido Seminario y me facilitó sus conclusiones.

El inconformismo con la decisión judicial motivó el inicio del proceso de criminalización contra jueces y fiscales en la casi totalidad de los casos estudiados, con la iniciativa de la denuncia de una parte de un proceso judicial en que el aforado actuara. Los temas originales de las disputas judiciales decididas por el aforado denunciado fueron varios. Por ejemplo, 33 de los 433 procesos contra aforados jueces se relacionaban con la actuación del juez o fiscal en procesos de naturaleza civil relativos a divorcio y, principalmente, a la guarda de menores y derecho de visita. Otros se referían a la actuación en procesos de desahucio y derecho de propiedad, a la actuación en procesos de incapacitación y a la inconformidad con la actuación en proceso criminal en que el denunciante era reo.

Interesante es que en solamente 4 casos contra aforados jueces se mencionó la palabra corrupción y sin cualquier descripción concreta de hechos que pudieran configurar actos corruptos. En 4 casos se mencionó el crimen de cohecho, pero entre ellos sólo 1, en 500 casos, narró el cobro de dinero para realización de acto de oficio.

Los datos de la tabla 64 indican, además, que 32 casos fueron inadmitidos por ausencia de indicios contra la persona aforada. Es decir, el crimen podría estar configurado, pero no había como imputárselo a la autoridad denunciada. En esos casos, sólo 2 se referían a aforados jueces. De los 30 casos contra aforados políticos, en 21 se inhibieron al Juzgado de Instrucción para seguir con la investigación, demostrando que la selectividad en la criminalización de autoridades está bastante relacionada, como en general en todos los crímenes de los poderosos, a las dificultades en probarse la responsabilidad de la autoridad en el hecho delictivo.

Entre los 524 procedimientos judiciales, 39 tuvieron como tema, de manera directa o indirecta, conflictos políticos en Catalunya: 21 casos se referían a la retirada de manifestantes del movimiento 15-M<sup>163</sup> de la Plaza Catalunya, en Barcelona, el 27/05/2011, por los Mossos d'Esquadra; 18 se referían al proceso de independencia de

---

<sup>163</sup>El movimiento 15-M fue organizado al margen de partidos políticos o sindicatos y tuvo inicio con la convocatoria de una marcha de «indignados» el domingo 15 de mayo de 2011 en Madrid, contra el sistema político y económico español. Disponible en: <<https://reportajes.lavanguardia.com/15m-5-aniversario/>>. [Consulta: 28 septiembre 2018]

Catalunya. Esos casos no tuvieron como investigados a aforados jueces, siendo dirigidos solamente a aforados políticos.

De los 10 casos que llegaron a la fase final del proceso de criminalización, 5 acabaron en absolución y 5 en condenación. Es importante mencionar que sólo 3, de los 10, fueron presentados por la Fiscalía. Recuérdese que la Fiscalía sólo tuvo la iniciativa en la presentación en 10 de todos los casos estudiados (tabla 37). Eso muestra que la iniciativa de la Fiscalía tampoco es una garantía mayor de éxito en el proceso de criminalización, ya que 7 de los 10 casos no llegaron a una condenación en el TSJC. Entre esos 7 procesos, en 1 caso la querrela fue admitida e inhibida al Tribunal Supremo, pero en las demás hubo casos de absolución, de sobreseimiento provisional y libre, de inadmisión porque los hechos no constituyan delito y de pérdida sobrevenida del fuero especial por razón del cargo.

Analizando los casos que llegaron a la fase final del proceso de criminalización, los 5 que acabaron en absolución se referían a cuatro aforados jueces (tres de ellos mujeres y un hombre juez de paz) y una aforada política. Interesante observar, en los casos absolutorios, que la presencia femenina es de 80% de los casos.

El caso del juez de paz, se le imputaba conducta calificada como delito de retardo malicioso en la Administración de Justicia, tipificado en art. 449 del Código Penal, por haber retardado en más de dos años la realización de un acto de conciliación. La acusación sustentaba que él tenía interés en la demanda por ser titular de una vivienda en la comunidad demandada, pero el TSJC consideró que el retardo no se produjo por la voluntad maliciosa del acusado sino por «la desorganización de la secretaría del Juzgado de Paz» (Id Cendoj: 08019310012011100025. Procedimiento Abreviado n. 2/2010. Querrela n. 40/2009. Diligencias Previas n. 1/2009. Sentencia n. 10/2011. 28 de abril de 2011).<sup>164</sup> También por retardo malicioso, prevaricación dolosa, falsedad documental e infidelidad en la custodia de documentos se enjuició a una jueza por la actuación en una querrela presentada por una comunidad de propietarios de un edificio y por ellos fue absuelta después de 18 páginas de análisis de todos sus actos en referido proceso (Id

---

<sup>164</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=6013011&links=&optimize=20110623&publicinterface=true>>. [Consulta: 28 septiembre 2018].

Cendoj: 08019310012013100032. Procedimiento Abreviado n. 2/2011. Diligencias Previas n. 1/2010. Sentencia n. 13/2013. 18 de marzo de 2013).<sup>165</sup>

El caso siguiente de absolución de jueza fue el que le atribuía el delito de prevaricación imprudente o culposa del art. 447 del Código Penal, por haber decretado la busca y captura del denunciante de manera contraria al derecho (el denunciante estaba perfectamente identificado en la causa, tenía domicilio conocido y había comparecido cuantas veces había sido citado por el Juzgado). El TSJC reconoció que el decreto se constituía una resolución manifiestamente injusta, pero que la conducta de la jueza no podía ser calificada como constitutiva o consecuencia de una ignorancia inexcusable, ni de una imprudencia grave: había empezado a trabajar como jueza hacía sólo 70 días, no había dictado ni minutado la resolución, «sólo la firmó cuando se la pusieron en la “pila” de la firma de buscas y capturas, en la creencia de que lo que le pasaban a la firma había sido por ella minutado...» (Id Cendoj: 08019310012010100085. Procedimiento Abreviado 1/2010. Querrela 45/2009. Diligencias Previas 2/2009. Sentencia n. 33/2010. 30 de diciembre de 2010).<sup>166</sup>

El último caso de juezas absueltas en el TSJC se refiere a una querrela formulada por el Ministerio Fiscal por dieciocho delitos de prevaricación judicial, consistentes en dictar resoluciones con error, utilizándose un modelo de resolución equivocado que no se aplicaba al caso que se decidía. Entendió el TSJC que su conducta no era producto de un desconocimiento mínimo de la legalidad ni de imprudencia, sino de la inserción de un modelo del sistema informático equivocado por parte de la funcionaria que tramitaba los Juicios de Faltas en la oficina penal del Juzgado. «Los fallos son producto de disfunciones organizativas, en ambos supuestos, como producto de la sobrecarga de asuntos que impedía una revisión pormenorizada, especialmente en procedimientos simples, como los anteriormente señalados, sin implicaciones de intereses superiores como la libertad de las personas o intereses económicos trascendentes.» (Id

---

<sup>165</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database match=AN&reference=6739383&links=&optimize=20130610&publicinterface=true>>. [Consulta: 28 septiembre 2018].

<sup>166</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database match=AN&reference=6346386&links=&optimize=20120426&publicinterface=true>>. [Consulta: 28 septiembre 2018].

Cendoj: 08019310012012100054. Procedimiento Abreviado 1/2011. Querrela 53/2010. Diligencias Previas 2/2010. Sentencia n. 17/2012. 4 de junio de 2012).<sup>167</sup>

La última absolución fue de una aforada política que, por haber sido elegida diputada, adquiriendo condición de aforada, tuvo inhibido el procedimiento que tramitaba en primera instancia al TSJC. El Ministerio Fiscal formuló acusación por delitos de los números 1 y 2 del art. 320 del Código Penal, relacionados a la licencia municipal de obras para la construcción de un cuartel provisional de bomberos en el Parc Joan Miró de Barcelona, en razón de la ampliación del Hospital Clínic y Provincial de esa ciudad. La denunciada fue absuelta porque se reconoció que no tuvo participación en los hechos ya que se encontraba de vacaciones cuando fue concedida la licencia referida (Id Cendoj: 08019310012016100109. Procedimiento Abreviado 1/2015. Diligencias Previas 940/2012. P.A. 248/2015. Sentencia n. 28/2016. 24 de octubre de 2016).<sup>168</sup>

De los 524 procesos contra aforados en el TSJ, en Catalunya, sólo 5 finalizaron la etapa de criminalización secundaria con la condenación del procesado. Las 5 condenaciones se refirieron a: una jueza de un Juzgado de Instrucción, un juez de paz, dos parlamentarios y el presidente de la Generalitat.

La condenación de la jueza de instrucción, la primera del período investigado, ocurrió en una querrela presentada por la Fiscalía por el delito de prevaricación judicial, por haber ella decretado el internamiento de dos ciudadanos senegaleses detenidos por robo, sin otorgar audiencia a las defensas ni al Ministerio Fiscal y sin tener a la vista el procedimiento de su expulsión que ya había sido iniciado. Fue condenada a tres años de inhabilitación para empleo o cargo público (Id Cendoj: 08019310012012200169. TSJC. Recurso de apelación núm. 68/2012. Diligencias Previas núm.1/2012 (antes penal núm. 16/12). Auto núm. 63).<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=6489274&links=&optimize=20120910&publicinterface=true>>. [Consulta: 28 septiembre 2018].

<sup>168</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=7879088&links=&optimize=20161130&publicinterface=true>>. [Consulta: 28 septiembre 2018].

<sup>169</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=6531657&links=16%2F2012&optimize=20121109&publicinterface=true>>. [Consulta: 06 octubre 2018].

El juez de paz fue condenado por una falta de coacciones leves, prevista en el art. 620 CP y multa de 15 días, por actuar en un juicio de faltas relacionado a una finca de propiedad de la denunciante y se encontró con ella en la referida propiedad, ocasión en que empezaron a discutir. La denunciante le pedía que dejara su propiedad y le tomaba fotos de su presencia allí, mientras el juez de paz no abandonaba el recinto y pasaba a amenazarla con las consecuencias que tal discusión tendría en el juicio. (Id Cendoj: 08019310012013100051.TSJC. Nº de Recurso: 1/2013. Nº de Resolución: 16/2013).<sup>170</sup>

Uno de los parlamentarios condenados fue responsabilizado por hechos cometidos cuando era alcalde de un pueblo de Catalunya y firmara un convenio con una mercantil para el desarrollo urbanístico de una finca. La mercantil subrogó el convenio a otra empresa, propiedad de un ciudadano ruso que acordó con el alcalde aportar cantidades relevantes de patrocinio a los clubes de hockey y fútbol de la localidad a cambio de facilidades para la construcción de un proyecto urbanístico. Este acuerdo incluyó regalos y viaje del alcalde y su familia a Rusia y reducción de la cuota tributaria de impuestos debidos por la empresa al Ayuntamiento. Fue condenado por el delito de cohecho (421, CP) a la pena de dos años y seis meses de inhabilitación especial para el desempeño de cargo público de responsabilidad y gestión municipal y prevaricación (404, CP), a la pena de siete años de inhabilitación especial (Id Cendoj: 08019310012015100111. Procedimiento Abreviado núm. 1/2014. Causa Penal núm. 2/2013. Diligencias Previas núm. 1/2013. Sentencia n. 25).<sup>171</sup>

El otro parlamentario que figura entre los condenados en este estudio era miembro del Congreso de los Diputados, Secretario de Organización y número dos del mismo partido político de una alcaldesa de un municipio de Catalunya, y actuó junto a ella para pedir el nombramiento de una candidata considerada no apta en un proceso de selección para el puesto de directivo profesional en el gobierno local. Llamó a la alcaldesa, comunicándole su vivo interés por el nombramiento de la candidata, utilizando

---

<sup>170</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=6804609&links=&optimize=20130718&publicinterface=true>>. [Consulta: 06 octubre 2018].

<sup>171</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=7579086&links=cohecho&optimize=20160121&publicinterface=true>>. [Consulta: 06 octubre 2018].

la preeminencia que le daba su relevante posición en el partido político y argumentando que:

[...] como quiera que por entonces no se hubiera difundido todavía la calificación negativa otorgada a [...] fuera del reducido ámbito que formaban los acusados y los más estrechos colaboradores municipales de la alcaldesa, le sería factible forzar su alteración y conseguir que la profesional experta de la empresa de recursos humanos se aviniera a atribuirle a su protegida la mejor puntuación de las dos candidatas finales, por tratarse de una empresa interesada en contratar con la Corporación municipal que ella presidía, que era, en definitiva, la que debía decidir el nombramiento de la persona que habría de ocupar un puesto directivo de tanta responsabilidad en un área tan sensible. [...] (Item 6.1 de la Sentencia 10/2015 – Roj: STSJ CAT 562/2015).

El parlamentario fue condenado como responsable de un delito de tráfico de influencias a las penas de 1 año y 4 meses de prisión, sesenta mil euros de multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público electivo en las Cortes Generales, incluyendo tanto el Congreso de los Diputados como el Senado por cuatro años, seis meses y un día, con la consecuente incapacidad para obtenerlos por el mismo tiempo. (Procedimiento Abreviado núm. 2/2014. Causa Penal núm. 4/2013. Diligencias Previas núm. 2/2013. Sentencia n. 10/2015).<sup>172</sup>

La quinta condenación se refiere a la de Artur Mas, por la realización de la consulta del 9-N (Procedimiento Abreviado núm. 1/2016. Diligencias Previas núm. 16/2014).<sup>173</sup> El 14 de octubre de 2014, el entonces presidente de la Generalitat de Catalunya compareció ante los medios de comunicación anunciando la celebración de un proceso de participación ciudadana, para el día 9 de noviembre siguiente, sobre el futuro político de Catalunya y determinó la consecución de tareas de organización de la votación, a pesar de la suspensión de tales consultas por el Tribunal Constitucional español. Mas fue condenado por el TSJC por un delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario público a las penas de multa de 12 meses y 2 años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, de ámbito local,

---

<sup>172</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=7338941&links=&optimize=20150331&publicinterface=true>>. [Consulta: 06 octubre 2018].

<sup>173</sup>Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=7958346&links=&optimize=20170314&publicinterface=true>>. [Consulta: 06 octubre 2018].

autonómico o estatal, así como para el ejercicio de funciones de gobierno tanto en el ámbito autonómico como en el Estado.

Como se ha visto, el proceso de criminalización de aforados en el TSJC fue finalizado en menos de 2% de los casos, pero sólo en menos de 1% acabó con el etiquetamiento de la autoridad aforada como criminosa, con su condenación.

#### **4.5. La investigación empírica realizada en Brasil: recolecta, organización y sistematización de los datos**

La recolecta de datos para Brasil fue realizada en el STJ, en una primera etapa, durante mi trabajo como asesora de la vicefiscal general de la República, en la cual se recolectaron los datos de los procesos en trámite de 2013 a 2015. A continuación, se recogieron los datos de todos los procedimientos judiciales contra aforados desde la creación del STJ, en 1989, hasta 06/09/2017, fecha de mi última visita a la Coordinadora de la Corte Especial del STJ. En dicha fecha, el acervo del STJ de expedientes judicializados contra aforados era de 877 «denuncias», 1206 «inquéritos», 375 «notícias-crime», 502 «representações» y 661 «sindicâncias».

Para seleccionar la muestra del STJ Brasil de procesos a ser examinados para la tesis, fue establecido el mismo lapso temporal de los datos de Catalunya: entrada en el Tribunal entre 01/01/2008 y 31/12/2016 y acompañamiento hasta 31/03/2018, fecha de la última verificación de los datos de la investigación empírica. Los procesos en Brasil, diferentemente de los de Catalunya, obedecían a un orden numérico único, no dividido por años. Así fueron seleccionados los casos por las clases procesales que dicen respeto a la competencia originaria criminal de la Corte (aforamiento): «ações penais» (APN), «inquéritos» (INQ), «sindicâncias» (SD), «representações» (RP), «noticia-crime» (NC) y que habían sido registradas en la Corte Especial del STJ entre las fechas establecidas.

En ese marco temporal, fueron examinadas las APN 512 hasta 843, los INQ 577 hasta 1141, las SD 144 a 603, las RP 373 a 501 y la NC 375, totalizando 332 «ações penais», 565 «inquéritos», 460 «sindicâncias», 129 «representações» y 1 «noticia-crime».



**Tabla 66 - Procedimientos Judiciales Brasil (Totalidad)**

Tipo de expediente	Número de procesos
Ações Penais (AP)	332
Inquéritos (INQ)	565
Sindicâncias (SD)	460
Representações (RP)	129
Notícia-Crime (NC)	1
Total	1487

A pesar que el total de procesos examinados el en STJ fue de 1487 procesos, ese número no corresponde al número de casos de aforados analizados para esa investigación. Como hecho con los procesos de Catalunya, fue necesario excluir los casos que, en realidad, no decían respeto al proceso de criminalización de aforados en el STJ. En esta etapa, fueron retirados: todos los casos que después de iniciados fueron reclasificados en otras clases procesales, como PET, MC o CC<sup>174</sup>; las RP que no se referían a materia penal sino correccional; los que fueron generados indebidamente, eran inexistentes o que tuvieron cancelada la distribución, por error del sistema informático; los que no se referían a aforados del STJ (mantenidos los casos que fueron remitidos al STF por contener aforado del STJ pero también aforado en la Corte Suprema, lo que atrae la competencia de todo el caso al Tribunal jerárquicamente superior) y los que configuraron «bis in ídem», o sea, trataban de hechos ya investigados en otros procesos ya incoados en el STJ.

Después de esta etapa, quedaron para análisis 1299 procedimientos:

---

<sup>174</sup>Petición, Medida Cautelar y Conflicto de Competencia.

**Tabla 67** - Distribución de los procedimientos contra aforados en el STJ

Tipo de expediente	Número de procesos	Porcentaje (%)
Inquéritos	514	39,5
Sindicâncias	409	31,5
Ações Penais	284	21,9
Representações	91	7,0
Notícia-Crime	1	0,1
Total	1299	100,0

En una etapa siguiente, se procedió a la unificación de los procedimientos. Las clases procesales frecuentemente son reclasificadas como otras clases, dependiendo de la etapa del procesamiento del caso. Por ejemplo, una investigación que se inicia como «Sindicância» puede luego tornarse un «Inquérito» y, si ofrecida denuncia, pasar a «Ação Penal», así que dos o más de los procesos examinados podrían referirse a un único caso. Por eso, después del término de la recolecta de datos por clase, fueron los procesos consolidados de manera que representasen un único caso de criminalización de aforado. Fueron así unidos los procesos que estaban unidos en el STJ (acumulados) o que habían dado origen a otro proceso. Al final, se excluyeron también del análisis el INQ 1125 y las SD 151 y 163, en los cuales la investigación empírica no pudo obtener todos los datos necesarios, como la identificación del cargo del aforado involucrado.

**Tabla 68** - Distribución de los procedimientos contra aforados en el STJ (unificados)

Tipo de expediente	Número de procesos	Porcentaje (%)
Inquéritos	409	38,4
Sindicâncias	297	27,9
Ações Penais	282	26,5
Representações	76	7,1
Notícia-Crime	1	0,1
Total	1065	100,0

Por fin, los casos fueron separados en dos grupos de análisis. Los que lograron convertirse en «Ações Penais», como fase final del proceso de criminalización y los casos que se encontraban en la fase inicial del proceso de criminalización, en la investigación del hecho. Así, la fase inicial del proceso de criminalización (investigación), contó con 783 casos. La fase final, con 282 casos.

**Tabla 69** - Análisis del proceso de criminalización de aforados en el STJ (2008-2016)

<b>Fase del proceso de criminalización</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Investigación	783	73,5
Ações Penais	282	26,5
Total	1065	100,0

Después de la recopilación del material empírico, aun siguiendo las etapas enumeradas por Corbetta, se pasó a la organización y sistematización de la información para convertirla en datos pasibles de análisis (CORBETTA, 2007, p.70).

Para el análisis de los cuatro parámetros básicos de la presente investigación: «cargo», «tipo de crimen», «duración de la tramitación» y el «resultado final», la información recolectada fue sistematizada de la siguiente manera: para la «duración de la tramitación», fue procedido de la misma manera que en la investigación de Catalunya, con el apunte de «fecha de inicio» del proceso o de la investigación y la «fecha de la decisión final».

Para el cargo, fueron definidas las respuestas en conformidad con los cargos de aforados del STJ posibles: a) gobernador o gobernadora; b) jueces y juezas de Tribunales de segunda instancia (TJ, TRF, TRE o TRT); c) fiscales del Ministerio Público Federal (SubPGR o PRR), del Ministerio Público del Trabajo (PRT) o del Ministerio Público del Distrito Federal (PJDF) y d) miembros de los Tribunales de Cuentas de los Estados y Municipios, llamados consejeros (TCE y TCM).

Para el tipo de crimen, tomando como base la clasificación utilizada por el estudio brasileño «Juízes contra a corrupção» (AMB, 2007, p.10), con algunas modificaciones, se establecieron las siguientes categorías:

**Tabla 70** - Categorías de crímenes - Brasil

---

1) Crímenes contra el honor (CPB 138 a 145)
2) Crímenes contra la administración pública – crímenes practicados por funcionario público contra la administración en general (CPB arts. 312 a 327), crímenes practicados por particular contra la administración en general (CPB arts. 328 a 337-A), crímenes contra la administración de la justicia (CPB arts. 338 a 359), incluido el crimen de blanqueo de capitales y crímenes de responsabilidad. Se incluyeron en esta categoría los crímenes de la ley de licitaciones;
3) Crímenes electorales – previstos en la legislación electoral;
4) Crímenes contra el patrimonio – CPB arts. 155 a 183 (incluida la apropiación indebida contra la Previdencia Social);
5) Crímenes contra la vida y la integridad física – CPB 121 a 137, violencia doméstica y crímenes del Código de Tráfico;
6) Crímenes contra la fe pública – arts. 289 a 311;
7) Crímenes contra a incolumidad pública – arts. 250 a 285, incluidos los de la ley de desarmamiento;
8) Crímenes fiscales: de la legislación tributaria;
9) Crímenes contra el sistema financiero: CPB 359-A a 359-H, Ley n. 7492/86 y Ley 8176/91;
10) Crímenes contra la libertad individual - CPB 146 a 154;
11) Crímenes ambientales
12) Crímenes contra la dignidad sexual (arts. 213 a 218-B CPB y ECA – Estatuto del niño y del adolescente);
13) Crímenes contra la paz pública (286 a 288-A) y ley de organización criminal (Ley 12.850/13);
14) Otros

---

Por fin, el campo «fase actual», con el respectivo «resultado», podría tener las siguientes respuestas: archivado, inhibición o en trámite.

Para ambas las investigaciones – española y brasileña – fue desconsiderada la situación de reos no aforados y puesto el foco de la recolecta exclusivamente a la situación del aforado. Así, por ejemplo, si un expediente fue archivado con relación a la autoridad aforada y remitido a otra instancia para examen de la responsabilidad de una persona no aforada, el resultado fue considerado: «archivado».

## 4.6. Las características de la criminalización de aforados en el Tribunal Superior de Justicia de Brasil: análisis cuantitativo y cualitativo de los datos

### 4.6.1. La primera etapa: los procedimientos de investigación abiertos en el STJ

Como ha sido explicado en el ítem anterior, de 2008 hasta 2016, hubo 1299 procesos de criminalización secundaria de aforados en el STJ brasileño. Entre ellos, 284 eran de «ações penais» (APN) y 1015 eran inquéritos (INQ), sindicâncias (SD), representações (RP) y notícias-crime (NC), iniciados a partir de 01/01/2008. Los INQ, SD, RP y NC fueron reunidos en un mismo grupo que llamamos «investigación».

**Tabla 71** - Procedimientos contra aforados en el STJ (sin unificación de los casos)

Tipo de expediente	Número de procesos	Porcentaje (%)
«Ações Penais»	284	21,9
Investigación	1015	78,1
Total	1299	100,0

Para que cada caso no figurase más de una vez dentro de la población examinada, se procedió a la unificación de los procedimientos, llegándose al número final de 1065 casos: 282 «ações penais» y 783 procedimientos de investigación (tabla 69, en el ítem anterior). Eso era necesario porque, por ejemplo, dentro de la fase de investigación, un caso podría haberse tramitado como más de una categoría procesal, como ocurrió con 27 «inquéritos» que, anteriormente, habían tramitado como «Sindicancia» y como «Representação».<sup>175</sup> Además, de las 282 «ações penais» que permanecieron en esta misma clase procesal, poco más de un tercio había sido tramitado, anteriormente, como algún de los procedimientos de investigación estudiados:

---

<sup>175</sup>24 INQs fueron tramitados como SD y 3 como RP; 3 SD fueron tramitadas como RP y 4 como INQ; la NC fue tramitada antes como SD y 2 RP fueron tramitadas como SD.

**Tabla 72** - Número de APNs que antes se tramitaron como procedimiento de investigación

<b>¿Trámite anterior como procedimiento de investigación en el STJ?</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
No	175	62,1
Si	107	37,9
Total	282	100,0

Como se explicó en el subcapítulo 3.6.2, el Ministerio Fiscal, en Brasil, tiene el monopolio de la acción penal pública y, por esa razón, es el destinatario final de todas las investigaciones preliminares que se hagan sobre hechos delictivos. Para tanto, por un lado, la Fiscalía tramita, en ámbito interno, procedimientos extrajudiciales, con noticias de delitos que le llegan para su verificación y que pueden llegar a ser judicializados, si realmente tienen contenido penal e indicios mínimos de responsabilidad de la persona aforada. En esos casos, la Fiscalía General de la República pide la apertura de «sindicância» o «inquérito», dependiendo del grado de certeza sobre los hechos, conforme ya se ha descrito anteriormente. Por otro lado, son direccionados a la Fiscalía General todas las investigaciones remitidas al STJ por otras instancias judiciales, actuando, así, en todos los casos.

Las investigaciones que fueron judicializadas en el STJ, en el periodo estudiado, fueron incoadas contra las siguientes autoridades:

**Tabla 73** - Número de investigaciones por cargo del denunciado

Cargo	Recuento	Porcentaje (%)
Magistrado	364	46,5
Magistrado / Ministerio Público	1	0,1
Ministerio Público	33	4,2
Gobernador	186	23,8
Gobernador / Ministerio Público	1	0,1
Consejero de Tribunal de Cuentas	195	24,9
Consejero de Tribunal de Cuentas / Gobernador	1	0,1
Consejero de Tribunal de Cuentas / Magistrado	2	0,3
Total	783	100,0

Para un mejor análisis, agrupamos los cargos en tres grandes categorías: «aforados jueces», para todos los aforados, en el STJ, integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público; «aforados políticos», para los gobernadores de los 26 Estados de la Federación brasileña más el del Distrito Federal y «aforados políticos-jueces», para los consejeros de los Tribunales de Cuentas de los Estados, Distrito Federal y Municipios.

**Tabla 74** - Número de investigaciones por categorías de aforados

Cargo	Recuento	Porcentaje (%)
Aforado juez	398	51,1
Aforado político	186	23,9
Aforado político-juez	195	25,0
Total	779	100,0

Por la tabla 74, se verifica que más de la mitad (51,1%) de las investigaciones incoadas estaba direccionada a los «aforados jueces». Los «aforados políticos-jueces» figuraban en 25% de los casos y los «aforados políticos», en 23,9% de los procedimientos investigativos. Para ese recuento, fueron excluidos 4 casos, identificados en la tabla anterior, que mezclaban aforados de categorías distintas: un caso en que un gobernador era investigado en conjunto con un miembro del Ministerio Público y tres casos que involucraban a consejeros de Tribunal de Cuentas – un investigado con el gobernador y dos con magistrados.

Se concluye, a partir de esos resultados, que las investigaciones incoadas en el STJ se direccionan principalmente a los aforados pertenecientes al Poder Judicial y al Ministerio Público.

El STJ es un Tribunal de ámbito nacional y, así, enjuicia a autoridades de todas las unidades federativas (UF) brasileñas. Las investigaciones incoadas en el STJ, en el periodo estudiado, estuvieron así distribuidas por el Estado de origen del cargo del aforado:

**Tabla 75** - Número de investigaciones por unidad de la federación (UF) de origen del cargo del aforado (por orden alfabético)

UF del cargo del aforado investigado	Recuento	Porcentaje (%)
Acre	6	0,8
Alagoas	25	3,2
Amazonas	29	3,7
Amapá	31	4,0
Bahia	40	5,1
Ceará	22	2,8
Distrito Federal	47	6,0
Espírito Santo	20	2,6
Goiás	27	3,4
Maranhão	22	2,8
Minas Gerais	32	4,1
Mato Grosso do Sul	45	5,7
Mato Grosso	60	7,7
Pará	40	5,1
Paraíba	24	3,1
Pernambuco	8	1,0
Piauí	14	1,8
Paraná	36	4,6
Rio de Janeiro	41	5,2
Rio Grande do Norte	14	1,8
Rondônia	18	2,3
Roraima	32	4,1
Rio Grande do Sul	17	2,2
Santa Catarina	24	3,1



Sergipe	7	0,9
São Paulo	65	8,3
Tocantins	35	4,5
Varios estados	2	0,3
<b>Total</b>	<b>783</b>	<b>100,0</b>

Ordenando la tabla anterior por orden decreciente de número de casos, se pueden ver las Unidades Federativas con más autoridades investigadas:

**Tabla 76** - Número de investigaciones por UF en orden decreciente de cantidad de casos

<b>UF del cargo del aforado investigado</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
São Paulo	65	8,3
Mato Grosso	60	7,7
Distrito Federal	47	6
Mato Grosso do Sul	45	5,7
Rio de Janeiro	41	5,2
Bahia	40	5,1
Pará	40	5,1
Paraná	36	4,6
Tocantins	35	4,5
Minas Gerais	32	4,1
Roraima	32	4,1
Amapá	31	4
Amazonas	29	3,7
Goiás	27	3,4
Alagoas	25	3,2
Paraíba	24	3,1
Santa Catarina	24	3,1
Ceará	22	2,8
Maranhão	22	2,8
Espírito Santo	20	2,6
Rondônia	18	2,3
Rio Grande do Sul	17	2,2
Piauí	14	1,8
Rio Grande do Norte	14	1,8

Pernambuco	8	1
Sergipe	7	0,9
Acre	6	0,8
Varios Estados	2	0,3
<b>Total</b>	<b>783</b>	<b>100,0</b>

Separando los casos por región geográfica, tenemos la siguiente distribución<sup>176</sup>:

**Tabla 77** - Número de procedimientos de investigación por región geográfica y UF del cargo

<b>Región/UF</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
<b>Región Norte</b>	<b>191</b>	<b>24,5</b>
Rondônia	18	
Acre	6	
Amazonas	29	
Roraima	32	
Pará	40	
Amapá	31	
Tocantins	35	
<b>Región Centro-Oeste</b>	<b>179</b>	<b>22,9</b>
Mato Grosso do Sul	45	
Mato Grosso	60	
Goiás	27	
Distrito Federal	47	
<b>Región Nordeste</b>	<b>176</b>	<b>22,5</b>
Maranhão	22	
Piauí	14	
Ceará	22	
Rio Grande do Norte	14	
Paraíba	24	
Pernambuco	8	
Alagoas	25	
Sergipe	7	

<sup>176</sup>Retirados del análisis los dos casos clasificados como “varios Estados” que se refieren a aforados con cargos originarios de más de una Unidad Federativa.

Bahia	40	
Región Sudeste	158	20,2
Minas Gerais	32	
Espírito Santo	20	
Rio de Janeiro	41	
São Paulo	65	
Región Sul	77	9,9
Paraná	36	
Santa Catarina	24	
Rio Grande do Sul	17	
<b>TOTAL</b>	<b>781</b>	<b>100,0</b>

Como se puede ver, el mayor número de investigaciones proceden de la región Norte (24,5%), seguida de la Centro-Oeste (22,9%), la Nordeste (22,5%), la Sudeste (20,2%) y, por último, la Región Sul (9,9%). Hay que remarcar que, en los números de la región Centro-Oeste, hay 23 investigaciones incoadas contra un mismo consejero del Tribunal de Cuentas de Mato Grosso do Sul, por desvío de recursos públicos.

Haciendo la comparación entre cargo y región geográfica, tenemos la tabla siguiente:

**Tabla 78** - Número de procedimientos de investigación por cargo y región geográfica de origen

Cargo	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro-Oeste	Total
Magistrado	65	104	96	41	57	363
Magistrado / Ministerio Público	-	-	1	-	-	1
Ministerio Público	-	3	10	1	19	33
Gobernador	67	37	26	20	36	186
Gobernador / Ministerio Público	-	-	-	-	1	1
Consejero de Tribunal de Cuentas	59	30	25	15	66	195
Consejero de Tribunal de Cuentas / Magistrado	-	2	-	-	-	2
<b>Total</b>	<b>191</b>	<b>176</b>	<b>158</b>	<b>77</b>	<b>179</b>	<b>781</b>

Agrupando los cargos en categorías de aforados, tenemos los resultados de la tabla 79<sup>177</sup>, con foco en las regiones geográficas. Así, a título de ejemplo, de la totalidad de casos de investigación de aforados originarios de la región Nordeste, 61,5% son dirigidos a aforados jueces, 21,3% a aforados políticos y 17,2% a aforados jueces-políticos:

**Tabla 79** - Número de procedimientos de investigación por categorías de aforados y región geográfica de origen

Cargo	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro-Oeste	Total
Aforados jueces	65 (34,0%)	107 (61,5%)	107 (67,7%)	42 (54,5%)	76 (42,7%)	397 (51,0%)
Aforados políticos	67 (35,1%)	37 (21,3%)	26 (16,5%)	20 (26,0%)	36 (20,2%)	186 (23,9%)
Aforados políticos-jueces	59 (30,9%)	30 (17,2%)	25 (15,8%)	15 (19,5%)	66 (37,1%)	195 (25,1%)
<b>Total</b>	<b>191</b> (100,0%)	<b>174</b> (100,0%)	<b>158</b> (100,0%)	<b>77</b> (100,0%)	<b>178</b> (100,0%)	<b>778</b> (100,0%)

<sup>177</sup>Retirados de la tabla anterior los 3 casos que reúnen aforados de categorías distintas.

Analizando a nivel nacional el reparto de investigaciones de cada categoría de aforados, por región de origen de su cargo, tenemos los siguientes resultados:

**Tabla 80** - Número de procedimientos de investigación de aforados jueces por región geográfica

Región geográfica	Recuento	Porcentaje (%)
Nordeste	107	27
Sudeste	107	27
Centro-Oeste	76	19
Norte	65	16,4
Sul	42	10,6
Total	397	100,0

**Tabla 81** - Número de procedimientos de investigación de aforados políticos por región geográfica

Región geográfica	Recuento	Porcentaje (%)
Norte	67	36,0
Nordeste	37	19,9
Centro-Oeste	36	19,4
Sudeste	26	14,0
Sul	20	10,7
Total	186	100,0

**Tabla 82** - Número de procedimientos de investigación de aforados políticos-jueces por región geográfica

Región geográfica	Recuento	Porcentaje (%)
Centro-Oeste	66	33,8
Norte	59	30,3
Nordeste	30	15,4
Sudeste	25	12,8
Sul	15	7,7
Total	195	100,0

Se ve, así, que en el período estudiado, se investigaron más aforados jueces de la región Nordeste y Sudeste de Brasil; a más aforados políticos de la región Norte y a más aforados políticos-jueces de la región Centro-Oeste. Cabe resaltar que,

desde el punto de vista de la Criminología Crítica, eso no quiere decir que esas categorías de aforados originarias de estas regiones geográficas practicaron más crímenes, sino que los operadores del sistema de justicia fueron accionados para investigarlas, dentro de todas las conductas criminales practicadas por aforados en todo el país.

Analizando las investigaciones por número de aforados investigados en conjunto, se ve la prevalencia de la investigación de solamente un aforado por vez (93,6%):

**Tabla 83** - Número de investigaciones por cantidad de aforados

Cantidad de aforados	Recuento	Porcentaje (%)
Uno	733	93,6
Más de uno	50	6,4
Total	783	100,0

La tabla 84 presenta la distribución del número de investigaciones, considerando la presencia o no de aforado de sexo femenino. En Brasil, los análisis sobre el sexo del aforado reflejan la excesivamente baja presencia femenina entre las autoridades del poder político y entre los integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público de categoría jerárquicamente más elevada.

**Tabla 84** - Número de investigaciones con presencia de aforado de sexo femenino

Sexo femenino	Recuento	Porcentaje (%)
No	662	84,5
Si	82	10,5
No informado	39	5,0
Total	783	100,0

Sin considerar los casos no informados, la presencia de mujeres ocurre en el 11% de los casos.

**Tabla 85** - Número de investigaciones con presencia de aforado de sexo femenino – sólo los informados

Sexo femenino	Recuento	Porcentaje (%)
No	662	89,0
Si	82	11,0
Total	744	100,0

En la tabla 86 se hizo el recuento del número de investigaciones en que se verificó la ocurrencia de cada categoría de crimen establecida para el presente estudio. Como para cada investigación puede haber uno o más aforados y para cada uno de ellos la incidencia de uno o más crímenes, los porcentajes fueron calculados siempre en relación al número total de investigaciones.

**Tabla 86** - Número de investigaciones por tipo de crimen

Crimen	Recuento	Porcentaje (%)
1) Crímenes contra el honor (CPB 138 a 145)	32	4,1
2) Crímenes contra la administración pública	492	62,6
Crímenes practicados por funcionario público contra la administración en general y abuso de autoridad	377	48,0
Crímenes practicados por particular contra la administración en general	45	5,7
Crímenes contra la administración de la justicia (CPB arts. 338 a 359) y blanqueo de capitales	83	10,6
Crímenes de responsabilidad	10	1,3
Crímenes de la ley de licitaciones	81	10,3
3) Crímenes electorales	57	7,3
4) Crímenes contra el patrimonio – CPB arts. 155 a 183	37	4,7
5) Crímenes contra la vida y la integridad física – CPB 121 a 137, violencia doméstica y crímenes del Código de Tráfico	26	3,3
6) Crímenes contra la fe pública – arts. 289 a 311	66	8,4
7) Crímenes contra a incolumidad pública – arts. 250 a 285 y de la ley de desarmamiento	6	0,8
8) Crímenes fiscales: de la legislación tributaria	60	7,6
9) Crímenes contra el sistema financiero: CPB 359-A a 359-H, Ley n. 7492/86 y Ley 8176/91	11	1,4
10) Crímenes contra la libertad individual - CPB 146 a 154	17	2,2
11) Crímenes ambientales	21	2,7

12) Crímenes contra la dignidad sexual (arts. 213 a 218-B CPB y ECA – Estatuto del niño y del adolescente)	8	1,0
13) Crímenes contra la paz pública (286 a 288-A) y ley de organización criminal (Ley 12.850/13)	34	4,3
14) Otros	28	3,6

La tabla 87 detalla, para cada tipo de crimen, el número de investigaciones por tipo de aforado. Los porcentajes fueron calculados en relación al total de casos de cada tipo de crimen, de modo que la suma de los porcentajes de cada fila totaliza siempre 100%.

**Tabla 87** - Número de investigaciones por tipo de crimen y tipo de aforado

<b>Crimen</b>	<b>Juez</b>	<b>Político</b>	<b>Político-Juez</b>
1) Crímenes contra el honor (CPB 138 a 145)	25 (78,1%)	6 (18,8%)	1 (3,1%)
2) Crímenes contra la administración pública	243 (49,8%)	105 (21,5%)	140 (28,7%)
Crímenes practicados por funcionario público contra la administración en general (CPB arts. 312 a 327) y abuso de autoridad	201 (53,7%)	64 (17,1%)	109 (29,1%)
Crímenes practicados por particular contra la administración en general (CPB arts. 328 a 337-A)	20 (45,5%)	14 (32,8%)	10 (22,7%)
Crímenes contra la administración de la justicia (CPB arts. 338 a 359) y blanqueo de capitales	44 (53,7%)	15 (18,3%)	23 (28,0%)
Crímenes de responsabilidad	-	7 (70,0%)	3 (30,0%)
Crímenes de la ley de licitaciones	11 (13,6%)	25 (30,9%)	45 (55,6%)
3) Crímenes electorales	3 (5,3%)	47 (82,5%)	7 (12,3%)
4) Crímenes contra el patrimonio – CPB arts. 155 a 183	21 (56,8%)	5 (13,5%)	11 (29,7%)
5) Crímenes contra la vida y la integridad física – CPB 121 a 137, violencia doméstica y crímenes del Código de Tráfico	23 (88,5%)	2 (7,7%)	1 (3,8%)
6) Crímenes contra la fe pública – arts. 289 a 311	33 (50,0%)	3 (4,5%)	30 (45,5%)
7) Crímenes contra la incolumidad pública – arts. 250 a 285 y de la ley de desarmamiento	4 (66,7%)	1 (16,7%)	1 (16,7%)
8) Crímenes fiscales: de la legislación tributaria	23 (38,3%)	4 (6,7%)	33 (55,0%)



9) Crímenes contra el sistema financiero: CPB 359-A a 359-H, Ley n. 7492/86 y Ley 8176/91	5 (45,5%)	4 (36,4%)	2 (18,2%)
10) Crímenes contra la libertad individual - CPB 146 a 154	12 (70,6%)	3 (17,6%)	2 (11,8%)
11) Crímenes ambientales	14 (66,7%)	1 (4,8%)	6 (28,6%)
12) Crímenes contra la dignidad sexual (arts. 213 a 218-B CPB y ECA – Estatuto del niño y del adolescente)	5 (62,5%)	-	3 (37,5%)
13) Crímenes contra la paz pública (286 a 288-A) y ley de organización criminosa (Ley 12.850/13)	19 (55,9%)	7 (20,6%)	8 (23,5%)
14) Otros	14 (50,0%)	6 (21,4%)	8 (28,6%)

Consolidando los datos de la tabla anterior para cada categoría de aforados, se puede tener una idea de por qué tipos de crímenes los aforados en el STJ suelen ser más investigados:

**Tabla 88** - Número de investigaciones contra aforados jueces por tipo de crimen

Crimen	Recuento
Crímenes contra la administración pública	243
Crímenes contra la fe pública	33
Crímenes contra el honor	25
Crímenes contra la vida y la integridad física, violencia doméstica y crímenes del Código de Tráfico	23
Crímenes fiscales: de la legislación tributaria	23
Crímenes contra el patrimonio	21
Crímenes contra la paz pública y de la ley de organización criminosa	19
Crímenes ambientales	14
Otros	14
Crímenes contra la libertad individual	12
Crímenes contra el sistema financiero	5
Crímenes contra la dignidad sexual	5
Crímenes contra a incolumidad pública y de la ley de desarmamiento	4
Crímenes electorales	3

**Tabla 89** - Número de investigaciones contra aforados políticos por tipo de crimen

<b>Crimen</b>	<b>Recuento</b>
Crímenes contra la administración pública	105
Crímenes electorales	47
Crímenes contra la paz pública y de la ley de organización criminosa	7
Crímenes contra el honor	6
Otros	6
Crímenes contra el patrimonio	5
Crímenes fiscales: de la legislación tributaria	4
Crímenes contra el sistema financiero	4
Crímenes contra la fe pública	3
Crímenes contra la libertad individual	3
Crímenes contra la vida y la integridad física, violencia doméstica y crímenes del Código de Tráfico	2
Crímenes contra a incolumidad pública y de la ley de desarmamiento	1
Crímenes ambientales	1

**Tabla 90** - Número de investigaciones contra aforados políticos-jueces por tipo de crimen

<b>Crimen</b>	<b>Recuento</b>
Crímenes contra la administración pública	140
Crímenes fiscales: de la legislación tributaria	33
Crímenes contra la fe pública	30
Crímenes contra el patrimonio	11
Crímenes contra la paz pública y de la ley de organización criminosa	8
Otros	8
Crímenes electorales	7
Crímenes ambientales	6
Crímenes contra la dignidad sexual	3
Crímenes contra el sistema financiero	2
Crímenes contra la libertad individual	2
Crímenes contra el honor	1
Crímenes contra la vida y la integridad física, violencia doméstica y crímenes del Código de Tráfico	1
Crímenes contra a incolumidad pública y de la ley de desarmamiento	1

Para las tres categorías, los crímenes más investigados están relacionados con la administración pública. Esta categoría incluye, para Brasil, conductas practicadas por funcionarios públicos que se amoldan a los tipos penales más comunes en la criminalización de aforados: peculato (malversación) (CPB 312), corrupción pasiva (CPB 317)<sup>178</sup> y prevaricación (CPB 319). Incluye, además, las conductas de los particulares involucrados en los hechos, que configuran por ejemplo, los crímenes de tráfico de influencias (CPB 332) y corrupción activa (CPB 333) o de los propios aforados actuando como particulares, en los casos de desobediencia (CPB 330) o desacato (CPB 331). En esta gran categoría, el presente estudio también ha incluido los delitos contra la administración de justicia, como el de denuncia falsa (CPB 339), falso testimonio o pericia (CPB 342) y fraude procesal (CPB 347), además del crimen de blanqueo de capitales y de la ley de licitaciones (más comúnmente los arts. 89, 90 y 92 de la Ley n. 8.666/93, que se refieren a la dispensa indebida de licitación, a los ajustes para frustrar o amañar el procedimiento licitatorio y las alteraciones contractuales irregulares e indebidas en contratos con el poder público).

Como son los aforados funcionarios públicos, ejercen sus cargos en la Administración pública, lidian con la justicia (principalmente en el caso de los aforados jueces) y con contratos y patrimonio del poder público (especialmente los aforados políticos), es natural que los crímenes por los cuales sean todos más investigados estén relacionados a los que van contra la administración pública. Pero tras éstos, la incidencia de los crímenes cambia conforme la categoría de aforados.

Para los aforados jueces, después de los crímenes contra la administración pública, aparecen los crímenes contra la fe pública, que incluyen más frecuentemente las falsedades ideológica (por ejemplo, utilizar datos falsos en resolución judicial) y documental (producir pruebas falsas en un juicio) y el uso de documento falso (presentar certificado falsificado para obtención de derechos). En tercer lugar, están los crímenes contra el honor, que en el caso de las investigaciones del STJ, como preceden una acusación pública, deben tener un funcionario público como víctima (normalmente

---

<sup>178</sup>En Brasil, la corrupción tiene un tipo penal propio descrito como «solicitar o recibir, para si o para otro, directa o indirectamente, aunque fuera de la función o antes de asumirla, pero en razón de ella, ventaja indebida, o aceptar promesa de tal ventaja», que se asemeja a la descripción del crimen de cohecho previsto en el art. 419 del CPE.

son compañeros de Tribunal). Por fin, entre las mayores incidencias entre las investigaciones contra aforados jueces, encontramos numerosos crímenes sin relación alguna con la función judicial, resultantes de conflictos privados y familiares, sobre los cuales se dará el debido detalle posteriormente.

Para los aforados políticos, los crímenes electorales vienen en segundo lugar, después de los crímenes contra la administración pública, guardando relación directa con la naturaleza electiva de su cargo. Abarcan, básicamente, tres tipos de conductas practicadas durante el período en que eran candidatos: las relacionadas a la propaganda electoral irregular, a la compra de votos y a los crímenes contra el honor practicados en la propaganda electoral. En tercer lugar, figuran los crímenes contra la paz pública y de la ley de organización criminal (delincuencia organizada), que se refieren, en esta categorización para el presente estudio, a la presencia de una asociación entre tres o más personas para la comisión de las conductas criminales investigadas. Los aforados políticos, así, suelen ser investigados no tanto por una conducta individual sino más bien practicada en contexto de asociación criminal.

Los aforados políticos-jueces, por su parte, fueron más investigados por evasión fiscal a los cuales estaban relacionados, también, delitos de falsedad y por crímenes contra el patrimonio, categoría que abarca el delito de estafa contra el Ente público (CP 171, §3°).

Considerando los crímenes con frecuencia igual o superior a 5%, tenemos la siguiente distribución de casos por categorías de aforados, como detallado en las tablas 91 a 98.

**Tabla 91** - Número de investigaciones de crímenes contra la administración pública por categorías de aforados

<b>Categoría</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Aforados jueces	243	49,8
Aforados políticos	105	21,5
Aforados políticos-jueces	140	28,7
<b>Total</b>	<b>488<sup>179</sup></b>	<b>100,0</b>

**Tabla 92** - Número de investigaciones de crímenes practicados por funcionarios públicos y abuso de autoridad por categorías de aforados

<b>Categoría</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Aforados jueces	201	53,8
Aforados políticos-jueces	109	29,1
Aforados políticos	64	17,1
<b>Total</b>	<b>374<sup>180</sup></b>	<b>100,0</b>

**Tabla 93** - Número de investigaciones de crímenes practicados por particular contra la administración, por categorías de aforados

<b>Categoría</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Aforados jueces	20	45,5
Aforados políticos	14	31,8
Aforados políticos-jueces	10	22,7
<b>Total</b>	<b>44<sup>181</sup></b>	<b>100,0</b>

<sup>179</sup>Excluidos 4 casos del total de 492 investigaciones de crímenes contra la administración pública (tabla 86) que mezclaban dos categorías de aforados distintas (una de gobernador y miembro del Ministerio Público, una de consejero de Tribunal de Cuentas y gobernador y dos de consejero de Tribunal de Cuentas y magistrado).

<sup>180</sup>Excluidos 3 casos del total de 377 investigaciones de crímenes practicados por funcionarios públicos (tabla 86) que mezclaban dos categorías de aforados distintas (una de consejero de Tribunal de Cuentas y gobernador y dos de consejero de Tribunal de Cuentas y magistrado).

<sup>181</sup>Excluido 1 caso del total de 44 investigaciones de crímenes practicados por particular (tabla 86) que mezclaba dos categorías de aforados distintas (consejero de Tribunal de Cuentas y magistrado).

**Tabla 94** - Número de investigaciones de crímenes contra la administración de la justicia por categorías de aforados

<b>Categoría</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Aforados jueces	44	53,7
Aforados políticos-jueces	23	28,0
Aforados políticos	15	18,3
<b>Total</b>	<b>82<sup>182</sup></b>	<b>100,0</b>

**Tabla 95** - Número de investigaciones de crímenes de la ley de licitaciones por categorías de aforados

<b>Categoría</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Aforados políticos-jueces	45	55,5
Aforados políticos	25	30,9
Aforados jueces	11	13,6
<b>Total</b>	<b>81</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 96** - Número de investigaciones de crímenes electorales por categorías de aforados

<b>Categoría</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Aforados políticos	47	82,4
Aforados políticos-jueces	7	12,3
Aforados jueces	3	5,3
<b>Total</b>	<b>57</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 97** - Número de investigaciones de crímenes contra la fe pública por categorías de aforados

<b>Categoría</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Aforados jueces	33	50,0
Aforados políticos-jueces	30	45,5
Aforados políticos	3	4,5
<b>Total</b>	<b>66</b>	<b>100,0</b>

<sup>182</sup>Excluido 1 caso del total de 83 investigaciones de crímenes contra la administración de la justicia (tabla 86) que mezclaba dos categorías de aforados distintas (gobernador y miembro del Ministerio Público).

**Tabla 98** - Número de investigaciones de crímenes fiscales por categorías de aforados

<b>Categoría</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Aforados políticos-jueces	33	55,0
Aforados jueces	23	38,3
Aforados políticos	4	6,7
<b>Total</b>	<b>60</b>	<b>100,0</b>

Se analizó, seguidamente, en qué fase se hallaba cada procedimiento de investigación estudiado a fecha 31/03/2018.

**Tabla 99** - Número de investigaciones por fase actual del procedimiento

<b>Fase actual (31/03/2018)</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Archivado	528	67,5
Inhibición	163	20,8
En tramitación	59	7,6
Reclasificados	31	4,0
Remitida a la Policía Federal	1	0,1
<b>Total</b>	<b>782<sup>183</sup></b>	<b>100,0</b>

Los resultados arriba presentados no contienen los casos en que la investigación resultó exitosa y fundamentó una acusación formal, porque esos serán analizados cuando sean presentados los resultados de las APNs, más adelante. Se debe recuperar, aquí, los datos de la tabla 72, que indican que, de 282 APNs, 107 fueron antecedidas por un procedimiento de investigación que se tramitó en el STJ.

Como se ve en la tabla 99, 59 investigaciones no habían sido finalizadas hasta la fecha de conclusión del presente estudio. De esas 59, 2 tenían la tramitación suspensa. Un caso fue categorizado como «remitida a la Policía Federal», porque sin decisión terminativa, fue enviado a la Policía para más investigaciones y allí se quedó, por lo tanto, ni fue concluido ni se puede decir que seguía en tramitación.

---

<sup>183</sup>Excluido un caso, la SD 438, que investigaba dos magistradas y que tuvo como resultado su archivo para una e inhibición para la otra, ocupando, así dos categorías de fase actual a la vez.

Los 31 casos categorizados en la fase actual como «reclasificados» se refieren a casos que cambiaron de clase procesal después de 31/12/2016, fecha final de «entrada del caso en el STJ», utilizada como marco para la selección de los casos de criminalización de aforados que componen este estudio. Así, si el procedimiento de investigación fue reclasificado de categoría procesal después de 31/12/2016, esa reclasificación fue considerada, aquí, como la fase actual del caso estudiado, considerada como el cierre del análisis de aquel caso individual, no como finalización del proceso de criminalización, que se siguió bajo otra clasificación.

Formalmente, siguiendo rigurosamente la metodología propuesta para la presente investigación, el estudio de esos 31 casos acabaría en esta fase en que son reclasificados en la categoría procesal. Sin embargo, ellos representan casos de criminalización de aforados que el estudio acompañó y que no podían ser obviados, mereciendo la pena ultrapasarse el óbice metodológico-formal para verificar lo que sucedió con ellos después de reclasificada la categoría procesal. Analizando esos 31 casos, se ve que 2 fueron unidos a una APN en tramitación y con ella inhibidos por la pérdida sobrevenida de la condición de aforado; 23 fueron reclasificados como APNs con la presentación de denuncia por la Fiscalía y 6 se referían a RP y SD que alcanzaron un nivel más en el análisis de los hechos y, así, motivaron la apertura de un «inquerito», categoría para la cual fueron reclasificados.

**Tabla 100** - Número de casos reclasificados por resultado

<b>Resultado</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Reclasificados como APN	23	74,2
Reclasificados como INQ	6	19,4
Unidos a APN en tramitación	2	6,4
<b>Total</b>	<b>31</b>	<b>100,0</b>

En los 6 casos reclasificados como INQ, 4 estaban, en la fecha de 31/03/2018, todavía en tramitación y 2 habían sido archivados por ausencia de elementos. De los 23 casos reclasificados como APN, 13 estaban en tramitación; 3 fueron inhibidos por pérdida sobrevenida de la condición de aforado; 6 habían sido sometidos a la sesión deliberativa de la Corte para admisión a trámite de la acusación (4 fueron admitidas y 2 rechazadas) y, finalmente, 1 caso fue archivado por reconocimiento de la prescripción.



Siguiendo con los análisis de la fase actual de los procedimientos de investigación, se tiene 163 casos inhibidos a otras instancias judiciales. En 2 casos no se pudo conocer la razón para el cambio de competencia (uno inhibido al STF y otro a la Justicia Electoral). De los 161 casos restantes, 13 fueron inhibidos al STF por la presencia, entre los investigados, de autoridad allí aforada (Senador y Diputado), situación en que toda la investigación era remitida a la Corte de aforamiento jerárquicamente superior para decidir sobre el desmembramiento del juicio.

En los 148 casos restantes, el proceso fue inhibido por pérdida de la cualidad de aforado, motivado por las razones siguientes:

**Tabla 101** - Número de procedimientos de investigación inhibidos por motivo de la pérdida de la condición de aforado

Motivo de la pérdida del aforamiento	Recuento	Porcentaje (%)
Término de mandato	48	32,4
Renuncia al cargo	39	26,4
Jubilación voluntaria	34	23,0
Jubilación compulsoria	20	13,5
Pérdida del mandato	6	4,0
Modificación en el cargo	1	0,7
<b>Total</b>	<b>148</b>	<b>100,0</b>

De los 163 procedimientos de investigación inhibidos (tabla 99), casi la mitad fue remitida a la Justicia de los Estados (47,9%). La otra mitad se distribuyó entre la Justicia Federal, el Supremo Tribunal Federal y la Justicia Electoral, con 7 casos más que no se pudo verificar la instancia para la cual fue remitido el caso:

**Tabla 102** - Número de casos por instancia para la cual fue inhibido

<b>Instancia para la cual fue inhibido</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Justicia de los Estados	80	47,9
Justicia Federal	56	33,5
STF	14	8,4
Justicia Electoral	10	6,0
No informado	7	4,2
<b>Total</b>	<b>167</b>	<b>100,0</b>

Por otra parte, en 528 casos el proceso de criminalización de la autoridad fue concluido, por numerosos motivos:

**Tabla 103** - Número de procedimientos de investigación archivados por motivo del archivo

<b>Motivo del archivo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Ausencia de elementos/pruebas	213	40,3
Ausencia de crimen	151	28,6
Ausencia de indicios/justa causa	97	18,4
Extinción de la punibilidad	48	9,1
Medio elegido es inadecuado	11	2,1
Motivo del archivo no disponible	6	1,1
Apertura del caso denegada	2	0,4
<b>Total</b>	<b>528</b>	<b>100,0</b>

Como se ve en la tabla 103, el principal motivo para el archivo de la investigación, en el STJ, fue la ausencia de elementos o pruebas (de los hechos delictivos o de la autoría del aforado) (40,3%), seguido por la ausencia de crimen (28,6%) y la ausencia de indicios probatorios mínimos (18,4%). Ese es un resultado importante para los análisis sobre la selectividad en la criminalización de aforados en el STJ porque, de esas tres principales razones para el archivo de la investigación, sólo una enfrenta, propiamente, el tema de mérito, que es la resolución que afirma que no existe crimen que investigar.

Pedir el archivo por ausencia de crimen implica en que no se ha encontrado carácter delictivo o adecuación típica en las conductas atribuidas al aforado

investigado. El reconocimiento de la atipicidad de la conducta o de la extinción de la punibilidad implica, incluso, en el entendimiento de la jurisprudencia brasileña sobre derecho procesal penal, que una investigación archivada por ese motivo no pueda volver a ser reabierta, generando cosa juzgada material.

Por su parte, pedir el archivo porque no hay elementos o pruebas no aleja su carácter criminal de pronto, sólo expone la fragilidad de la investigación para fundamentar una acusación. Lo mismo pasa con la falta de indicios mínimos, o como llamamos en Brasil «justa causa». Esos dos motivos, que se asemejan bastante, fueron categorizados por separado para que se vieran las maneras utilizadas para motivar el archivo de la investigación en el STJ. Por la investigación empírica, se ve que se utiliza el fundamento de la falta de «justa causa» cuando hay una certeza más fuerte por parte de la Fiscalía sobre la ausencia de cualquier soporte probatorio mínimo que demuestre la materialidad del crimen o indicios razonables de autoría. Ya la afirmación de que no hay elementos o pruebas de los hechos investigados ultrapasa la anterior: hay sospechas, pero faltan más elementos sobre las circunstancias del crimen y el grado de participación del investigado en los hechos capaces de fundamentar una acusación. De hecho, esa fase investigativa no se destina a la búsqueda de pruebas que lleven a la certeza de la autoría y de la materialidad, pero la demostración de que el hecho delictivo ocurrió y de los indicios que apunten al aforado como su autor, imprescindibles para la acusación.

Por un lado, la utilización de estos motivos sobre la ausencia de soporte probatorio para la acusación, para archivar una investigación, evidencia el alto grado de discrecionalidad del Ministerio Público. El archivo de la investigación en el STJ, que no sea por el reconocimiento de la extinción de la punibilidad o por la negativa de su propia apertura, es siempre pedido por la Fiscalía General de la República. El magistrado ponente no interviene en el futuro de la investigación, que pertenece a la Fiscalía. Si la Fiscalía pide que el caso sea archivado, el Tribunal no se lo puede negar. Así que, en términos de investigación, la selectividad en la criminalización de aforados está totalmente en manos del Ministerio Público.

En el estudio aquí presentado, sólo fueron identificados tres casos en que el STJ se la quitó de la iniciativa de la Fiscalía la decisión sobre el futuro de la

investigación. El primero, el que el magistrado ponente negó la apertura de Sindicancia<sup>184</sup> contra aforado juez, bajo el argumento de que la Fiscalía no habría indicado bien el objeto de la investigación y su relevancia penal. El segundo caso fue el de la negativa de continuar con las investigaciones de una Sindicancia como Inquérito<sup>185</sup>, por decisión unilateral del magistrado ponente, bajo el argumento de que no había «justa causa» para seguir con la apuración de delito tributario practicado por un magistrado. El tercero fue el de una decisión unilateral del magistrado ponente para archivar una investigación contra un consejero de Tribunal de Cuentas, por reconocer que había en ella un constreñimiento ilegal al investigado, dado que la investigación<sup>186</sup> ya duraba 7 años.

Sin embargo, por otro lado, la invocación de la ausencia de elementos o pruebas como primer motivo para el archivo de las investigaciones expone una gran frustración de la Fiscalía con la ineffectividad de este trabajo investigativo para los tipos de crímenes que involucran a los poderosos. En ese sentido, eso justifica, en cierta manera, la larga duración de la tramitación de las investigaciones. En muchos casos, como en el de los aforados políticos, por ejemplo, la búsqueda de pruebas del delito o de la participación de la autoridad aforada en los hechos sigue hasta que llegue el fin del mandato y la pérdida sobrevenida de la condición de aforado.

En muchos casos identificados en el presente estudio, hubo incluso afirmaciones de desahogo de la Fiscalía cuando pidió el archivo del caso registrando que la práctica del crimen era indudable, pero no había como relacionarla al aforado investigado. En otros, la Fiscalía se rindió al límite razonable de duración de los trabajos, que necesitaban tener un final: invocó la orientación 26/2016 de la 2ª Cámara de Coordinación y Revisión del Ministerio Público Federal para pedir el archivo de la investigación justificado en la antigüedad del hecho investigado, el agotamiento de las diligencias investigativas razonablemente exigibles o la inexistencia de una línea de investigación potencialmente idónea.

---

<sup>184</sup>SD 315

<sup>185</sup>INQ 960

<sup>186</sup>INQ 651

Para ilustrar esos análisis, la tabla 104 compara las estadísticas sobre la duración de la investigación cuanto al motivo del archivo del caso, considerando esos tres principales motivos descritos arriba: por ausencia de crimen, por ausencia de pruebas o por ausencia de indicios mínimos.

**Tabla 104** - Tiempo de duración de la investigación por motivo del archivo

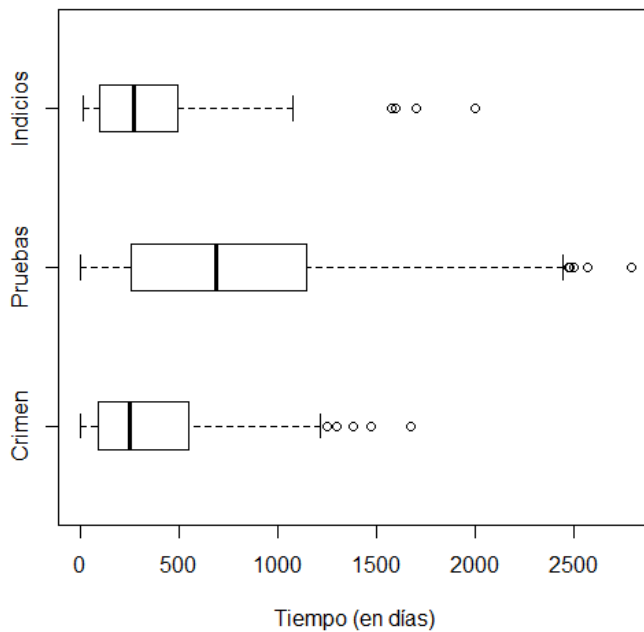
Estadística	Archivo por ausencia de		
	Crimen	Pruebas	Indicios
Recuento	149	211	96
Media	387,3	810,5	376,5
Desviación típica	382,7	685,0	381,8
Coefficiente de variación	98,8%	84,5%	101,4%
Mínimo	1	0	9
1er Cuartil	90	257	97
Mediana	247	687	266
3er Cuartil	548	1142,5	481,8
Máximo	1676	2793	2002

Por la ilustración 9, que trae los datos de la tabla 104, es evidente la diferencia entre los tiempos de duración de la investigación cuando es archivada por ausencia de pruebas y los archivados por ausencia de crimen y de indicios mínimos.<sup>187</sup> El tiempo de duración de la investigación cuando el archivo es determinado por ausencia de pruebas es bien superior. Entre los tiempos de duración de la investigación para los archivos por ausencia de crimen y de indicios mínimos no hay diferencia significativa.<sup>188</sup>

<sup>187</sup>P-valor < 0,00001 para la prueba t de diferencia de medias para ambas comparaciones.

<sup>188</sup>P-valor = 0,216512 para la prueba t de diferencia de medias.

**Ilustración 9** - Tiempo de duración de la investigación por motivo del archivo



Volviendo a los demás motivos de archivo de las investigaciones estudiadas, en 48 casos (9,1%) ocurrió la extinción de la punibilidad, 38 de ellos por prescripción, mientras los otros 10 por otras causas extintivas, como la muerte del acusado, la caducidad del derecho de querellarse o el pago de la deuda fiscal. En 11 casos (2,1%) el Tribunal consideró que el medio elegido para investigar la autoridad no era el adecuado, como en los casos en que era un particular quien pedía la apertura de la investigación, cuando la atribución era de la Fiscalía; o que los pedidos de apertura eran anónimos; o cuando se trataba de un caso que dependía de la representación de la víctima que no la hiciera. En 6 casos no hemos podido conocer los motivos del archivo y en 2 casos la apertura de la investigación fue denegada desde su inicio: una de un INQ, cuya apertura fuera pedida por los ofendidos con base en denuncia anónima y otra de una SD porque la Fiscalía no habría indicado bien el objeto de la investigación y su relevancia penal.

Examinando la fase actual de los procedimientos de investigación a partir de los cargos de los investigados, tenemos la siguiente distribución:

**Tabla 105** - Número de procedimientos de investigación por cargo del aforado y fase actual (31/03/2018)

Fase actual (en 31/3/2018)	Juez	Político	Político-Juez	Total
Archivado	293 (73,8%) <sup>189</sup>	94 (50,5%)	138 (71,1%)	525
Inhibición	65 (16,4%)	74 (39,8%)	24 (12,4%)	163
En tramitación	27 (6,8%)	13 (7,0%)	19 (9,8%)	59
Reclasificados	12 (3,0%)	5 (2,7%)	13 (6,7%)	30
<b>Total</b>	<b>397</b> (100%)	<b>186</b> (100%)	<b>194</b> (100%)	<b>777</b> <sup>190</sup>

Se observa que las investigaciones incoadas contra aforados políticos sufrieron proporcionalmente más casos de inhibición que los de aforados jueces y aforados políticos-jueces. De los 186 procedimientos de investigación abiertos contra aforados políticos, 74 (39,8%) fueron inhibidos a otras instancias judiciales, lo que se puede atribuir, justamente, a la naturaleza de su cargo, temporalmente limitada al mandato ejercido y que no coincide con el tiempo de duración que suele tener las investigaciones en el STJ. De hecho, de esos 74 casos, en 34 la pérdida del aforamiento ocurrió por el término del mandato del investigado.

Las investigaciones contra aforados jueces fueron inhibidas en el 16,4% de los casos, la mayoría por jubilación de la autoridad investigada:

<sup>189</sup>Porcentajes calculados en función del total de casos por cargo.

<sup>190</sup>Excluidos dos casos: la SD 438, que investigaba a dos magistradas y que tuvo como resultado el archivo para una e inhibición para la otra, ocupando, así dos categorías de fase actual a la vez y el caso presentado en la tabla 99, de remesa a la Policía Federal para más investigaciones (INQ 612), que involucraba a un consejero de Tribunal de Cuentas y que ha sido un caso único y excepcional en el estudio, sin representatividad, por lo tanto, para los análisis aquí propuestos. Para ese recuento, fue mantenida, también, la exclusión de los 4 casos mencionados para la tabla 73, que mezclaban aforados de categorías distintas: un caso en que un gobernador era investigado en conjunto con un miembro del Ministerio Público y tres casos que involucraban a consejeros de Tribunal de Cuentas – un investigado con el gobernador y dos con magistrados (INQ 590, INQ 1019, SD 562 y SD 601).

**Tabla 106** - Número de procedimientos de investigación contra aforados jueces inhibidos por motivo de la pérdida del aforamiento

Motivo de la pérdida del aforamiento	Recuento	Porcentaje (%)
Jubilación voluntaria	26	40,0
Jubilación compulsoria	19	29,2
Término del mandato como juez electoral	14	21,6
Presencia de investigado aforado en el STF	4	6,2
Modificación en el cargo	1	1,5
Sin información del motivo	1	1,5
<b>Total</b>	<b>65</b>	<b>100,0</b>

Entre los aforados políticos-jueces, 12,4% de las investigaciones fueron inhibidas (24 casos): en 12 hubo la renuncia del mandato de consejero, en 9 hubo su jubilación y en 3 estaba siendo investigado con autoridad aforada en el STF.

Por otra parte, la mayoría de las investigaciones, para todos los aforados del STJ, fueron archivadas. Para los aforados jueces, eso ocurrió en el 73,8% de los casos, mientras para los aforados políticos-jueces fueron archivados 71,1% de los procedimientos de investigación y para los aforados políticos, 50,5%.

**Tabla 107** - Número de procedimientos de investigación archivados contra aforados jueces por motivo del archivo

Motivo del archivo	Recuento	Porcentaje (%)
Ausencia de elementos/pruebas	100	34,1
Ausencia de crimen	88	30,0
Ausencia de indicios/justa causa	61	20,8
Extinción de la punibilidad	28	9,6
Medio elegido es inadecuado	10	3,4
Motivo del archivo no disponible	4	1,4
Apertura del caso denegada	2	0,7
<b>Total</b>	<b>293</b>	<b>100,0</b>



**Tabla 108** - Número de procedimientos de investigación archivados contra aforados políticos por motivo del archivo

Motivo del archivo	Recuento	Porcentaje (%)
Ausencia de elementos/pruebas	38	40,4
Ausencia de crimen	35	37,2
Ausencia de indicios/justa causa	15	16,0
Extinción de la punibilidad	4	4,2
Medio elegido es inadecuado	1	1,1
Motivo del archivo no disponible	1	1,1
Total	94	100,0

**Tabla 109** - Número de procedimientos de investigación archivados contra aforados políticos-jueces por motivo del archivo

Motivo del archivo	Recuento	Porcentaje (%)
Ausencia de elementos/pruebas	74	53,6
Ausencia de crimen	27	19,6
Ausencia de indicios/justa causa	20	14,5
Extinción de la punibilidad	16	11,6
Motivo del archivo no disponible	1	0,7
Total	138	100,0

Calculamos el tiempo de duración de la investigación, haciendo el recuento de los números de días transcurridos entre la fecha de inicio de la investigación en el STJ y la de finalización de su tramitación como investigación en aquella Corte, utilizando la función DÍAS360 de Excel. Se consideró como fecha de inicio de la investigación la fecha de inicio de la tramitación del caso en la clase procesal en que terminada su tramitación. Así, si un INQ había sido antes tramitado como SD, no fue considerada la fecha de inicio de la tramitación de la SD, sino la del INQ. Eso fue una decisión metodológica que, si bien considera un tiempo menor de duración en los 37 casos de investigación que se tramitaron como más de una clase procesal en el STJ, unificó el patrón de análisis para, por ejemplo, los casos que fueron inhibidos para el STJ por la adquisición de la condición de aforado, en los cuales había un tiempo de duración de investigación anterior, transcurrido en primera instancia. Con eso, se decidió tomar como tiempo de duración los días de tramitación del caso en la fase en que fue finalizado.

La fecha de finalización del caso fue considerada la del día del fallo y no de su publicación. Si bien la fecha de la publicación es la que rige realmente el tiempo del proceso, para fines de conocimiento de la resolución y recursos, el objetivo de estos análisis era tener una idea más cercana de la realidad de la criminalización de aforados sobre cuánto tarda para que el Tribunal se convenza de la responsabilidad o no de la autoridad y, en ese sentido, convenía al estudio elegir un padrón de fechas que no tuviera interferencias de la burocracia administrativa del Tribunal sobre la publicación de la resolución.

Más de la mitad de los casos necesita más de 1 año para concluir la investigación. Sólo el 28,1% se tramita en menos de seis meses.

**Tabla 110** - Número de investigaciones concluidas por tiempo de duración de la investigación

<b>Tiempo (años)</b>	<b>Tiempo (días)</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>	<b>Porcentaje acumulado (%)</b>
	Hasta 180	202	28,1	28,1
	181 a 360	131	18,2	46,3
1 año	361 a 540	84	11,7	57,9
	541 a 720	92	12,8	70,7
2 años	721 a 900	55	7,6	78,3
	901 a 1080	35	4,9	83,2
3 años	1081 a 1260	32	4,4	87,6
	1261 a 1440	24	3,3	91,0
4 años	1441 a 1620	10	1,4	92,4
	1621 a 1800	16	2,2	94,6
5 años	1801 a 1980	8	1,1	95,7
	1981 a 2160	10	1,4	97,1
6 años	2161 a 2340	10	1,4	98,5
	2341 a 2520	7	1,0	99,4
7 años	2521 a 2700	1	0,1	99,6
	2701 a 2880	1	0,1	99,7
8 años	2881 o más	2	0,3	100,0
	<b>Total</b>	<b>720<sup>191</sup></b>	<b>100,0</b>	<b>-</b>

<sup>191</sup>Los casos examinados en cuanto al tiempo de duración equivalen al total de procedimientos de investigación estudiados (783) menos 59 procedimientos que todavía se estaban tramitando en el STJ. Fueron excluidos del total 3 casos que no hemos podido obtener la fecha de conclusión (INQ 691, INQ 945

La estadística muestra que la media de duración de las investigaciones en el STJ es de 593 días.

**Tabla 111** - Tiempo de duración de la investigación

<b>Estadística</b>	<b>Valor</b>
Recuento	720
Media	593,4
Desviación típica	585,6
Coefficiente de variación	98,7%
Mínimo	0
1er Cuartil	149,8
Mediana	405,5
3er Cuartil	809
Máximo	3719

Calculamos, también, el tiempo de duración para los procedimientos de investigación todavía en tramitación cuando terminado el período del presente estudio. Se consideró el número de días transcurridos entre la fecha de inicio del procedimiento en el STJ (en la clase procesual en que se tramitaba en aquel momento) y la fecha de 31/03/2018, utilizándose la función DÍAS360 de Excel. La tabla 112 presenta la distribución del número de procedimientos en tramitación por tiempo de duración de la investigación.

---

y SD 397) y el INQ 1019 que tuvo dos decisiones con fechas distintas, una para cada aforado (juez y consejero).

**Tabla 112** - Número de procedimientos en tramitación por tiempo de duración de la investigación

Tiempo (años)	Tiempo (días)	Recuento	Porcentaje (%)	Porcentaje acumulado (%)
	Hasta 180	0	-	0,0
	181 a 360	0	-	0,0
1 año	361 a 540	3	5,3	5,3
	541 a 720	14	24,6	29,8
2 años	721 a 900	11	19,3	49,1
	901 a 1080	8	14,0	63,2
3 años	1081 a 1260	4	7,0	70,2
	1261 a 1440	1	1,8	71,9
4 años	1441 a 1620	2	3,5	75,4
	1621 a 1800	6	10,5	86,0
5 años	1801 a 1980	5	8,8	94,7
	1981 a 2160	1	1,8	96,5
6 años	2161 a 2340	0	-	96,5
	2341 a 2520	0	-	96,5
7 años	2521 a 2700	1	1,8	98,2
	2701 a 2880	0	-	98,2
8 años	2881 o más	1	1,8	100,0
	Total	57	100,0	-

Todos los procedimientos en tramitación llevaban en curso más de 1 año. Casi un 70% de los procedimientos llevaba más de 2 años. Prácticamente un tercio se tramitaba desde hacía más de 3 años y un 14% de los casos hacía más de 5.

Las estadísticas sobre la duración de la tramitación de los procedimientos que todavía estaban en curso en el STJ muestran que la media de tiempo era de más de 1119 días.

**Tabla 113** - Tiempo de duración de los procedimientos todavía en tramitación

Estadística	Valor
Recuento	57
Media	1119,1
Desviación típica	572,8
Coefficiente de variación	51,2%
Mínimo	472
1er Cuartil	720
Mediana	934
3er Cuartil	1598
Máximo	3006

#### **4.6.2. La segunda etapa del proceso de criminalización de aforados en el STJ: la tramitación de «ações penais»**

Pasamos, ahora, a los análisis de la fase siguiente del proceso de criminalización de aforados en el STJ: la tramitación de las «ações penais» (APNs).

En el periodo estudiado fueron identificadas 282 APNs en el STJ. Esos procesos constituyen el paso más avanzado en la criminalización secundaria de aforados.

Las acusaciones fueron formuladas contra las siguientes autoridades:

**Tabla 114** - Número de APNs por tipo de cargo del aforado

Cargo	Recuento	Porcentaje (%)
Magistrado	120	42,6
Ministerio Público	19	6,7
Ministerio Público / Magistrado	1	0,4
Gobernador	39	13,8
Consejero de Tribunal de Cuentas	101	35,8
Consejero de Tribunal de Cuentas / Gobernador	2	0,7
Total	282	100,0

Tal cual ocurrió en la presentación de los datos para Catalunya, la distribución de casos de la tabla 114 considera que, cuando hay información de más de

un tipo de cargo, cada cargo corresponde a uno o más investigado(s). De la misma manera, la información de un único tipo de cargo significa que puede haber uno o más aforados con aquél cargo en el proceso.

Agrupando los cargos en las tres categorías antes mencionadas – «aforados jueces», «aforados políticos» y «aforados políticos-jueces» – se verifica que prácticamente mitad (49,6%) es de aforados jueces. Los aforados políticos-jueces suman casi 36% de los procesos; los aforados políticos representan aproximadamente 14% de los casos. Hubo, también, 2 (dos) casos de aforados políticos y políticos-jueces denunciados en conjunto (gobernador y consejero de Tribunal de Cuentas).

**Tabla 115** - Número de APNs por categorías de aforados

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Aforados jueces	140	49,6
Aforados políticos-jueces	101	35,8
Aforados políticos	39	13,8
Aforados políticos / políticos-jueces	2	0,8
<b>Total</b>	<b>282</b>	<b>100,0</b>

Considerada de manera general, esa información demostraría una correspondencia entre la tendencia estadística de las dos etapas de criminalización secundaria de aforados – la investigación y la acusación. En la fase de investigación, se vio que había procedimientos abiertos en mayor número contra aforados jueces, luego contra políticos-jueces y, finalmente, contra aforados políticos, orden que se mantiene en la fase de acusación, aunque la presencia de aforados políticos en esa fase cae bastante en comparación con la fase anterior. Sin embargo, sobre la presencia de los aforados jueces en primer lugar en los casos transformados en proceso con la acusación, hay un elemento importante de análisis que merece ser resaltado: las acciones penales privadas.

Más de un tercio de los procesos no constituyó un intento de criminalización de autoridades por parte de la Fiscalía, sino que resultaron de la iniciativa de un particular:

**Tabla 116** - Número de APNs por tipo de iniciativa de la acusación

Tipo de iniciativa	Recuento	Porcentaje (%)
Privada	108	38,3
Pública	174	61,7
Total	282	100,0

Como se explicó en el subcapítulo 3.6.2, la «ação penal» puede ser pública o privada. El Ministerio Público tiene el monopolio de la acusación pública, mientras el particular ofendido puede promocionar la acusación privada, en los casos determinados en la ley penal, y la acusación subsidiaria, en los casos de inacción de la Fiscalía. En la investigación empírica, aparecen las tres modalidades de acusación: la pública, promocionada por el Ministerio Fiscal; la privada, normalmente ejercida por las víctimas de crímenes contra el honor practicados por aforados; y la privada subsidiaria de la pública, ofrecida por supuesta inacción del Ministerio Fiscal y que, después de presentada, pasa a ser llevada por ese órgano de acusación.

Como se ha visto, de las 282 APNs estudiadas, 108 (38,3%) son acusaciones privadas, mientras 174 (61,7%) son públicas, ejercidas por el Ministerio Fiscal. Es nítida la diferencia<sup>192</sup> de proporción entre acusaciones públicas y privadas.

Analizando los casos por categorías de aforados, se verificó por qué medio fueron criminalizados en el STJ: si por acusaciones públicas o privadas. Entre los 140 aforados jueces criminalizados, 56 fueron objeto de acusación pública (40%), mientras 84 fueron acusados por particulares (60%). Entre los 39 aforados políticos, 28 fueron acusados por la Fiscalía (71,8%) y 11 (28,2%) por acusación privada. Entre los 101 aforados «políticos-jueces», 88 (87,18%) sufrieron acusación pública y 13 (12,9%) acusación privada:

---

<sup>192</sup> P-valor = 0,0001085 para el test de proporción.

**Tabla 117** - Número de APNs por cargo del aforado por iniciativa de la acusación

<b>Cargo</b>	<b>Pública</b>	<b>Privada</b>	<b>Total</b>
Aforados jueces	56 (40,0%)	84 (60,0%)	140 (100,0%)
Aforados políticos	28 (71,8%)	11 (28,2%)	39 (100,0%)
Aforados políticos-jueces	88 (87,1%)	13 (12,9%)	101 (100,0%)
<b>Total</b>	<b>172</b> (61,4%)	<b>108</b> (38,6%)	<b>280</b> (100,0%)

En la tabla 117 fueron retirados del análisis los dos casos de gobernador y consejero de Tribunal de Cuentas denunciados en conjunto, mencionados anteriormente. Los resultados demuestran la clara asociación entre las variables<sup>193</sup> «cargo del aforado» e «iniciativa de acusación»: los aforados políticos y aforados políticos-jueces son, estadísticamente, más criminalizados por la acción de la Fiscalía.

Tomándose, exclusivamente, las APNs iniciadas por acusación privada, se ve que fueron más direccionadas a los aforados jueces.

**Tabla 118** - Número de APNs privadas por cargo del aforado

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Aforados jueces	84	77,8
Aforados políticos-jueces	13	12,0
Aforados políticos	11	10,2
<b>Total</b>	<b>108</b>	<b>100,0</b>

Importante mencionar que, entre las 108 acusaciones privadas, 18 eran de acusaciones privadas subsidiarias de la pública, todas presentadas contra aforados del Poder Judicial. De ellas, 7 fueron presentadas por el mismo querellante. El inconformismo, en todas ellas, estaba en el archivo del caso o en la demora en examinarlo, en ámbito interno, por la Fiscalía; 16 se relacionaban al resultado de demanda en que el querellante era parte; 2 trataban de crímenes contra el honor de funcionario público en que la acusación es pública, condicionada a la representación del ofendido, pero que la

<sup>193</sup>P-valor < 0,00001 para la prueba de chi-cuadrado.



Fiscalía decidió no actuar, archivando el caso. Todas las demás acusaciones privadas trataban de crimen contra el honor practicados por autoridad aforada.

Las APNs públicas, por su parte, fueron más direccionadas a los aforados políticos-jueces.

**Tabla 119** - Número de APNs públicas por cargo del aforado

Cargo	Recuento	Porcentaje (%)
Aforados políticos-jueces	88	51,2
Aforados jueces	56	32,5
Aforados políticos	28	16,3
Total	172	100,0

Los cargos de los aforados acusados eran originarios de los siguientes Estados de la federación:

**Tabla 120** - Número de APNs por Unidad Federativa de origen del cargo del aforado (por orden decreciente de cantidad de aforados)

UF	Recuento	Porcentaje (%)
MT	75	26,6
MS	38	13,5
DF	22	7,8
RJ	20	7,1
BA	19	6,7
AP	14	5,0
PR	14	5,0
SP	12	4,3
TO	9	3,2
MG	8	2,8
CE	6	2,1
GO	6	2,1
ES	5	1,8
PA	5	1,8
RS	5	1,8
AL	4	1,4

RR	4	1,4
RO	3	1,1
MA	2	0,7
PE	2	0,7
PI	2	0,7
RN	2	0,7
SC	2	0,7
AM	1	0,4
PB	1	0,4
SE	1	0,4
<b>Total</b>	<b>282</b>	<b>100,0</b>

Agrupando las Unidades Federativas por las regiones geográficas a que pertenecen, tenemos la siguiente distribución de casos:

**Tabla 121** - Número de APNs por región geográfica y UF del cargo del aforado

<b>Región/UF</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Región Norte	36	12,8
Rondônia	3	
Acre	-	
Amazonas	1	
Roraima	4	
Pará	5	
Amapá	14	
Tocantins	9	
Región Nordeste	39	13,8
Maranhão	2	
Piauí	2	
Ceará	6	
Rio Grande do Norte	2	
Paraíba	1	
Pernambuco	2	
Alagoas	4	
Sergipe	1	
Bahia	19	

Región Sudeste	45	16,0
Minas Gerais	8	
Espírito Santo	5	
Rio de Janeiro	20	
São Paulo	12	
Región Sul	21	7,4
Paraná	14	
Santa Catarina	2	
Rio Grande do Sul	5	
Región Centro-Oeste	141	50,0
Mato Grosso do Sul	38	
Mato Grosso	75	
Goiás	6	
Distrito Federal	22	
<b>TOTAL</b>	<b>282</b>	<b>100,0</b>

Por las informaciones de la tabla anterior, se ve que fueron acusadas, con mayor frecuencia, autoridades cuyo cargo provenía, primero, de la región Centro-Oeste (50% de los casos), seguida por la región Sudeste (16%), Nordeste (13,8%), Norte (12,8%) y Sul (7,4%). Sin embargo, hay que mencionar que, en la presencia masiva de acusaciones provenientes de la región Centro-Oeste, hay 62 denuncias presentadas contra un mismo consejero del Tribunal de Cuentas de Mato Grosso, involucrado en desvío de caudales públicos de la Casa Legislativa de aquél Estado y que, por elección de la Fiscalía, fue abierto un procedimiento para cada fraude perpetrado por el acusado. En segundo lugar, hay en los números de la región Centro-Oeste 31 acusaciones de un mismo querellante L.E.A.B, contra miembros del Tribunal de Justicia de Mato Grosso do Sul, por crimen contra el honor.

Especificando las regiones geográficas de procedencia de los cargos de las autoridades procesadas, tenemos los resultados de la tabla 122:

**Tabla 122** - Número de APNs por cargo y región geográfica de origen

Cargo	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro-Oeste	Total
Magistrado	14	17	29	9	51	120
Ministerio Público	-	2	5	2	10	19
Ministerio Público / Magistrado	-	-	1	-	-	1
Gobernador	14	7	5	2	11	39
Consejero de Tribunal de Cuentas	8	13	5	8	67	101
Consejero de Tribunal de Cuentas / Gobernador	-	-	-	-	2	2
<b>Total</b>	<b>36</b>	<b>39</b>	<b>45</b>	<b>21</b>	<b>141</b>	<b>282</b>

Agrupando las autoridades por categorías de aforados y cruzando la información con la región geográfica, se ve claramente la desproporción<sup>194</sup> por tipos de aforados de una región a otra:

**Tabla 123** - Número de APNs categorías de aforados y región geográfica de origen del cargo

Cargo	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro-Oeste	Total
Aforados jueces	14 (38,9%)	19 (48,7%)	35 (77,8%)	11 (52,4%)	61 (43,9%)	140 (50,0%)
Aforados políticos	14 (38,9%)	7 (17,9%)	5 (11,1%)	2 (9,5%)	11 (7,9%)	39 (13,9%)
Aforados políticos-jueces	8 (22,2%)	13 (33,3%)	5 (11,1%)	8 (38,1%)	67 (48,2%)	101 (36,1%)
<b>Total</b>	<b>36</b> (100,0%)	<b>39</b> (100,0%)	<b>45</b> (100,0%)	<b>21</b> (100,0%)	<b>139</b> (100,0%)	<b>280</b> (100,0%)

Analizando a nivel nacional la distribución de cada categoría de autoridades aforadas procesadas por la región de origen de su cargo, se tienen los siguientes resultados:

<sup>194</sup>P-valor < 0,00001 para la prueba chi-cuadrado.

**Tabla 124** - Número de APNs de aforados jueces por región geográfica

Región geográfica	Recuento	Porcentaje (%)
Centro-Oeste	61	43,6
Sudeste	35	25,0
Nordeste	19	13,6
Norte	14	10,0
Sul	11	7,8
<b>Total</b>	<b>140</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 125** - Número de APNs de aforados políticos por región geográfica

Región geográfica	Recuento	Porcentaje (%)
Norte	14	35,9
Centro-Oeste	11	28,2
Nordeste	7	18
Sudeste	5	12,8
Sul	2	5,1
<b>Total</b>	<b>39</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 126** - Número de APNs de aforados políticos-jueces por región geográfica

Región geográfica	Recuento	Porcentaje (%)
Centro-Oeste	67	66,4
Nordeste	13	12,9
Norte	8	7,9
Sul	8	7,9
Sudeste	5	4,9
<b>Total</b>	<b>101</b>	<b>100,0</b>

En Brasil, los análisis sobre el sexo del aforado reflejan la excesivamente baja presencia femenina entre las autoridades de poder político y entre los integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público de categoría jerárquicamente más elevada. La tabla 127 presenta la distribución del número de acusaciones considerando la presencia de aforado de sexo femenino, que, como visto, ocurrió en 7,1% de los casos.

**Tabla 127** - Número de APNs con presencia de autoridad de sexo femenino

Sexo femenino	Recuento	Porcentaje (%)
No	261	92,6
Si	20	7,1
No informado	1	0,4
<b>Total</b>	<b>282</b>	<b>100,0</b>

Relacionando el cargo del aforado<sup>195</sup> con el sexo (presencia de aforado de sexo femenino<sup>196</sup>), se tiene que, en todas las APNs en que hay esta presencia, las procesadas eran aforadas juezas (fiscales y juezas de Tribunal).

**Tabla 128** - Número de APNs por categoría de aforados y presencia de autoridad de sexo femenino

Cargo	Sexo femenino	Sexo masculino	Total
Aforados jueces	20 (14,4%)	119 (85,6%)	139 (100,0%)
Aforados políticos	-	39 (100,0%)	39 (100,0%)
Aforados políticos-jueces	-	101 (100,0%)	101 (100,0%)
<b>Total</b>	<b>20</b> (7,2%)	<b>259</b> (92,8%)	<b>279</b> (100,0%)

De hecho, como se explicó en los subcapítulos 3.5.1 y 3.5.4, la presencia femenina entre los aforados políticos y políticos-jueces es extremadamente baja. Entre los consejeros de Tribunales de Cuentas, sólo en torno del 11% son mujeres y, para el período investigado, sólo hubo 6 gobernadoras de Estado.

Por lo que respecta al número de aforados acusados en cada proceso, solamente en 3 casos hubo más de un aforado involucrado al mismo tiempo: un caso de aforado magistrado acusado en conjunto con un fiscal y dos casos de gobernador acusado con consejero de Tribunal de Cuentas.

<sup>195</sup>Se excluyen, para los análisis por macro categorías de aforados, los 2 casos en que consejero de Tribunal de Cuentas y gobernador fueron denunciados en conjunto.

<sup>196</sup>Excluido el caso en que el sexo del aforado no pudo ser averiguado.

**Tabla 129** - Número de APNs por número de aforados procesados

Número de aforados	Recuento	Porcentaje (%)
1	279	98,9
>1	3	1,1
Total	282	100,0

En la tabla 130 se hizo el recuento del número de APNs en las cuales se verificó la ocurrencia de cada categoría de crimen establecida para el presente estudio. Como para cada APN puede haber uno o más aforados y para cada uno de ellos puede haber la incidencia de uno o más crímenes, los porcentajes fueron calculados siempre en relación al número total de APNs.

**Tabla 130** - Número de APNs por tipo de crimen

Crimen	Recuento	Porcentaje (%)
1) Crímenes contra el honor (CPB 138 a 145)	101	35,8
2) Crímenes contra la administración pública	148	52,5
Crímenes practicados por funcionario público contra la administración en general y abuso de autoridad	127	45,0
Crímenes practicados por particular contra la administración en general	5	1,8
Crímenes contra la administración de la justicia (CPB arts. 338 a 359) y blanqueo de capitales	81	28,7
Crímenes de responsabilidad	9	3,2
Crímenes de la ley de licitaciones	11	3,9
3) Crímenes electorales	5	1,8
4) Crímenes contra el patrimonio – CPB arts. 155 a 183	5	1,8
5) Crímenes contra la vida y la integridad física – CPB 121 a 137, violencia doméstica y crímenes del Código de Tráfico	11	3,9
6) Crímenes contra la fe pública – arts. 289 a 311	12	4,3
7) Crímenes contra a incolumidad pública – arts. 250 a 285 y de la ley de desarmamiento	8	2,8
8) Crímenes fiscales: de la legislación tributaria	3	1,1
9) Crímenes contra el sistema financiero: CPB 359-A a 359-H, Ley n. 7492/86 y Ley 8176/91	2	0,7
10) Crímenes contra la libertad individual - CPB 146 a 154	4	1,4
11) Crímenes ambientales	5	1,8

12) Crímenes contra la dignidad sexual (arts. 213 a 218-B CPB y ECA – Estatuto del niño y del adolescente)	1	0,4
13) Crímenes contra la paz pública (286 a 288-A) y ley de organización criminosa (Ley 12.850/13)	23	8,2
14) Otros	2	0,7

La tabla 131 detalla, para cada tipo de crimen, el número de procedimientos por tipo de aforado. Los porcentajes fueron calculados en relación al total de casos de cada tipo de crimen, de modo que los valores de cada fila suman siempre 100%. Los dos casos categorizados como «aforados políticos / políticos-jueces» no fueron considerados, de modo que el número de procedimientos por tipo de crimen de la tabla 131 puede no coincidir con el de la tabla 130.

**Tabla 131** - Número de APNs por tipo de crimen y categorías de aforados

Crimen	Aforado Juez	Aforado Político	Aforado Político-Juez
1) Crímenes contra el honor (CPB 138 a 145)	74 (73,3%)	12 (11,9%)	15 (14,8%)
2) Crímenes contra la administración pública	50 (34,2%)	20 (13,7%)	76 (52,1%)
Crímenes practicados por funcionario público contra la administración en general y abuso de autoridad	42 (33,3%)	11 (8,7%)	73 (58%)
Crímenes practicados por particular contra la administración en general	4 (80,0%)	-	1 (20,0%)
Crímenes contra la administración de la justicia (CPB arts. 338 a 359) y blanqueo de capitales	14 (17,5%)	4 (5,0%)	62 (77,5%)
Crímenes de responsabilidad	2 (22,2%)	6 (66,7%)	1 (11,1%)
Crímenes de la ley de licitaciones	1 (10,0%)	8 (80,0%)	1 (10,0%)
3) Crímenes electorales	1 (20,0%)	2 (40,0%)	2 (40,0%)
4) Crímenes contra el patrimonio – CPB arts. 155 a 183	2 (40,0%)	1 (20,0%)	2 (40,0%)
5) Crímenes contra la vida y la integridad física – CPB 121 a 137, violencia doméstica y crímenes del Código de Tráfico	9 (81,8%)	1 (9,1%)	1 (9,1%)
6) Crímenes contra la fe pública – arts. 289 a 311	6 (54,5%)	3 (27,3%)	2 (18,2%)



7) Crímenes contra a incolumidad pública – arts. 250 a 285 y de la ley de desarmamiento	4 (50,0%)	2 (25,0%)	2 (25,0%)
8) Crímenes fiscales: de la legislación tributaria	1 (33,3%)	-	2 (66,7%)
9) Crímenes contra el sistema financiero: CPB 359-A a 359-H, Ley n. 7492/86 y Ley 8176/91	1 (50,0%)	-	1 (50,0%)
10) Crímenes contra la libertad individual - CPB 146 a 154	2 (50,0%)	-	2 (50,0%)
11) Crímenes ambientales	3 (60,0%)	1 (20,0%)	1 (20,0%)
12) Crímenes contra la dignidad sexual (arts. 213 a 218-B CPB y ECA – Estatuto del niño y del adolescente)	1 (100,0%)	-	-
13) Crímenes contra la paz pública (286 a 288-A) y ley de organización criminosa (Ley 12.850/13)	15 (68,2%)	5 (22,7%)	2 (9,1%)
14) Otros	2 (100,0%)	-	-

Consolidando los datos de la tabla anterior para cada categoría de aforados, se puede tener una idea de por qué tipos de crímenes los aforados en el STJ suelen ser más acusados:

**Tabla 132** - Número de APNs contra aforados jueces por tipo de crimen

<b>Crimen</b>	<b>Recuento</b>
Crímenes contra el honor	74
Crímenes contra la administración pública	50
Crímenes contra la paz pública y de la ley de organización criminosa	15
Crímenes contra la vida y la integridad física, violencia doméstica y crímenes del Código de Tráfico	9
Crímenes contra la fe pública	6
Crímenes contra a incolumidad pública y de la ley de desarmamiento	4
Crímenes contra el patrimonio	3
Crímenes contra la libertad individual	2
Otros	2
Crímenes electorales	2
Crímenes fiscales: de la legislación tributaria	1
Crímenes contra el sistema financiero	1
Crímenes contra la dignidad sexual	1

**Tabla 133** - Número de APNs contra aforados políticos por tipo de crimen

<b>Crimen</b>	<b>Recuento</b>
Crímenes contra la administración pública	20
Crímenes contra el honor	12
Crímenes contra la paz pública y de la ley de organización criminosa	5
Crímenes contra la fe pública	3
Crímenes electorales	2
Crímenes contra a incolumidad pública y de la ley de desarmamiento	2
Crímenes contra el patrimonio	1
Crímenes contra la vida y la integridad física, violencia doméstica y crímenes del Código de Tráfico	1
Crímenes ambientales	1
Crímenes contra la libertad individual	-
Crímenes contra el sistema financiero	-
Crímenes fiscales: de la legislación tributaria	-
Otros	-

**Tabla 134** - Número de APNs contra aforados políticos-jueces por tipo de crimen

<b>Crimen</b>	<b>Recuento</b>
Crímenes contra la administración pública	76
Crímenes contra el honor	15
Crímenes electorales	2
Crímenes contra el patrimonio	2
Crímenes contra la fe pública	2
Crímenes contra a incolumidad pública y de la ley de desarmamiento	2
Crímenes fiscales: de la legislación tributaria	2
Crímenes contra la libertad individual	2
Crímenes contra la paz pública y de la ley de organización criminosa	2
Crímenes contra la vida y la integridad física, violencia doméstica y crímenes del Código de Tráfico	1
Crímenes contra el sistema financiero	1
Crímenes ambientales	1
Crímenes contra la dignidad sexual	-
Otros	-

Como se ve por los resultados arriba presentados, una cosa es investigar y otra muy distinta es llevar una acusación formal contra un aforado. Si se comparan los

crímenes por los cuales los aforados en el STJ son investigados (tablas 88, 89 y 90) con los que se consigue un soporte probatorio mínimo para acusación, se ve que son distintos en términos de incidencia. Pero retirándose de estos análisis los crímenes contra el honor, que sólo estuvieron presentes en la fase de investigación si la víctima era un funcionario público, siguen siendo los más numerosos entre aforados, para las tres categorías, los crímenes relacionados con la administración pública.

Para los aforados jueces, después de los crímenes contra la administración pública, aparecían en la fase investigativa, en segundo lugar, los crímenes contra la fe pública, que en las APNs sólo aparecen en 6 casos. En las APNs, por su parte, hay la constancia de los crímenes relacionados a la asociación criminal, muy presentes, por ejemplo, en los esquemas de venta de decisiones, en que involucrados, además del aforado juez, abogados, familiares del acusado y funcionarios del Tribunal. De igual manera que en las investigaciones, hay APNs contra magistrados y miembros del Ministerio Público aforados en el STJ que les acusan de crímenes sin relación alguna con la función pública ejercida, resultantes de conflictos privados y familiares, sobre las cuales ya se comentará.

A los aforados políticos, casi no se les acusa de crímenes electorales, a pesar de que este tipo de delito figure en segundo lugar entre las incidencias en las investigaciones incoadas en el STJ. Lo mismo pasó con los aforados políticos-jueces, que eran bastante investigados por evasión fiscal, pero sólo tuvieron 2 casos de proceso penal abiertos contra ellos sobre el tema.

A parte de los crímenes contra la administración pública, no hay correspondencia entre los tipos de crímenes investigados y aquellos que fundamentan una acusación contra aforados en el STJ.

Considerando los crímenes con frecuencia igual o superior a 5% en la tabla 130, se puede ver la distribución de APNs por los cargos de los aforados:

**Tabla 135** - Número de APNs por cargo – Crímenes contra el honor

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Magistrado	64	63,4
Ministerio Público	9	8,9
Ministerio Público / Magistrado	1	1,0
Gobernador	12	11,9
Consejero de Tribunal de Cuentas	15	14,9
<b>Total</b>	<b>101</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 136** - Número de APNs por cargo – Crímenes contra la administración pública

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Magistrado	46	31,1
Ministerio Público	4	2,7
Gobernador	20	13,5
Consejero de Tribunal de Cuentas	76	51,3
Consejero de Tribunal de Cuentas / Gobernador	2	1,4
<b>Total</b>	<b>148</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 137** - Número de APNs por cargo – Crímenes practicados por funcionarios públicos contra la administración y abuso de autoridad

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Magistrado	37	29,1
Ministerio Público	4	3,1
Gobernador	11	8,7
Consejero de Tribunal de Cuentas	73	57,5
Consejero de Tribunal de Cuentas / Gobernador	2	1,6
<b>Total</b>	<b>127</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 138** - Número de APNs por cargo – Crímenes contra la administración de justicia

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Magistrado	14	17,3
Gobernador	4	4,9
Consejero de Tribunal de Cuentas	62	76,5
Consejero de Tribunal de Cuentas / Gobernador	1	1,2
<b>Total</b>	<b>81</b>	<b>100,0</b>

**Tabla 139** - Número de APNs por cargo – Crímenes contra la paz pública

<b>Cargo</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Magistrado	13	56,5
Ministerio Público	2	8,7
Gobernador	5	21,7
Consejero de Tribunal de Cuentas	2	8,7
Consejero de Tribunal de Cuentas / Gobernador	1	4,3
<b>Total</b>	<b>23</b>	<b>100,0</b>

Para los crímenes contra el honor, se ve que los que reciben más acusaciones son los magistrados (63,4%) y a ellos se atribuyen, también, la mayor incidencia de los casos de asociación criminal (crímenes contra la paz pública). Los consejeros de Tribunales de Cuentas, por su parte, son los que más responden a los crímenes contra la administración pública.

Muy importante para el debate sobre la eliminación o no de la regla de aforamiento es la cuestión sobre la naturaleza de los crímenes por los cuales las autoridades son enjuiciadas. En Brasil, hasta 2018, cuando hubo un cambio jurisprudencial para considerar aforados solamente a los responsables de delitos cometidos en razón del cargo y durante su ejercicio, las autoridades aforadas – jueces, políticos o políticos-jueces – eran enjuiciadas en los Tribunales por cualquier tipo de delito practicado, relacionado o no con el desempeño del cargo.

Examinar si un delito tiene o no relación con el cargo no es una tarea sencilla. Por ejemplo, en el crimen contra el honor, practicado por un aforado, puede la ofensa haber sido proferida cuando estaba en un determinado cargo pero tener

motivaciones ajenas a su ejercicio. Un delito contra la Hacienda pública por parte de un aforado puede tanto relacionarse con su vida de contribuyente fiscal común como destapar un enriquecimiento ilícito resultante de malas conductas en el desempeño del cargo público. El caso de un juez aforado en el STJ, examinador de una oposición para la magistratura, que acosó sexualmente a una candidata durante los exámenes, practicando la conducta en el ejercicio de su cargo, pero no de su función típica de judicatura. Igualmente, un consejero de un Tribunal de Cuentas que participaba de una sociedad privada que recibía recursos del gobierno practica un hecho que no se relaciona a la función fin que desempeña un consejero. Para aumentar las dudas, hubo en el presente estudio el caso de un consejero que, antes de serlo, había pagado para que el actual ocupante del cargo renunciara al puesto y pudiera él ocuparlo. En ese caso, como también ocurre en los crímenes electorales que son practicados antes de la asunción del cargo, pero con la finalidad de acceder a él, es difícil dejar de relacionarlos a la función pública que desempeñan para el fin de aplicarse o no la regla del aforamiento.

Como la cuestión sobre la naturaleza del crimen del aforado está presente como uno de los puntos centrales en el debate sobre el aforamiento, tanto en Brasil como en España, habría que analizarla en la investigación empírica aquí realizada, a pesar de las dificultades de definirla con precisión.

Para los análisis hechos en el presente trabajo, elegí verificar, en primer lugar, aquellos casos que, por sus circunstancias, claramente, no tenían ninguna relación con el cargo del aforado. En la investigación empírica, se pudo constatar la presencia de numerosos casos de naturaleza absolutamente privada, que nada tenía que ver con el cargo del aforado e incluso algunos casi anecdóticos, en que impresionaba la idea de haber sido el STJ llamado a examinar este tipo de conducta de sus aforados. Esos análisis fueron muy relevantes en la reflexión sobre si el aforamiento, realmente, se debe aplicar a cualquier tipo de crimen.

Como ejemplos de estos casos, se pueden enumerar los siguientes (que abarcan tanto acusaciones como procedimientos de investigación):

- 21 casos de crímenes ambientales practicados en propiedad particular, englobando conductas como la de cortar árboles en reserva forestal, explotar

arena en los márgenes de ríos, pescar en área protegida, etc. En esos 21 casos, 3 involucraban a consejeros de Tribunal de Cuentas, 1 caso a un fiscal y 17 casos a integrantes del Poder Judicial, incluida una denuncia por estar un magistrado involucrado en la promoción de pelea de gallos;

- 4 casos (2 de jueces, 1 de fiscal y 1 de consejero de Tribunal de Cuentas) relacionados a crímenes practicados en el contexto de relaciones de trabajo de ámbito privado, incluyendo agresiones físicas a empleada doméstica y reducción a condición análoga a la de un esclavo de un trabajador de la propiedad rural de un aforado;

- 6 casos (4 de jueces y 2 de consejeros) relacionados a la explotación sexual de menores;

- 4 casos (3 de jueces y 1 de consejero) relacionados con la disputa de tierras en el medio rural;

- 14 casos (13 de jueces y 1 de fiscal) relacionados con crímenes practicados en el contexto familiar, incluidos casos de violencia de género, crímenes contra el honor cometidos en ámbito de divorcio, falsa denuncia contra ex compañera y un hurto de una maleta con ropa de la exmujer por parte de un juez;

- 12 casos (7 de jueces y 5 de fiscales) relacionados no sólo con agresiones físicas ordinarias, como el caso de las resultantes de una pelea de un aforado en un bar, sino también con conflictos de autoridad, como las dirigidas a funcionarios de un aeropuerto o al conductor del vehículo del aforado, en que se destaca la desigualdad de status por medio del lenguaje jerarquizador: el típico «¿Sabes con quién estás hablando?»;

- 6 casos (2 de jueces, 3 de fiscales y 1 de consejero) trataban de delitos de tráfico, incluidos casos de conducción bajo efecto de alcohol, de lesión física y de muerte en el tráfico y de daño a otro vehículo;

- 10 casos (1 de gobernador, 6 de jueces y 3 de consejeros) se relacionaban con alguno de los delitos de la ley de armas, normalmente por haber sido sorprendidos en tenencia de arma sin registro o de uso restringido;

- 6 casos (4 de jueces, 1 de gobernador y 1 de consejero) trataban de homicidios, intento de homicidio o amenazas de muerte;

- 3 casos (1 de gobernador, 1 de juez y 1 de consejero) de falsedades en registro de propiedad particular y en documento utilizado para regularizar obra de

construcción de inmueble particular y una simulación de negocio jurídico para no pagar impuesto sobre inmueble;

- 4 casos (1 de consejero, 3 de jueces) de crímenes practicados en el ejercicio de actividad profesional privada, anterior a la investidura en la función pública;
- 1 caso de gobernador en que se le acusaba de receptación por haber adquirido una camioneta oriunda de Paraguay a precio vil;
- 1 caso de consejero en que se le investigaba estar involucrado con el tráfico de drogas; 1 caso de favorecimiento a la prostitución; 1 caso de haber alterado un consejero la placa de su vehículo automotor; 1 caso de estar el consejero involucrado con la explotación del «jogo do bicho», un juego de azar prohibido en Brasil;
- 1 caso de juez investigado por usura (préstamo de dinero) y 1 caso de libramiento de cheques sin fondos;
- 2 casos (1 de consejero y 1 de juez) de crímenes contra el honor practicados en ámbito privado, por ejemplo, en el club de fútbol;
- 4 casos (3 de jueces y 1 de fiscal) de ofensas por prejuicio o discriminación religiosa, racial o de orientación sexual, como la desavenencia con una víctima en el interior de una clínica médica en que el aforado le propinó una patada acompañada de expresiones de cuño homofóbico.

Se ve, con eso, que de los 1065 casos (783 de investigación y 282 «ações penais»), 103 (9,7%) no tenían ninguna relación con la función pública desarrollada por el aforado.

A la excepción de esos 103 casos, los demás podían relacionarse más fácilmente con el ejercicio de alguna función pública, no siempre la correspondiente al cargo que le concedía el aforamiento en los Tribunales investigados, sino la de un cargo público anterior. Al analizar el resto de los crímenes según su naturaleza, verifiqué que – entre los casos en que las circunstancias en que ocurrió el hecho delictivo estaban disponibles en el proceso – 792 casos (74,4%) fueron practicados en el ejercicio de alguna función pública. Por otro lado, 125 casos (11,7%) daban margen a dudas sobre su naturaleza y en 45 casos (4,2%) no fue posible tener informaciones detalladas de las circunstancias del delito, imprescindibles para su clasificación.



**Tabla 140** - Número de procesos por relacionamiento del crimen con la función pública

<b>¿El crimen está relacionado con la función pública?</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Si	792	74,4
Duda	125	11,7
No	103	9,7
Sin información	45	4,2
Total	1065	100,0

Los aspectos críticos más generales de la relación entre la naturaleza del crimen practicado por el aforado y la propia regla del aforamiento serán discutidos en el próximo capítulo. Sin embargo, se puede seguir extrayendo de esos datos algunas consideraciones adicionales sobre el tema. Por ejemplo, alguna explicación sobre los resultados de la tabla anterior al ser distribuidos por tipo de procedimiento:

**Tabla 141** - Número de investigaciones por relación del crimen investigado con la función pública

<b>¿El crimen está relacionado con la función pública?</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Si	595	76,0
No	80	10,2
Duda	65	8,3
Sin información	43	5,5
Total	783	100,0

En esos análisis, para los procedimientos de investigación, se tiene, en primer lugar, más casos en que las informaciones sobre las circunstancias del delito están más frecuentemente indisponibles. Como se trata de casos que todavía están bajo investigación, tampoco los detalles de los hechos están totalmente averiguados. Los casos dudosos, por su parte, en las investigaciones, están más relacionados con delitos tributarios y electorales.

**Tabla 142** - Número de APNs por relación del crimen con la función pública

<b>¿El crimen está relacionado con la función pública?</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Si	197	69,5
Duda	60	21,3
No	23	8,2
Sin información	2	1,1
<b>Total</b>	<b>282</b>	<b>100,0</b>

En las APNs, los 2 casos que no se han podido clasificar (porque no tuvimos acceso a la denuncia presentada, sólo a las decisiones proferidas) versaban sobre un crimen ambiental practicado por un gobernador – que no se sabe de qué naturaleza, si en su propiedad particular o en el ejercicio del cargo de gobernador y otro sobre un consejero de Tribunal de Cuentas que falleció y tuvo su punibilidad extinta, pero que muy probablemente estaba relacionado con la función porque se menciona, en las decisiones consultadas, que sus bienes seguirían arrestados para hacer frente a las indemnizaciones resultantes de acción de improbidad administrativa. Los casos de duda se relacionan, en casi su totalidad, a las acciones privadas por crimen contra el honor.

A 31/03/2018, fecha final del presente estudio, de las 282 APNs examinadas, 28 se seguían tramitando, 139 ya estaban finalizadas y, en 115, hubo inhibición del proceso para otro órgano juzgador. La tabla 143 enseña la fase actual de las APNs:

**Tabla 143** - Número de APNs por fase actual (31/03/2018)

<b>Fase actual (en 31/3/2018)</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Finalizada	139	49,3
Inhibición	115	40,8
En tramitación	28	9,9
<b>Total</b>	<b>282</b>	<b>100,0</b>

Analizando la fase actual de las APNs por su naturaleza – pública o privada – se puede ver la solución que se suele dar a cada tipo de acusación. Como se refleja en la tabla 116, de las 282 APNs, estudiadas, 108 eran privadas. La tabla siguiente separa los resultados de la tabla «número de APNs por fase actual (31/03/2018)» por naturaleza de la acusación:

**Tabla 144** - Número de APNs por fase actual (31/03/2018) e iniciativa de la acusación

<b>Fase actual (en 31/3/2018)</b>	<b>Pública</b>	<b>Privada</b>	<b>Total</b>
Finalizada	52 (37,4%)	87 (62,6%)	139 (100,0%)
Inhibición	97 (84,3%)	18 (15,7%)	115 (100,0%)
En tramitación	25 (89,3%)	3 (10,7%)	28 (100,0%)
<b>Total</b>	<b>174</b> (61,7%)	<b>108</b> (38,3%)	<b>282</b> (100,0%)

Se ve, por lo tanto, que las APNs privadas son más rápidamente solucionadas en el STJ que las APNs públicas.

Es nítida la diferencia de relación entre la iniciativa de la acusación y la fase actual<sup>197</sup>. Mientras más del 60% (62,6%) de las APNs finalizadas fueron de iniciativa privada, las APNs públicas o seguían en tramitación o fueron inhibidas.

Analizando cada fase, tenemos que, hasta la fecha de 31/03/2018, 28 APNs todavía se encontraban en tramitación, sin decisión final del STJ.

4 APNs fueron consideradas en tramitación, a pesar de ya contar con decisión sobre la acusación, porque estaban pendientes de resolución de recursos por el propio STJ. Para el análisis del tiempo de duración de la tramitación, importaba mantener esos 4 casos en esta clasificación. En ese grupo, estaban las 3 APNs privadas indicadas en la tabla anterior – que habían sido juzgadas improcedentes y aguardaban la decisión sobre el recurso del querellante – y 1 APN pública (APN 690) cuya denuncia fue admitida

---

<sup>197</sup>P-valor < 0,0001 para la prueba chi cuadrado.

a trámite el año 2015 y hasta la fecha de conclusión de la presente investigación estaba pendiente de la resolución del recurso de la defensa contra la referida admisión.

Así, de las 28 APNs en tramitación, tenemos: las 4 antes mencionadas que ya tenían resultado sobre la acusación, pero aguardaban resoluciones de recursos; 4 APNs que no habían todavía ultrapasado la fase de admisión de la acusación (la fase en que el Tribunal se reúne para recibir o rechazar la acusación después de una defensa preliminar del acusado y antes de la instrucción), por estar suspendas por el tema de la autorización de la Casa Legislativa para enjuiciamiento del gobernador; y 20 que ya tenían la acusación admitida. Entre esas 20 APNs ya admitidas para la fase siguiente, de instrucción y juzgamiento, 11 estaban con la instrucción finalizada y sólo aguardaban el juicio.

**Tabla 145** - Número de APNs en tramitación por fase procesal (31/03/2018)

APNs en tramitación - fase actual	Recuento	Porcentaje (%)
Acusación admitida – en instrucción	20	71,4
Ya juzgadas y aguardando recurso	4	14,3
Aún no sometidas a la admisión de la acusación	4	14,3
<b>Total</b>	<b>28</b>	<b>100,0</b>

Las APNs con fase actual «inhibición» fueron inhibidas en razón de la pérdida del status de aforado en el STJ, muchas de ellas provocadas por la iniciativa de la propia autoridad procesada interesada en ese cambio de status y, consecuentemente, de la competencia para su enjuiciamiento. Eso ocurrió, por ejemplo, en los casos en que la pérdida del aforamiento fue resultado de los pedidos de jubilación de aforados jueces o de la renuncia del cargo por los aforados políticos-jueces o por la pérdida del mandato de los aforados políticos.

**Tabla 146** - Número de APNs inhibidas por motivo de la pérdida de la condición de aforado

Motivo de la pérdida del aforamiento	Recuento	Porcentaje (%)
Renuncia al cargo	68	57,9
Jubilación voluntaria	22	19,3
Término de mandato	11	9,6
Jubilación compulsoria	10	8,8
Pérdida del mandato	3	2,6
<b>Total</b>	<b>114<sup>198</sup></b>	<b>100,0</b>

Las 115 APNs inhibidas, en su gran mayoría, fueron remitidas a la Justicia de los Estados (88,7%). La justicia competente para el enjuiciamiento de la autoridad que pierde la condición de aforada en el STJ es definida en razón de la materia y, así, por la naturaleza del delito, si común, federal o electoral, salvo los casos en que la autoridad pasa a ser aforada en otro Tribunal:

**Tabla 147** - Número de APNs por instancia para la cual fue inhibida

Instancia para la cual fue inhibida la APN	Recuento	Porcentaje (%)
Justicia de los Estados	102	88,7
Justicia Federal	9	7,8
Justicia Electoral	3	2,6
Supremo Tribunal Federal	1	0,9
<b>Total</b>	<b>115</b>	<b>100,0</b>

La última clasificación sobre la fase actual – «finalizada» – se refiere a los casos que finalizaron su tramitación en el STJ. Así, entre las 139 APNs finalizadas, hay casos archivados antes del juicio, acusaciones no admitidas, procesos juzgados improcedentes y casos pendientes de recurso presentado en el Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>198</sup>Excluido el caso del gobernador procesado conjuntamente con un consejero, en el cual hubo tanto el término del mandato de gobernador como la renuncia al cargo del consejero.

**Tabla 148** - Número de APNs finalizadas por resultado

<b>Resultado</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
No admitida a trámite	63	45,4
Rechazo liminar	22	15,8
Archivadas	42	30,2
Improcedente	11	7,9
Procedente	1	0,7
<b>Total</b>	<b>139</b>	<b>100,0</b>

El dato que ciertamente más impresiona es que, entre las 139 APNs que recibieron decisión final en aquél Tribunal y, en realidad, entre todas las APNs que tramitaron en el STJ en el período estudiado, hubo solamente 1 condena. La APN 675 fue la única con resultado procedente, con la condena de la autoridad acusada, un juez de segunda instancia, del Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso, por crimen de corrupción, por venta de sentencias, a 6 años de prisión. De hecho, este dato ilustra una dura realidad del STJ con relación a su actuación penal contra aforados: en los 29 años de historia de ese Tribunal – del año de su creación, en 1989, hasta la fecha de conclusión de este trabajo – y de entre las más de 900 APNs allí incoadas, sólo hubo 12 condenas.<sup>199</sup>

Siguiendo con los resultados de la tabla 148, se ve que 22 APNs fueron rechazadas preliminarmente, en decisión singular del juez ponente, que ni llevó el caso a la sesión de admisión de la acusación. Los motivos fueron varios: flagrante ausencia de «justa causa» para el enjuiciamiento, ausencia de crimen o de pruebas de lo ocurrido, defectos formales o materiales en la pieza procesal presentada, etc. Las 22 APNs rechazadas preliminarmente, 21 eran APNs privadas y 1 era APN pública, en que la denuncia fue presentada por fiscal actuando en el Estado y la Fiscalía General de la República no la endosó en el STJ.

63 casos fueron finalizados después de sometidos, en la fase inicial del proceso contra aforados, a la decisión del Tribunal sobre la admisión a trámite de la acusación. De esos 63 casos, 42 eran APNs privadas y 21 públicas y el Tribunal negó la tramitación de la acusación bajo fundamentos diversos: 43 (entre ellas 31 APNs privadas)

---

<sup>199</sup>APNs 266, 675, 189, 185, 33, 7, 8, 224, 300, 422, 629 y 741.

por la consideración de que estaba ausente la justa causa para el enjuiciamiento, no había crimen en los hechos narrados o no estaban probados; 2 APNs privadas subsidiarias de la pública, en que quedó verificado que no hubo inacción del Ministerio Público a justificar la acción del particular; 11 APNs privadas rechazadas (4 por caducidad del derecho de ejercer la acción, 4 por inepticia de la querrela presentada, 2 por no ser la querrela el medio adecuado y 1 por prescripción del delito); 2 APNs públicas rechazadas por caducidad del derecho de pedir la actuación del Ministerio Público y 7 APNs públicas rechazadas por inepticia de la denuncia presentada por la Fiscalía.

42 APNs fueron archivadas en el curso de su tramitación, por la ocurrencia sobrevenida de motivos que impedían su proseguimiento: 15 por prescripción y 27 por otras causas de extinción de la punibilidad (abandono del querellante, muerte del acusado o del querellante, conciliación entre las partes, pago de la deuda, etc.).

Finalmente, 11 de las APNs finalizadas fueron decididas en juicio final, cuando el STJ las juzgó como improcedentes por atipicidad de la conducta o ausencia de pruebas. De esas 11 APNs, en 3 el STJ actuó no como juicio originario, sino como órgano de apelación, por haber sido el acusado enjuiciado en instancias inferiores y, con la superveniencia de su condición de aforado, haber sido su recurso remitido a la decisión de aquella Corte: en dos casos, el STJ negó la razón a la acusación y en el otro dio la razón al reo, resultando en la improcedencia de los tres procesos, uno de los cuales tenía naturaleza privada, única en este grupo de las llevadas hasta la fase final de enjuiciamiento.

Analizando esos resultados por naturaleza del cargo del aforado, se ve que las APNs más finalizadas, en el STJ, fueron las que tenían «aforados jueces» como acusados. Cuando los aforados acusados eran políticos o políticos-jueces, había más casos de inhibición, por cambio de la competencia del STJ para enjuiciarlos.

**Tabla 149** - Número de APNs por cargo del aforado y fase actual (31/03/2018)

Fase actual (en 31/3/2018)	Juez	Político	Político-Juez	Total
Finalizada	97 (69,3%) <sup>200</sup>	14 (35,9%)	28 (27,7%)	139
Inhibición	29 (20,7%)	18 (46,2%)	66 (65,4%)	113
En tramitación	14 (10%)	7 (17,9%)	7 (6,9%)	28
Total	140 (100%)	39 (100%)	101 (100%)	280 <sup>201</sup>

Para los aforados jueces, aunque la mayoría de los casos fueron finalizados, 20,7% de los casos fueron inhibidos, mostrando que también la criminalización de aforados jueces en el STJ suele ser obstaculizada por el cambio de competencia por la pérdida sobrevinida de la condición de aforado. De los 29 casos inhibidos, en 1 caso la pérdida del aforamiento ocurrió por el término del mandato del acusado como juez electoral. Los demás, por jubilación del aforado juez: 8 casos por jubilación compulsoria, decretada en procedimiento disciplinario; 20 por jubilación pedida por el propio interesado.

**Tabla 150** - Número de APNs inhibidas contra aforados jueces por motivo de la pérdida de la condición de aforado

Motivo de la pérdida del aforamiento	Recuento	Porcentaje (%)
Jubilación voluntaria	20	69,0
Jubilación compulsoria	8	27,6
Término de mandato	1	3,4
Total	29	100,0

Entre los 97 casos de aforados jueces finalizados, sólo uno, como referido anteriormente, fue concluido con éxito. En los 96 decididos sin éxito para la criminalización, tenemos la siguiente distribución por resultado:

<sup>200</sup>Porcentajes calculados en función del total de casos por cargo.

<sup>201</sup>Excluidos los dos casos de aforado político y político-juez denunciados conjuntamente. Las dos APNs resultaron en inhibición por la pérdida sobrevinida de la condición de aforado.



**Tabla 151** - Número de APNs contra aforados jueces, finalizadas sin criminalización, por resultado

<b>Resultado</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
No admitida a trámite	46	47,9
Archivadas	24	25,0
Rechazo liminar	20	20,8
Improcedente	6	6,3
<b>Total</b>	<b>96</b>	<b>100,0</b>

La mayoría de las APNs finalizadas en el STJ contra aforados jueces fueron llevadas al órgano colegiado para deliberación sobre la admisión o no de la acusación y, allí, la Corte decidió no admitirla a trámite (47,9%). De esas 46 APNs llevadas a la sesión de deliberación sobre la admisión de la acusación, 33 eran de iniciativa privada. También de iniciativa privada eran todas las APNs contra aforados jueces rechazadas preliminarmente (20), ya que ningún caso llevado por la Fiscalía contra aforado juez fue así rechazado, por decisión singular del magistrado ponente. 24 casos fueron archivados durante la tramitación del proceso, 9 por prescripción y 15 por otras causas de extinción de punibilidad. 4 APNs siguieron hasta la fase final del proceso, cuando fueron juzgadas improcedentes y 2 fueron decididas en otra instancia, con la absolución del reo que, posteriormente, mientras aguardaba decisión de recurso de la Fiscalía, adquirió la condición de aforado en el STJ. El STJ desestimó el recurso de la Fiscalía, manteniendo la absolución del juez.

Para los acusados políticos, los gobernadores de Estado, la mayoría de los casos que tramitaron en el STJ acabaron con su inhibición a otras instancias (46,2%).

**Tabla 152** - Número de APNs contra aforados políticos por fase actual (31/03/2018)

<b>Fase actual (en 31/3/2018)</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Finalizada	14	35,9
Inhibición	18	46,2
En tramitación	7	17,9
<b>Total</b>	<b>39</b>	<b>100,0</b>

De los 18 casos inhibidos, en 5 hubo renuncia al cargo, para disputa a otros cargos en elecciones (sólo en 1 de los 5 casos, el ex gobernador mantuvo su condición de aforado, al ser elegido Senador y el proceso remitido al Supremo Tribunal Federal). En 3 casos, el gobernador perdió el mandato y en 10, el mandato se acabó antes del final del proceso.

**Tabla 153** - Número de APNs inhibidas contra aforado político por motivo de la pérdida de la condición de aforado

<b>Motivo de la pérdida del aforamiento</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Término de mandato	10	9,6
Renuncia al cargo	5	57,9
Pérdida del mandato	3	2,6
<b>Total</b>	<b>18</b>	<b>100,0</b>

Entre los 14 casos contra aforados políticos que fueron finalizados en el STJ: en 7 la acusación no fue admitida a trámite, en sesión deliberativa de la Corte, 5 de ellos por inepticia de la pieza acusatoria; 1 APN pública fue rechazada preliminarmente bajo el fundamento de ausencia de pruebas; en 5 casos fue el proceso archivado por causas de extinción de la punibilidad (prescripción – 2 casos, conciliación entre las partes – 2 casos y abandono de la causa – 1 caso); en 1 APN, el STJ decidió recurso de resolución absolutoria de reo que adquirió la condición de aforado, manteniendo la absolución.

**Tabla 154** - Número de APNs contra aforados políticos, finalizadas sin criminalización, por resultado

Resultado	Recuento	Porcentaje (%)
No admitida a trámite	7	50,0
Archivadas	5	35,8
Rechazo liminar	1	7,1
Improcedente	1	7,1
Total	14	100,0

Como se ha explicado en el subcapítulo 3.6.2, hasta el año 2017, la criminalización de los aforados políticos (gobernadores) tenía un obstáculo adicional a ser superado, referente a la necesidad de autorización de la Casa Legislativa de su Estado o del Distrito Federal para ser enjuiciados. En las 39 APNs incoadas contra gobernadores, hubo pedido de autorización de la Casa Legislativa en 20 de ellas (tabla 155). La Casa Legislativa sólo contestó a 10 de las 20 solicitudes (tabla 156) y en las 10 contestadas negó la autorización para enjuiciar al gobernador.

**Tabla 155** - Número de APNs de aforados políticos en que hubo pedido de autorización a la Casa Legislativa correspondiente

¿Pedido de autorización a la Casa Legislativa?	Recuento	Porcentaje (%)
Si	20	51,3
No	19	48,7
Total	39	100,0

**Tabla 156** - Número de APNs de aforados políticos en que hubo respuesta de la Casa Legislativa a la solicitud de autorización para enjuiciamiento

¿Hubo respuesta de la Casa Legislativa?	Recuento	Porcentaje (%)
Si	10	50,0
No	6	30,0
Pérdida de objeto	4	20,0
Total	20	100,0

En los cuatro casos en que hubo, en realidad, pérdida de objeto de la solicitud, en dos el gobernador perdió el mandato antes de la contestación de la Casa

Legislativa y en los otros dos, se dejó de exigir la autorización previa por el cambio jurisprudencial explicado en el subcapítulo 3.6.2.

Para los consejeros de Tribunales de Cuentas – los aforados político-jueces – también la mayoría de las APNs estudiadas (65,4%) terminó en inhibición del caso a otra instancia.

**Tabla 157** - Número de APNs contra aforados políticos-jueces por fase actual (31/03/2018)

<b>Fase actual (en 31/3/2018)</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Finalizada	28	27,7
Inhibición	66	65,4
En tramitación	7	6,9
<b>Total</b>	<b>39</b>	<b>100,0</b>

Entre los 66 casos inhibidos por la pérdida de la condición de aforado del acusado, estaba el de un mismo consejero de Tribunal de Cuentas que, procesado en inúmeras APNs en el STJ, decidió renunciar al cargo, provocando el cambio voluntario de competencia para el enjuiciamiento de 62 procesos. En los 4 casos restantes, la pérdida del aforamiento ocurrió por la jubilación voluntaria del consejero y 2 por jubilación compulsoria.

Por su parte, 28 casos contra consejeros fueron finalizados:

**Tabla 158** - Número de APNs contra aforados políticos-jueces, finalizadas sin criminalización, por resultado

<b>Resultado</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Archivadas	13	46,4
No admitida a trámite	10	35,7
Improcedente	4	14,3
Rechazo liminar	1	3,6
<b>Total</b>	<b>28</b>	<b>100,0</b>

13 casos fueron archivados durante la tramitación por la ocurrencia de causas de extinción de la punibilidad (prescripción – 4 casos, conciliación entre las partes – 3 casos, abandono de la causa – 1 caso y 5 por otras causas extintivas de la punibilidad);

10 APNs fueron sometidas a deliberación de la Corte que no admitió a trámite la acusación; 1 APN privada fue rechazada preliminarmente y 4 APNs públicas llegaron al final del proceso de criminalización, pero fueron juzgadas improcedentes: 2 por ausencia de pruebas y 2 por ser atípica la conducta.

Para el cálculo del tiempo de duración del proceso penal, se hizo el recuento del número de días transcurridos entre el inicio y el término de la APN con la ayuda de la función DIAS360 de Excel. Se consideró como fecha de inicio la que iniciaba la tramitación en el STJ como APN y la de término la de la deliberación del Tribunal sobre el archivo, inhibición, absolución o condenación del acusado.

La tabla 159 presenta la distribución del número de procedimientos por tiempo de duración de la tramitación.

Sólo poco más de un cuarto de las APNs son concluidas dentro del primer año (25,2%).

**Tabla 159** - Número de APNs por tiempo de duración de su tramitación

<b>Tiempo (años)</b>	<b>Tiempo (días)</b>	<b>Recuento</b>	<b>Porcentaje (%)</b>	<b>Porcentaje acumulado (%)</b>
	Hasta 180	18	7,1	7,1
	181 a 360	46	18,1	25,2
1 año	361 a 540	31	12,2	37,4
	541 a 720	67	26,4	63,8
2 años	721 a 900	11	4,3	68,1
	901 a 1080	14	5,5	73,6
3 años	1081 a 1260	6	2,4	76,0
	1261 a 1440	8	3,1	79,1
4 años	1441 a 1620	5	2,0	81,1
	1621 a 1800	4	1,6	82,7
5 años	1801 a 1980	5	2,0	84,6
	1981 a 2160	5	2,0	86,6
6 años	2161 a 2340	9	3,5	90,2
	2341 a 2520	17	6,7	96,9
7 años	2521 a 2700	1	0,4	97,2
	2701 a 2880	-	-	97,2
8 años	2881 o más	7	2,8	100,0
	Total	254	100,0	-

Las estadísticas de los tiempos de las APNs se presentan en la tabla 160 y muestran que la media de duración del proceso penal en el STJ es de más de 924 días.

**Tabla 160** - Tiempo de duración del proceso penal

<b>Estadística</b>	<b>Valor</b>
Recuento	254
Media	924,5
Desviación media	806,8
Coefficiente de variación	87,3%
Mínimo	0
1er Cuartil	356,5
Mediana	635
3er Cuartil	1218
Máximo	4148

Como hemos visto, la tramitación de un proceso penal contra un aforado, en el STJ, normalmente tarda entre uno y dos años, habiendo, sin embargo, casos que han tardado más de ocho años en resolverse.

Comparando la duración del proceso por categorías de aforados, tenemos la siguiente distribución:

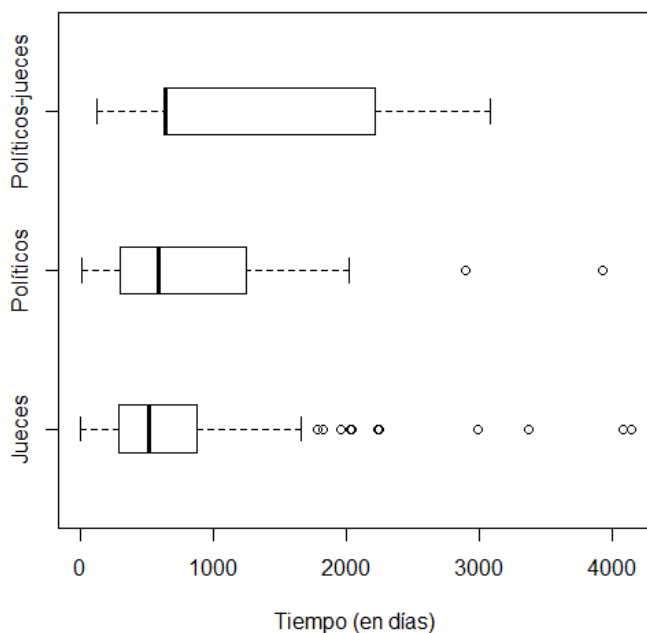
**Tabla 161** - Tiempo de duración del proceso por categorías de aforados

<b>Estadística</b>	<b>Jueces</b>	<b>Políticos</b>	<b>Políticos-Jueces</b>
Recuento	127	32	94
Media	745,1	879,5	1148,5
Desviación típica	724,7	875,4	827,4
Coefficiente de variación	97,3%	99,5%	72,0%
Mínimo	0	10	125
1er Cuartil	283,5	301,3	630
Mediana	509	590,5	635,5
3er Cuartil	878	1240,3	2206,3
Máximo	4148	3931	3085

La inspección del gráfico representado en la ilustración 10, que ilustra los datos de la tabla 161, evidencia la diferencia entre los tiempos de duración de los

procesos que involucran a jueces y a políticos-jueces.<sup>202</sup> No hay diferencia estadística significativa entre la duración de procesos de jueces y la de políticos<sup>203</sup> ni entre la duración de procesos de políticos y políticos-jueces<sup>204</sup>.

**Ilustración 10** - Tiempo de duración del proceso por categorías de aforados



La tabla 162 compara las estadísticas de los tiempos de duración del proceso por la iniciativa de la acusación:

<sup>202</sup> P-valor = 0,000108 para la prueba t de la diferencia de medias.

<sup>203</sup> P-valor = 0,213596 para la prueba t de la diferencia de medias

<sup>204</sup> P-valor = 0,067075 para la prueba t de la diferencia de medias



**Tabla 162** - Tiempo de duración del proceso por iniciativa de la acusación

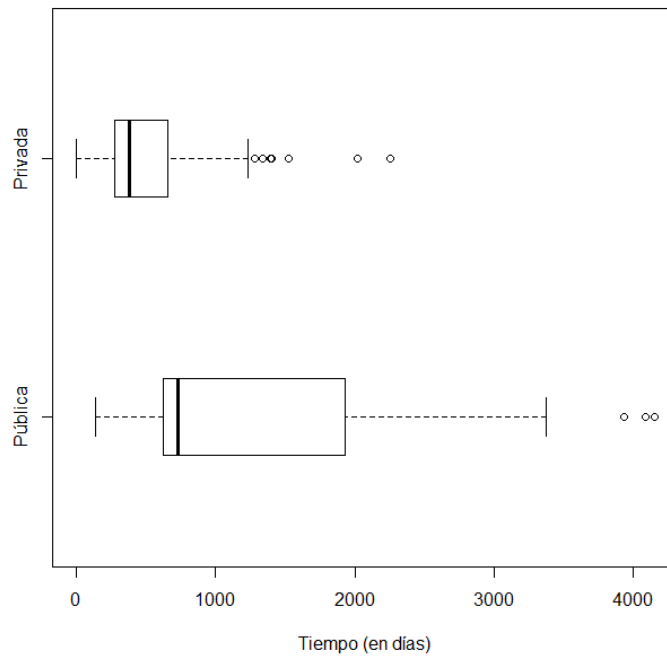
<b>Estadística</b>	<b>Privada</b>	<b>Pública</b>
Recuento	107	147
Media	509,1	1212,7
Desviación típica	394,0	893,1
Coefficiente de variación	77,4%	73,6%
Mínimo	0	137
1er Cuartil	275	630
Mediana	383	731
3er Cuartil	661	1934,5
Máximo	2252	4148

La inspección del gráfico representado en la ilustración 11, que ilustra los datos de la tabla 162, constata la diferencia entre la duración de los procedimientos con iniciativa de acusación particular y de los procedimientos con iniciativa de acusación pública.<sup>205</sup> Los procesos iniciados por el Ministerio Público duran más del doble de los procesos iniciados por querellas de particulares.

---

<sup>205</sup> P-valor < 0,00001 para la prueba t de la diferencia de medias.

**Ilustración 11** - Tiempo de duración del proceso por iniciativa de la acusación



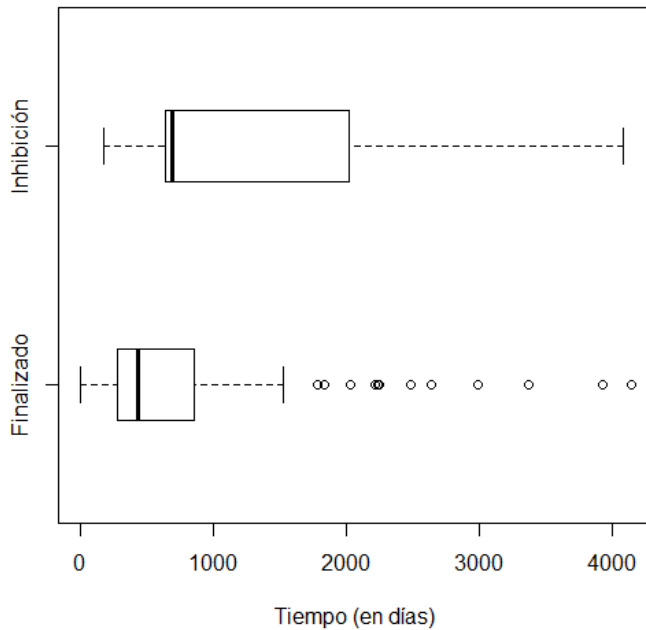
La tabla 163 compara las estadísticas sobre la duración de los procesos que fueron finalizados y los que fueron inhibidos.

**Tabla 163** - Tempo de duración del proceso por resultado

Estadística	Finalizado	Inhibición
Recuento	138	114
Media	703,6	1192,5
Desviación típica	735,3	820,4
Coficiente de variación	104,5%	68,8%
Mínimo	0	174
1er Cuartil	276,8	633
Mediana	432	692
3er Cuartil	853,5	2002,5
Máximo	4148	4083

El gráfico representado por la ilustración 12, con los datos de la tabla 163, refleja que los procedimientos finalizados tuvieron una media de duración muy inferior a los que resultaron en inhibición a otra instancia judicial<sup>206</sup>.

**Ilustración 12** - Tiempo de duración del proceso por resultado



La tabla 164 compara las estadísticas de los tiempos de duración de los procesos finalizados por el tipo de resultado: archivado, improcedente, rechazado o rechazado preliminarmente.

---

<sup>206</sup> P-valor < 0,00001 para la prueba t de la diferencia de medias

**Tabla 164** - Tiempo de duración de los procesos finalizados por tipo de resultado

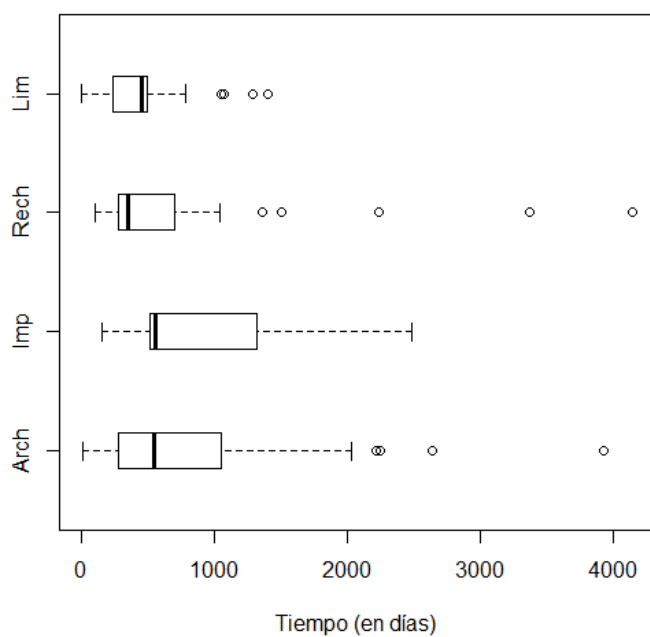
<b>Estadística</b>	<b>Archivada</b>	<b>Improcedente</b>	<b>Rechazada</b>	<b>Rechazo liminar</b>
Recuento	42	11	63	22
Media	821,3	976,4	607,3	492,2
Desviación típica	819,4	715,6	698,3	391,5
Coefficiente de variación	99,8%	73,3%	115,0%	79,5%
Mínimo	10	155	98	0
1er Cuartil	277	515,5	278,5	237
Mediana	541	558	343	447,5
3er Cuartil	1044,8	1318,5	694	494
Máximo	3931	2481	4148	1396

Como era previsible, las decisiones que rechazan de manera liminar la causa son tomadas con mucho menos tiempo que las que reconocen causas para el archivo o que juzgan el mérito del proceso.<sup>207</sup> Sin embargo, se ve en el gráfico representado por la ilustración 13, que contiene los datos de la tabla 164, que el Tribunal necesita muchos más días, de media, para decidir sobre la improcedencia de una acusación.

---

<sup>207</sup>P-valor = 0,016821 e 0,028269, respectivamente, para la prueba t de diferencia de medias.

**Ilustración 13** - Tiempo de duración del proceso finalizado por tipo de resultado



La tramitación del único caso con resultado «procedente» (APN 675) tardó 2994 días (más de 8 años).

## **5. SELECTIVIDAD EN LA CRIMINALIZACIÓN DE AFORADOS Y EL AUTÉNTICO DEBATE SOBRE EL AFORAMIENTO**

### **5.1. Recopilación de los principales hallazgos de la investigación empírica**

Empezamos este capítulo presentando de manera sintética los principales hallazgos de la investigación empírica realizada en Catalunya y en Brasil, conforme descritos en los subcapítulos 4.4 e 4.6.

Como se vio, en Catalunya, la criminalización de aforados está en manos de la acusación popular y se dirige, mayoritariamente, a “aforados jueces”, o sea, dentro de la categorización realizada para el presente trabajo, a jueces, magistrados, jueces de paz y fiscales.

La actuación de la Fiscalía en ese proceso de criminalización es relativamente pequeña y revela ser, en cierto modo, pasiva. El Ministerio Fiscal tramita procedimientos propios de investigación de aforados, pero por los datos recogidos, ese trabajo no tiene resultado efectivo en su criminalización. Entre 2008 y 2016, sólo se identificaron 2 procedimientos de investigación que sirvieron de base a la interposición de querrela ante el TSJC por parte de la Fiscalía Superior de Catalunya. Además, de todos los 524 procesos judiciales examinados, que se tramitaron en el TSJC, sólo en 10 el Ministerio Fiscal ejerció la iniciativa de acusación (tabla 37) y sólo 3 de esos 10 casos llegaron a la fase final del proceso de criminalización.

Ríos Pintado explica, sobre la investigación fiscal en el ámbito de los Tribunales Superiores, que las diligencias de investigación empiezan “de oficio”, cuando el fiscal tiene el conocimiento directo de un hecho delictivo (por la voz pública, la opinión entre la población de que se ha cometido un delito; por la notoriedad, cuando esa opinión se extiende a la generalidad de personas o a la flagrancia, cuando asiste a la perpetración del hecho delictivo) o “a instancia de parte”, a través de una denuncia, directamente presentada ante el Fiscal o de un atestado remitido por la Policía (RÍOS PINTADO, 2006, p.18). Los análisis del trabajo investigativo de la Fiscalía Superior muestran que casi siempre sólo se investiga lo que llega a ella como denuncia. Su actuación, así, es reactiva, actuando cuando es provocada y se limita, por lo tanto, a los pedidos de intervención del Ministerio Fiscal en la averiguación de hechos delictivos.

En este punto, se observó que la demanda por la actuación de la Fiscalía no parte tanto de los ciudadanos sino de instituciones. Estadísticamente, hubo más denuncias a la Fiscalía de asociaciones de la sociedad civil, de partidos políticos, órganos de la administración y de otras Fiscalías, que de ciudadanos, revelando por un lado, aspectos de formalidad, cumplimiento de funciones legales y estatutarias o de visibilidad mediática que están relacionados con la entrega del caso, por una institución, al Ministerio Fiscal y, por otro, que la Fiscalía todavía está distante de los ciudadanos como una vía posible de denuncia.

Se vio, además, que los casos presentados a la Fiscalía por ciudadanos comunes, en su mayoría, son de partes en procesos judiciales y que denunciaban el juez de su causa, repitiéndose el patrón que marca la criminalización de aforados en España. El número de investigaciones de aforados jueces y de aforados políticos, en la Fiscalía Superior de Catalunya, fue bastante semejante, estadísticamente, pero en números absolutos hubo más procedimientos dirigidos a aforados políticos (54,4%) y por crímenes relacionados con el ejercicio del cargo. Aunque para los “aforados políticos” las reglas de aforamiento en España alcancen, de momento, tantos los crímenes comunes como los practicados en el ejercicio de la función, la casi totalidad de los casos de los “políticos” investigados por la Fiscalía se relacionaban con la función pública: en un único caso identificado en el presente trabajo, se investigaba un crimen sin relación con el cargo del aforado, una apropiación indebida supuestamente practicada cuando actuaba el político como dirigente de un equipo de fútbol.

La investigación en la Fiscalía es bastante rápida. En la mayoría de los casos (51,5%) el procedimiento fue finalizado en hasta 30 días. En 3 meses, más de tres cuartos de los casos ya se habían resuelto y sólo en 5 casos la tramitación superó el período de 1 año. A la finalización del examen de los casos del presente trabajo, todos los procedimientos estudiados ya habían sido archivados. La mayoría de las investigaciones fueron archivadas por las siguientes razones (en orden de frecuencia con que fueron utilizadas): primero, la consideración de que los hechos denunciados no constituían delito; segundo, por ausencia de indicios contra la persona aforada y tercero, por ausencia de elementos o pruebas del hecho denunciado.

La segunda fase de criminalización de los aforados, realizada por el TSJC, está marcada, como ya se ha dicho, por la iniciativa de la acusación popular en la casi totalidad de los casos (98,1%) y por la criminalización de los aforados jueces, presentes en 82,8% de los procedimientos (tabla 40), denunciados por crímenes contra la administración de la justicia (tabla 51). Una segunda característica de esa fase muestra la razón para el fracaso de la criminalización de aforados en la práctica: el uso del instrumento inadecuado de acusación contra aforados jueces, a quién se dirige la gran mayoría de los casos abiertos en el TSJC. De los 524 procedimientos judiciales del período investigado (2008 a 2016), 69,1% fueron iniciados con denuncias y 30,9% por querellas, con tendencia de mayor proporción de denuncias para jueces, mientras hubo el uso más o menos equiparado de denuncias y querellas para iniciar el proceso contra aforados políticos.

La criminalización de los aforados políticos – minoritaria en el TSJC – tiene como objeto delitos relacionados con el ejercicio de función pública. La casi absoluta ausencia de casos de crímenes comunes atribuidos a aforados políticos impresiona y habla por sí sola sobre las iniciativas actuales de cambio de las reglas de aforamiento en España que en nada afectarán el instituto en su realidad práctica. De los 90 procedimientos contra aforados políticos abiertos en el TSJC, en el período investigado, sólo fueron identificados 2 casos de delitos no relacionados con la función pública.

La tramitación de los casos de criminalización de aforados en el TSJC es también bastante rápida. Más de la mitad (55,8%) de los procedimientos tienen duración de tramitación de hasta un mes (30 días) y la gran mayoría se soluciona en hasta medio año. Esos resultados son compatibles con la solución dada a las causas criminales contra aforados: la rapidez se justifica porque, en la casi totalidad de los casos, la acusación no ultrapasa la fase de admisión. De los 524 procesos, 500 no fueron admitidos y entre ellos, 297 porque no atendían los requisitos establecidos por la ley que exigen la presentación de querella para responsabilizar criminalmente a un integrante del Poder Judicial.

Si el problema no fue la presentación de la acusación por el medio impropio y la iniciativa se hizo bien, por querella, se revelaba la segunda causa más



frecuente de inadmisión de las acusaciones: muchas de las querellas presentadas planteaban meras discrepancias de una de las partes de un proceso judicial con las resoluciones adoptadas por el juzgador. El inconformismo con la decisión judicial motivó el inicio del proceso de criminalización contra jueces y fiscales en la casi totalidad de los casos estudiados y si no fueron inadmitidos por ser presentados por denuncia, lo fueron porque los hechos no constituían delito.

La tercera causa de inadmisión de la acusación (ausencia de elementos o pruebas del hecho denunciado) se aplicó más a los casos de los aforados políticos – en 30 de los 32 casos inadmitidos por esa razón. Eso muestra que cuando se retiran los aspectos formales-procesales, cuando se retiran los intentos de criminalización de los aforados por conductas que no son criminales, quedan las dificultades propias de todos los crímenes de los poderosos, probar la responsabilidad de la autoridad en el hecho delictivo.

De los 524 casos estudiados, 10 llegaron a la fase final del proceso de criminalización. Entre los 10 casos, 5 acabaron en absolució n y 5 en condena del aforado. Entre los absueltos, estaban cuatro aforados jueces (tres de ellos mujeres y un hombre juez de paz) y una aforada política. Entre los condenados, una jueza de un Juzgado de Instrucción, un juez de paz, dos parlamentarios y el presidente de la Generalitat. El proceso de criminalización de aforados en el TSJC fue finalizado en menos de 2% de los casos, pero sólo en menos de 1% acabó con el etiquetamiento de la autoridad aforada como criminal, con su condena.

En Brasil, la criminalización de aforados también se dirige a los integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, pero de manera mayoritaria y no casi exclusiva como ocurre en España. Los aforados jueces, en Brasil, estuvieron presentes en más de la mitad de las investigaciones (tabla 74) y en casi la mitad de los procesos penales incoados en el STJ (tabla 115).

Las demás categorías de aforados de Brasil tuvieron incidencia distinta según se tratase de procedimiento investigativo o penal. En la fase de investigación, los aforados políticos y políticos-jueces prácticamente se equiparaban en número de casos. Ya en la fase de acusación, la presencia de aforados políticos caía bastante: si la mitad de

las acusaciones era contra aforados jueces, la otra mitad se dividía entre 35,8% para aforados políticos-jueces y 13,8% para aforados políticos (tabla 115).

Analizando de forma más detenida la fase de investigación, los datos presentados en el subcapítulo 4.6.1 mostraron que las investigaciones incoadas en el STJ y llevadas por la Fiscalía General de la República en Brasil, en el período estudiado, se dirigían más a aforados jueces y, entre ellos, a aforados provenientes de cargos originarios del nordeste y sudeste del país. Los aforados políticos investigados ocupaban más cargos de la región norte y los aforados políticos-jueces provenían de las regiones centro-oeste y norte.

Aunque en Brasil, para el período estudiado, el aforamiento se aplicara a cualquier categoría de delito practicado por la autoridad aforada, los crímenes investigados, en su mayoría, tenían relación con el ejercicio de la función pública.

La fase de investigación aquí referida no incluyó los casos que se trasmataron en acusación formal, que fueron analizados en la fase siguiente. En la conclusión de la parte empírica del presente trabajo, todavía había procedimientos investigativos tramitándose. Estadísticamente, la media de duración de las investigaciones en el STJ es de 593 días. Más de la mitad de los casos necesita más de 1 año para concluir la investigación, mientras la media de tiempo de duración en la práctica española es en torno a 70 días, tanto para los procedimientos investigativos como para los procedimientos penales.

Al final del período establecido en el presente trabajo, de los 783 procedimientos de investigación, una quinta parte había sido inhibida para otras instancias, la mayoría en razón del término del mandato del investigado (tabla 101). Las investigaciones contra aforados políticos sufrieron proporcionalmente más casos de inhibición que los de aforados jueces y aforados políticos-jueces, dato atribuible a la vigencia temporalmente limitada del aforamiento en el STJ mientras durase el mandato del aforado.

Casi el 68% de los casos habían sido ya archivados (tabla 99), la gran mayoría por fragilidad probatoria (tabla 103). En 40,3% de los procedimientos investigativos, se consideró ausentes elementos o pruebas (de los hechos delictivos o de

la responsabilidad del aforado) y en 18,4% de ellos que no había indicios mínimos para la acusación. Como ya se ha mencionado, ese dato es un resultado importante para los análisis sobre la selectividad en la criminalización de aforados en el STJ porque muestra que las investigaciones de altas autoridades en Brasil no se suelen archivar por razones de mérito, como ocurre en España, sino por la fragilidad probatoria para fundamentar una acusación.

Otro dato importante que se obtiene de los análisis llevados a cabo en el subcapítulo 4.6.1 y que se deduce del uso de la «ausencia de soporte probatorio para la acusación», como el principal motivo para archivar una investigación, es el alto grado de influencia del Ministerio Público en la criminalización de aforados. Como ya se explicó, la fase de investigación en Brasil pertenece al Ministerio Público y a él va dirigida, porque es el responsable exclusivo de formular la acusación. Si no encuentra (o sustenta que no existe) soporte probatorio para ella, pide el archivo del procedimiento de investigación. En el STJ, el archivo de una investigación lo pide la Fiscalía General de la República por decisión de su representante y ese pedido no se lo puede negar el Poder Judicial. Así, la actuación del Ministerio Público en la criminalización de aforados es fundamental en Brasil, al contrario de lo que se constató para la práctica española. Es desde el punto de vista de su actuación que se debe cuestionar sobre la selectividad en la criminalización de aforados en lo que se refiere a la primera fase, la de investigación.

La primera característica de esa selectividad está en la ineffectividad del trabajo investigativo para los tipos de crímenes que involucran a los poderosos. Los datos mostraron que los procedimientos archivados por ausencia de pruebas tenía un tiempo de duración muy superior a los archivados por ausencia de delito o de indicios contra la persona aforada, llevando la búsqueda de pruebas a un punto mucho más allá del límite razonable de duración de una investigación.

En la fase del proceso penal, en el STJ, se ve una marcada distinción entre los dos sistemas procesales estudiados. Como en Brasil el monopolio de la acusación pública es del Ministerio Fiscal, la mayoría de los casos empezaron por denuncias de la Fiscalía, mientras en España la casi totalidad de las acusaciones fueron formuladas por particulares. Aún así, hay en Brasil gran presencia de acusaciones formuladas por particulares, cerca de 40% de las denuncias (tabla 116). Por otro lado, es

interesante observar como la iniciativa de acusación cambia en Brasil dependiendo del tipo de aforado acusado. Entre los aforados jueces, la mayoría fue acusada por particulares, mientras entre los aforados políticos y políticos-jueces, la gran mayoría fue acusada por la Fiscalía (tabla 117).

Sobre la actuación de particulares en la acusación de autoridades, el estudio empírico constató que las APNs privadas suelen ser dirigidas mayoritariamente a los aforados jueces (tabla 118), la casi totalidad por crímenes contra el honor y suelen ser más rápidamente solucionadas que las APNs públicas (tabla 162). La acusación pública se suele dirigir más a los aforados políticos-jueces (tabla 119).

Otra característica importante del proceso de criminalización de aforados en Brasil está en la constatación de que los tipos de crímenes más investigados no corresponden con los tipos de crímenes por los cuales fueron formalizadas las acusaciones. Eso muestra las dificultades de concretar el soporte mínimo para la acusación que no siempre es posible para todos los delitos investigados. La única coincidencia está en los crímenes contra la administración pública que estuvo en las dos fases como el tipo con más incidencias para todas las categorías de aforados.

Diferentemente de lo que ocurre en España sobre la naturaleza del delito que hace incidir la regla de aforamiento, en Brasil, en el periodo investigado, todos los aforados eran enjuiciados por cualquier tipo de delito practicado, relacionado o no con el desempeño del cargo. La presencia de delitos comunes, sin relación alguna con el ejercicio de función pública fue relativamente pequeña, cerca de 9,7 % de todos los casos (de investigación y de acusación), pero llamó la atención ver el STJ actuar en el enjuiciamiento de autoridades por delitos relacionados con la esfera privada del ocupante del cargo público, alejada de las finalidades de las reglas de aforamiento. Por otro lado, en el 74,4% de los casos el delito había sido practicado en el ejercicio de alguna función pública (tabla 140).

Analizando el éxito del proceso de criminalización, el estudio empírico constató que sólo 139 de las 282 APNs estudiadas fueron finalizadas (tabla 143). Excluyendo los casos de inhibición a otras instancias y de las APNs que seguían en tramitación, se constató que el proceso de criminalización de aforados en Brasil fue

finalizado sin éxito en casi mitad de los casos, en que se alternaron: decisiones del Juez ponente que rechazaron de manera liminar la acusación, decisiones del órgano colegiado que no admitieron a trámite la acusación, archivo de la causa por razones de extinción de punibilidad y análisis de mérito que consideraron improcedente la acusación. Las acusaciones privadas estuvieron entre las que más fueron finalizadas, mientras que entre las inhibidas a otras instancias, el 85% eran de acusaciones públicas (tabla 144).

Entre los casos finalizados, hubo mayor presencia de aforados jueces como acusados (tabla 149), mientras entre los aforados políticos y políticos jueces, hubo más casos de inhibición, motivados por los cambios de competencia para su enjuiciamiento (tablas 152 y 157).

Entre todas las APNs incoadas en el STJ en el período aquí estudiado, hubo solamente 1 condena, en un proceso que tardó más de 8 años en tramitarse. Aunque no llegue a este tiempo, la duración de la tramitación de las APNs en el STJ es bastante elevada, con una media de duración de más de 2 años y medio (tabla 160). Sólo algo más de un cuarto son concluidas dentro del primer año (tabla 159).

Por los análisis de tiempo de duración de la tramitación de las APNs, se ve que las decisiones de inhibición son tomadas cuando ya lleva transcurrido un considerable periodo de tiempo de tramitación. La media que llevaron los casos hasta su inhibición a otras instancias es de más de 3 años y 3 meses (1192 días – tabla 163). Eso ilustra lo que ocurre en la práctica de la criminalización de autoridades en el STJ: en una duración interminable de los procesos, la tramitación se encuentra con la pérdida del status de aforado, el consecuente cambio en la competencia y la continuación del proceso por otro juzgador.

Respecto al enjuiciamiento de altas autoridades en Brasil, todo se demora en exceso. El STJ tarda de media 1 año y 8 meses para reunirse para deliberar sobre la admisión de la acusación e incluso el rechazo liminar, que se decide cuando el ponente cree que ni hace falta someter el caso a deliberación del colegiado para rechazar la causa, tarda de media 1 año y 4 meses. Si se decide la improcedencia de la acusación, ultrapasado todo el recorrido procesal, el STJ tarda de media más de 2 años y 8 meses (tabla 164).

## **5.2. La criminalización de aforados en España en la práctica y el debate español sobre la eliminación del aforamiento**

El presente trabajo fue concluido, en España, con el debate político y mediático sobre el aforamiento de nuevo en el candelero, motivado por el anuncio del presidente de Gobierno, a mediados de 2018, de que promovería una reforma constitucional para eliminar el aforamiento para los políticos, empezando por restringir las referidas reglas para los delitos cometidos en el ejercicio del cargo.

En España, como se ha explicado en el subcapítulo 3.4.2, el argumento central del debate sobre la supresión del aforamiento se dirige al indeseado tratamiento diferenciado entre españoles lo cual violaría el principio constitucional de igualdad. Así, la cuestión de la impunidad, que es invocada como principal justificativa en Brasil, no es primordial en España. La impunidad está presente en el debate más bien como una «posibilidad» que el aforamiento podría llegar a permitir. Eso es interesante porque el estudio empírico realizado para el presente trabajo ha mostrado que, en la práctica, sí que hay impunidad en la criminalización de autoridades en España. Recuérdese que el índice de condenas verificado para Catalunya fue de menos del 1% de los casos incoados.

Hay que aclarar, sin embargo, que constatar la existencia de impunidad en la criminalización de altas autoridades en España no es decir que el aforamiento es su exclusivo responsable. Hay impunidad, pero “aforamiento” no necesariamente quiere decir “impunidad”.

En primer lugar, desde el punto de vista de los estudios empíricos realizados desde el marco teórico de la criminología crítica – principalmente sobre los flujos procesales dentro del sistema de justicia y por los cuales se puede ver la selección de casos que se va realizando desde el conocimiento de un hecho delictivo, su registro, procesamiento y condena – el porcentaje de éxito de un caso penal (entendido como condena del responsable), desde su conocimiento, es muy bajo para todo el sistema de justicia penal. Los estudios de flujo de procesamiento permiten reconstituir la forma como un crimen registrado es procesado por las agencias que componen el sistema de justicia penal y llaman “attrition” (tasa de deserción) a la diferencia entre los niveles de criminalidad conocida y la respuesta del sistema en términos de incoaciones, sentencias y condenas (GARSIDE, 2004, p.7).

En estudios publicados en 1999, en Inglaterra, se verificó que para los crímenes contra la persona y la propiedad sin uso de violencia, conocidos el año 1997, de 100 ofensas cometidas, sólo 3 resultaron en condena y 1, en 300 casos, resultó en pena de privación de libertad (GARSIDE, 2004, p.9). Entre todos los crímenes ocurridos en el sistema de justicia inglés, sólo el 45,2% era registrado por la policía, sólo 24,3% era investigado, sólo 5,5% era esclarecido, sólo 3% recibían una sentencia y sólo 2,2% una condenación. En Inglaterra y en el País de Gales, entre los años 1999 y 2000, de los casos registrados por la policía, sólo un 9% terminó en condena (GARSIDE, 2004 p.19).

Aunque el presente trabajo no haya identificado estudios realizados en España bajo el método del análisis de flujo de procesamiento, que proveerían una visión más precisa sobre la tasa de deserción de los casos dentro del sistema de justicia penal español, los datos del Instituto Nacional de Estadística proporcionan elementos para algunas conclusiones generales. Entre 2008 y 2015, los hechos conocidos por la policía en España giraban en torno a 2 millones de casos, de los cuales sólo cerca de 720 mil fueron esclarecidos. De ellos, cerca de 400 mil fueron objeto de detenciones e imputaciones y 270 mil acabaron en condena:

**Tabla 165** - Seguridad ciudadana. Infracciones penales

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
<b>Hechos conocidos</b>	2.396.890	2.339.203	2.297.484	2.285.525	2.268.867	2.172.133	2.092.040	2.036.815
<b>Hechos esclarecidos</b>	746.194	725.165	724.995	736.175	728.929	736.368	715.357	659.787
<b>Detenciones imputaciones</b>	350.859	362.488	351.967	468.253	461.042	458.087	432.355	380.244
<b>Condenados</b>	266.847	278.703	266.548	273.965	275.130	275.196	277.956	288.756

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos disponibles en el Anuario Estadístico de España 2017 y en el INEbase<sup>208</sup>

<sup>208</sup>Disponibles en: <[https://www.ine.es/prodyser/pubweb/anuario17/anu17\\_06justi.pdf](https://www.ine.es/prodyser/pubweb/anuario17/anu17_06justi.pdf)> y <[https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176793&menu=resultados&idp=1254735573206](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176793&menu=resultados&idp=1254735573206)>. [Consulta: 16 enero 2019].

Tomando el año 2015 como parámetro, la tasa de condenas en el sistema de justicia español es del 14% de los delitos conocidos.

Además, si son bajas las condenas para los delitos en general, mucho más bajas son las condenas para los tipos de delitos que se suelen atribuir a los aforados:

**Tabla 166** - Total de condenas por año

Tipo de delito	2017	2016	2015	2014	2013
Total de condenas (delitos en general)	394.301	365.202	288.756	277.956	275.196
Contra la Administración Pública	1.678	1.692	1.591	1.548	1.588
Prevaricación de los funcionarios públicos	115	126	93	76	62
Abandono destino	7	18	22	19	30
Desobediencia y denegación auxilio	1.283	1.250	1.188	1.194	1.314
Infidelidad custodia documentos	24	25	13	19	17
Cohecho	38	131	155	102	51
Tráfico influencias	4	11	5	4	1
Malversación	114	71	73	87	89
Fraudes y exacciones ilegales	41	39	25	26	13
Negociaciones prohibidas a los funcionarios	52	21	17	21	11
Contra la Administración de Justicia	19.993	19.462	19.140	18.764	17.117
Prevaricación	3	5	8	5	5
Omisión de los deberes de impedir delitos	4	4	1	6	12
Encubrimiento	70	68	63	81	43
Realización arbitraria del propio derecho	169	149	157	251	144
Acusación y denuncia falsa	2.941	3.221	3.591	3.418	2.767
Falso testimonio	490	457	425	432	383
Obstrucción a la justicia	375	366	349	316	273
Quebrantamiento de condena	15.894	15.144	14.499	14.180	13.412
Contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional	47	48	47	75	78

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos disponibles en el INEbase<sup>209</sup>

<sup>209</sup>Disponibles en: <[https://www.ine.es/prodyser/pubweb/anuario17/anu17\\_06justi.pdf](https://www.ine.es/prodyser/pubweb/anuario17/anu17_06justi.pdf)> y <[https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176793&menu=resultados&idp=1254735573206](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176793&menu=resultados&idp=1254735573206)>. [Consulta: 16 enero 2019].



Por lo tanto, la impunidad de que se habla aquí con respecto a los aforados, no se refiere al concepto presente en el sentido común que la equipara al de una irresponsabilidad intencionalmente causada por el Poder Judicial, como acción deliberada de blindaje de las autoridades. De lo que se habla, aquí, es del resultado – común a todo el sistema de justicia penal – de la deserción de casos en su camino por las distintas etapas que lo integran. Para estudiar el aforamiento, se debe indagar en qué medida esas reglas de competencia contribuyen a esa impunidad.

En lo que se refiere a los aforados de los Tribunales Superiores de Justicia, como se ha demostrado con el estudio empírico realizado, no se constató, para el caso español, que la impunidad observada sea atribuible específicamente a las reglas de aforamiento. El principal embudo en la criminalización de aforados en el TSJC está en que los hechos lleguen a ser conocidos e iniciar su persecución. Las dificultades encontradas aquí no se refieren al aforamiento, sino a aspectos de la propia sistemática procesal española y al tipo de delito que se suele imputar a las altas autoridades.

En primer lugar, como ya ha sido explicado anteriormente, está la baja participación del Ministerio Fiscal en la investigación y en la persecución penal de los hechos delictivos atribuibles a las altas autoridades. La Fiscalía Superior en Catalunya todavía no se ha establecido como un órgano fundamental receptor de denuncias contra aforados: de 2008 a 2016, sólo trabajó en 68 procedimientos de investigación, de los cuales sólo 2 motivaron la presentación de querrela contra el investigado. En el mismo período, entre los 524 casos judicializados en el TSJC, sólo 10 fueron presentados por el Ministerio Fiscal.

La impunidad de los aforados en España empieza en el conocimiento e investigación de los casos. Los pocos casos que se suele llevar al conocimiento del Ministerio Fiscal reproducen las disfuncionalidades observadas para los procesos judicializados en el TSJC: casi la mitad de los procedimientos incoados en la Fiscalía se referían a aforados jueces y se relacionaban con su actuación en causas judiciales sin más argumento que la disconformidad de la parte con la decisión. En los poquísimos casos restantes – que no tenían la huella del conflicto político en Catalunya – se podía ver las dificultades de responsabilización de la autoridad, de separar lo que son *notitia criminis* que emergen, en realidad, del resultado del juego entre fuerzas políticas y las

particularidades de investigar los delitos de cuello blanco (en el caso dorado), de difícil elucidación.

No tener implementada en la Fiscalía Superior una función de investigación preliminar eficaz que permita realmente acercarse a la criminalidad de los poderosos en nada ayuda en este contexto. Eso ya era observado en la Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado, al afirmar que «esa facultad de investigación que se concede al Fiscal carece en la práctica de las condiciones necesarias para ser ejercida con toda efectividad y hasta sus últimas consecuencias.»

En la tesis doctoral de MACHADO sobre las Fiscalías en España, los fiscales entrevistados expresaban la dificultad de la investigación de los crímenes de los poderosos causada, por ejemplo, por la exigencia legal de que al sospechoso se le comunicase sobre el contenido de la investigación (2007b, p.294), previsto en el artículo 118 de la LEC. La necesidad de dar entrada en el proceso a quien resulte imputado desde su fase preliminar de investigación es exigencia que la Fiscalía no puede dejar de obedecer y, así, se ha recomendado a los fiscales, por medio de la Circular 4/2013, que cuando la diligencia que informe al sospechoso sobre la investigación pueda frustrarla, se tendrán que judicializar las actuaciones solicitando del Juzgado la declaración de secreto: «No será admisible por tanto en estos casos continuar investigando de espaldas a un sospechoso claramente determinado». (Circular 4/2013, p. 17). Prácticamente, se impide que el fiscal asuma la tarea de investigar:

[...] Es que además, con el régimen que nos han establecido, que parece que tenemos que dar publicidad de lo que hemos hecho. Claro, ¿quién viene a denunciar a nosotros? Menos diligencias incoadas, se desarticuló un poco la Fiscalía en estos temas, sobre todo en los delitos económicos que tiene más sentido, de corrupción. Porque en un asunto de delito económico, de corrupción, siempre hay algún sospechoso. Pero lo que no puedes hacer es descubrir tus cartas desde el principio. Hay que ver si estas sospechas son, como mínimo, fundadas. Eso es lo que no se nos permite hacer. Porque no, usted cuando tiene un sospechoso le tiene que enseñar todo lo que tiene. Vamos a mirar si esto es fundado, vamos a mirar lo que está pasando aquí. Cosa que la policía

puede hacer y nosotros no. El juez de instrucción también, claro, puede declarar el secreto. Nosotros no podemos declarar un secreto. Cabe preguntarse: ¿quién promovió esa iniciativa y por qué, qué partido político?... Y lo sabemos (fiscal entrevistado el 3/6/2004). (MACHADO, 2007b, p. 296).

Además, el Ministerio Fiscal tiene rebajado su papel en el proceso de criminalización de tal manera que se verificó, en el estudio empírico, como en la práctica, incluso la acusación popular afecta su función investigativa. La ley procesal determina que el Ministerio Fiscal deje de investigar tan pronto se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos (art. 773.2 LECRIM).

La constatación de que se vea en España un ablandamiento tan importante en el papel investigador del Ministerio Fiscal hace que la acción popular domine el panorama de la criminalización de aforados, sin, por su parte, contribuir efectivamente a la responsabilización de autoridades por hechos delictivos.

Manuel Marchena, en ponencia en el Seminario «Aforados: responsabilidad penal» (RÍO FERNÁNDEZ, PASQUAU LIAÑO, 2018), explicó que la acción popular fue introducida en la LECrim en un contexto de desconfianza hacia la Administración de Justicia y reúne, en la actualidad, tanto contribuciones importante para algunos casos cuanto abusos y usos patológicos para otros. Su imagen en España es de un contrapeso al poder de un Ministerio Fiscal, como es explicado por Moral García, con «sutiles ligazones – o al menos apariencia de ellas [...] – con el Poder Ejecutivo»:

[La acción popular] Ha jugado y juega un papel importante y nada baladí en asuntos de corrupción representando a veces un acicate para el celo del Ministerio Fiscal; e incluso en ocasiones con clara función de suplencia de una aparente o real desidia investigadora de aquél.

Ciertamente es mucho más abundante el número de ocasiones en que la acción popular es utilizada de manera abusiva, tratando de judicializar la vida política o alimentando a auténticos profesionales de la acción penal que presentan querellas o denuncias inmediatamente ante cualquier noticia que aparece en un medio que, aunque sea

remotamente, pueda guardar alguna relación con el Código Penal. La búsqueda de protagonismo y portadas, o incluso en algunos supuestos un sórdido ánimo chantajista (que también hay casos) constituyen las coordenadas en las que se sustenta realmente ese «interés» por la justicia.

Esos abusos han provocado el clima actual en que la acción popular está en «horas bajas» y desprestigiada entre autores y, sobre todo, entre políticos.

Pese a esa innegable realidad, no deja de ser un acierto de nuestro sistema ese «exotismo» de la acción popular. Su constitucionalización impone ciertos límites a la generalizada tendencia que se palpa en la actualidad para limitarla o reducirla a algo puramente simbólico a rastras siempre del Fiscal. Los beneficios de la institución son mayores que sus puntos negros que habría que anotar en el *debe*, que no son pocos; y podrían ser paliados o corregidos. [...]

La acción popular es una herramienta que contrapesa la eventual «permeabilidad» del Fiscal General del Estado y por derivación del Ministerio Fiscal a los intereses del Poder Ejecutivo. La acción popular supone una muy relevante fórmula de control y también de complemento al poder de acusar del Ministerio Fiscal. Su presencia ha servido para alentar y estimular la investigación en esos procesos en que el Fiscal puede verse inclinado a posturas más pasivas. Es verdad que son más bien escasas las ocasiones en que se ha llegado a una sentencia condenatoria a instancia exclusiva de la acusación popular y en contradicción con la petición absolutoria del Fiscal. Algunas existen. Pero no son necesarios muchos esfuerzos memorísticos para que acudan a la cabeza asuntos de relieve social en que estaban implicados los aparatos del poder político —a veces de otros países— en los que ha sido la presencia de la acción popular la que ha permitido al Instructor mantener el temple en la investigación y culminar con éxito la instrucción pese al perfectamente describable entusiasmo investigador del Ministerio Fiscal. No es aventurado pronosticar que en otras

condiciones alguno de esos procesos no hubiese llegado a buen puerto, y se hubiese visto abocado al sobreseimiento. La personación de ciudadanos instando diligencia y haciendo de «voz de la conciencia» de la acusación pública ha dado buenos frutos democráticos pues ha fortificado la independencia del Poder Judicial y, también indirectamente, ha servido para dotar de mayor autonomía al Fiscal frente al Poder Ejecutivo. La acción popular blinda también en cierta medida al Fiscal de presiones políticas. (MORAL GARCÍA, Antonio del., 2016, p.64-65).

El estudio empírico realizado para el presente trabajo verificó que la acción popular ocupa prácticamente toda la iniciativa de la criminalización de aforados en España, pero al contrario de lo explicado por Moral García, sus iniciativas no tienen tanto ese carácter de llevar al Poder Judicial «asuntos de relieve social en que estaban implicados los aparatos del poder político». Sólo poco más del 16% de los casos se dirigió a aforados políticos y entre ellos, más del 46% se relacionaba a conflictos políticos en Catalunya. Si se excluyen esos casos, que se refieren a una situación particular de la Comunidad Autónoma, tenemos que la acción popular, en 8 años de análisis, dio inicio a sólo 46 casos.

Así, los datos recogidos en el presente trabajo mostraron que en la práctica, la acción popular no tiene la actuación que la justifica en nivel teórico. Más que denunciar los relevantes casos de corrupción que la Fiscalía no investiga, lo que se viene defendiendo con el uso de la acción popular son intereses exclusivamente individuales, relacionados con la disconformidad con resultados de demandas judiciales. Por eso, los casos penales contra jueces y fiscales predominan en la criminalización de aforados en España.

La actuación contra la función judicial está respaldada en España, en cierta manera, por los artículos 446 a 449 del Código Penal, que tratan de la prevaricación judicial y que castigan el juez o magistrado por dictar una sentencia o resolución injusta. Las denuncias estudiadas en el presente trabajo no trataban de conductas corruptas del juzgador, sino que se limitaban a atribuirle el crimen de prevaricación judicial (que, en el caso de los fiscales, tampoco se configuraba porque el tipo penal no contempla al fiscal

como sujeto activo del delito). La injusticia de la decisión abre el camino para ese intento de criminalización tan masivo de los aforados jueces porque para la parte perdedora siempre quedará el sentimiento de que faltó justicia en la decisión que no le favoreció.

Desde el punto de vista de los denunciantes, está claro su derecho a denunciar al juez por el cometimiento de un delito que se configura en el momento que dicta la sentencia o resolución injusta que les desfavorece. Pero los Tribunales limitaron la interpretación de la injusticia de la sentencia o resolución para darle una formulación objetiva:

[...] como señala la STS. 755/2007 de 25 de septiembre, puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada – desde el punto de vista objetivo – no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico jurídico aceptable. Y se añade en la Sentencia de 20 de diciembre de 2013 que «... por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de la mera ilegalidad...» (TSJC Auto núm. 33/2015, de 15 de enero, TSJC 693/2015, de 28 de octubre de 2015).

Demostrada, así, porque de un lado se tiene la masiva llegada de denuncias y querellas contra aforados jueces por su actuación funcional y, por otro, porque casi ningún caso ultrapasa la fase de admisión. La realidad de la criminalización de aforados jueces es el resultado de esta confrontación entre el inconformismo de la parte

perdedora y el obstáculo que supone para la criminalización el hecho de que, cuando el Código Penal dice «injusticia», en verdad, quiere decir «ilegalidad». Eso porque las decisiones «injustas» casi siempre no son ilegales.

En las querellas presentadas por prevaricación judicial, el Tribunal se ve obligado a hacer una revisión de toda la casuística del proceso judicial de origen y a cotejarla con las decisiones dictadas por el juez denunciado, revisando su actuación para concluir que estuvo dentro de la legalidad. Ese es el ejercicio que se hace en la gran mayoría de los casos contra aforados del TSJC y que termina con la misma conclusión mencionada en la Memoria de la Fiscalía de la Comunidad de Madrid: «no faltan denuncias absolutamente carentes de contenido jurídico y que parecen presentarse más como un desahogo del denunciante que como escritos dirigidos a poner de manifiesto la comisión de un hecho ilícito.» (ESPAÑA, MEMORIA DE LA FISCALÍA DE MADRID, 2017, p.46).

Un ejemplo de ese tipo de desahogo son las denuncias presentadas por quien tuvo denegado su derecho a la asistencia jurídica gratuita, actuación en la cual se ve claramente que lo que se denuncia no es propiamente un crimen sino un ciclo de indefensión e impedimento para acceder a la justicia. El presidente de la Comissió d'Assistència Jurídica Gratuïta a Barcelona es un miembro del Ministerio Fiscal designado por el fiscal superior y, por eso, casos como estos aparecen con frecuencia en la criminalización de aforados en el TSJC.

Con eso, se ve que la impunidad de las altas autoridades en España tiene su origen en el inicio del proceso, como si el embudo que lo representase tuviera ya de inicio una boca bien estrecha. No se llevan los hechos delictivos al conocimiento del Poder Judicial y eso ocurre por dos razones fundamentales: la debilidad de la implementación de la función de investigación del Ministerio Fiscal y el masivo uso de la acción popular para la criminalización de los aforados jueces. Ninguna de esas dos razones está relacionada con el aforamiento.

### **5.3. La criminalización de aforados en Brasil en la práctica y el debate brasileño sobre la eliminación del aforamiento**

El debate brasileño actual sobre el aforamiento no se centra en la igualdad, principal fundamento del que se realiza en España. ¿Y por qué el debate en Brasil no pasa por el principio de la igualdad? La observación participante realizada para el presente trabajo indica sus posibles razones: en Brasil, no sólo está mucho más reforzada la distinción de status, clase y poder que tienen las altas autoridades comparativamente al resto de la población sino que esta condición de separación entre ellos y nosotros es asimilada de manera natural y cultural, normalizando el hecho de que pueden y deben gozar de privilegios por el cargo que ocupan.

Eso se evidenció, en el estudio empírico, de manera flagrantemente explícita, cuando vivencié la rutina de trabajo en la Fiscalía Superior de Catalunya y la comparé con la de la Fiscalía General de la República de Brasil. En Brasil, las altas autoridades – entre las que se incluyen los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal – gozan de un tratamiento reverencial institucionalizado que les llena de privilegios: la estructura gubernamental les proporciona asesores, secretarios, becarios, camareros, servicios de limpieza, chófer privado con coche oficial, que les quita la necesidad de hacer tareas de la gente ordinaria. Si hace falta hacer una copia de un documento o si la autoridad quiere un café, la autoridad se lo pide a la secretaria, que se lo pide al becario, que se lo pide al office-boy, en una estructura jerárquica de mayor a menor en la importancia funcional. La cultura de la diferenciación de status está naturalmente implementada en la organización del funcionalismo: hay, en muchos órganos públicos, ascensores de uso privativo para las autoridades que, tampoco, comparten el baño con los demás funcionarios. Además, para dirigirse a la autoridad, hay todo un rol protocolar y ceremonioso de lenguaje que debe ser obedecido: para las altas autoridades, el pronombre de tratamiento es “Vossa Excelência” cuyo uso ha sido tema, incluso, de lucha entre categorías de autoridades, por ejemplo, por parte de los comisarios de policía en Brasil que querían recibir el mismo tratamiento dado a los magistrados, fiscales y abogados públicos. El pronombre de tratamiento no se suele dispensar por quien pueda ser referido por él, porque indica cuan alto es el status que ocupa en la sociedad brasileña.



Llegada a España después de 20 años inmersa en el contexto cultural arriba descrito, todo me impresionó desde el primer momento. Los funcionarios tenían que bajar a la calle a una cafetería o bar para tomar café, incluso los fiscales. En mi primer día en la Fiscalía Superior de Catalunya, me explicó la secretaria del fiscal general que tenía que cobrarme 2 euros por el agua comprada por los funcionarios y fiscales y compartida por todos, cuando en Brasil el Estado nos provee de agua y café servidos por camareros que pasan por cada despacho ofreciéndonoslos cinco o seis veces al día. En Catalunya, utilizábamos todos allí los mismos lavabos y ascensores y no hay coche oficial, excepto para el fiscal general.

En mi primera entrevista con el entonces teniente fiscal Bañeres, le llamé todo el rato de doctor Bañeres. En Brasil, los formados en Derecho son llamados de “doctor”, aunque no hayan concluido un doctorado, por una costumbre de la época del Brasil colonial (en 1827, don Pedro I decretó que aquel que concluyese el curso de ciencias jurídicas en Brasil debería ser tratado como doctor). Mi equívoco cultural fue reparado por mis compañeras que me preguntaban porque le llamaba “doctor”: “Es *señor* Bañeres”. La sorpresa siguiente fue descubrir que él, tampoco, debería ser tratado como “Excelencia”, cuando le estaba escribiendo un pedido formal de autorización para la presente investigación. El tratamiento de Excelencia sólo lo tenía el fiscal general.

En los más de dos años que estuve en la Fiscalía Superior de Catalunya, fue sorprendida muchas veces más: en la ocasión ya mencionada en el ítem 1.2 del presente trabajo, en que vi a una de las fiscales del Tribunal Superior de Justicia limpiando ella misma el café derramado en el suelo de la cocina o cuando llegué para saludar a los compañeros de la Fiscalía y encontré al teniente fiscal parado delante de una fotocopiadora haciendo él mismo las copias que necesitaba... Esos ejemplos se asemejan mucho al mencionado por Wallín (2017) sobre su experiencia en Suecia, cuando vio al primero ministro sueco Fredrik Reinfeldt, en 2013, interrumpir la apertura de Eurovision para poner una taza sucia en el lavavajillas, que más que una broma para el show, reflejaba la propia manera de vivir de los cargos públicos allí. España no vive la misma horizontalidad estricta entre ciudadanos y ocupantes de altos cargos públicos que vive Suecia, pero la situación que vivencíé durante mi observación participante aleja la experiencia española, en mucho, de la realidad brasileña.

Así que, aunque por veces el tema del tratamiento igual a todos los ciudadanos sea mencionado, en Brasil, él no es central para el debate sobre la eliminación de los aforamientos porque los ocupantes de altos cargos públicos, allí, no son “iguales” al resto de la población. El aforamiento se discute allí en términos de la impunidad de los poderosos.

El análisis empírico aquí realizado constató, como habían hecho otros estudios, que hay impunidad para las altas autoridades en Brasil. Entre todas las APNs que se tramitaron en el STJ en el período analizado, hubo solamente 1 condena, de un aforado juez, dato que se suma a la dura realidad del Tribunal, con relación a su actuación penal contra aforados: 12 condenas en más de 900 APNs allí incoadas y 29 años de historia. En ese sentido, el estudio realizado por la AMB (2007) ya alertaba que, desde la creación del Tribunal en 1989 hasta 06/07/2007, en el STJ solo había habido 5 condenas en 333 APNs allí incoadas.

Ese visible dato de impunidad es percibido por todos los críticos del aforamiento que le atribuyen la responsabilidad por tan pocas condenas de las altas autoridades públicas. Lo que se debe indagar, con eso, es si el aforamiento es la razón para esa impunidad.

Para la realidad brasileña, el aforamiento, desde luego, ha contribuido sí a la impunidad de las altas autoridades, pero no necesariamente por el hecho de que hubo apenas una condena en más de 282 APNs estudiadas. Aquí hay que separar bien lo que se puede atribuir al aforamiento y lo que es propio de la selectividad del sistema penal como un todo.

El proceso de criminalización de aforados en el STJ se caracteriza por: a) un gran número de investigaciones incoadas y archivadas, b) un alto número de casos inhibidos a otras instancias, en razón de cambios en la competencia para enjuiciamiento y c) el resultado infructífero de la casi totalidad de las acusaciones presentadas.

La investigación empírica ha mostrado que, en el periodo analizado, hubo 1015 casos incoados contra aforados (tabla 71) que, después de ser unificados para representar cada uno a una única causa, totalizaron 783 procesos. Esos 783 casos representan investigaciones que fueron incoadas en el STJ y que no resultaron en

acusación. Cerca de 20% de esas investigaciones fueron inhibidas a otras instancias y casi el 70% de ellas fueron archivadas (tabla 99), la mayoría por ausencia de pruebas. Considerando que de las 282 APNs analizadas, sólo cerca del 40% fue precedida de un procedimiento de investigación (107 procesos – tabla 72), se ve que esa fase concentra el primer embudo en la impunidad: el movimiento de toda la máquina administrativa y judicial del Tribunal y de la Fiscalía General de la República con bajísimo resultado para la criminalización de autoridades. El número elevado de procedimientos de investigación refleja un número alto de posibles hechos delictivos que contrasta con los bajos números de las denuncias presentadas, o sea, raramente los hechos investigados consiguen ser objeto de acusación.

El aforamiento puede que contribuya a la falta de éxito en las investigaciones, pero no se le debe atribuir toda la responsabilidad. Es cierto que el aforamiento determina que la autoridad aforada en el STJ será investigada en procedimiento de investigación propio, con tramitación en el Tribunal, en la cual está excluida la actuación de la policía judicial excepto para atender a las demandas de la Fiscalía General de la República. Y es cierto que eso implica la concentración de la investigación de aforados en manos del Fiscal General, que si bien guarda la lógica de evitar la influencia de los aforados en las investigaciones realizadas por la policía, que no posee independencia funcional, se topa con una estructura de investigación limitada materialmente. La práctica en la Fiscalía General de la República demostró que esa atribución de investigar a los aforados del STJ nunca fue prioritaria, no vino acompañada de una estructura de personal correspondiente y fue sujeta, muchas veces, a una selectividad no necesariamente personal, de qué aforado investigar, sino de cuales casos tenían más posibilidades de éxito o podrían ser solucionados de manera más rápida.

Así, la selectividad en la investigación de autoridades en el STJ es, en primer lugar, marcada por la incapacidad material de la Fiscalía General de la República de dar cuenta de todos los casos. Sin embargo, no es ese un fenómeno exclusivo del proceso de criminalización de aforados. Como explican Dias y Andrade, la acción del Ministerio Fiscal como un todo se asienta incuestionablemente sobre un conflicto resultante del desfase entre las expectativas y el nivel de los medios de que dispone (1997, p.481). Eso refleja una característica de la selectividad cuantitativa de todo el sistema de

justicia penal que es marcada de manera relevante por sus limitaciones operativas. Como ya notó Zaffaroni, “en alguna medida, toda burocracia acaba por olvidar sus objetivos, sustituyéndolos por reiteraciones rituales, finalizando generalmente con hacer lo más simple.” (2003, p.45-46).

Para los aforados, la actuación del Ministerio Público en la investigación tiene características, en cuanto a la selectividad, semejantes a las verificadas en la actuación de la policía para crímenes de no aforados. En vasto estudio empírico coordinado por MACHADO (MACHADO et al., 2016a) sobre la investigación y la persecución penal de la corrupción y de los delitos económicos en Brasil, en el sistema de justicia federal de primera instancia, la tarea de investigación de la policía está marcada por la necesidad de administrar la enorme cantidad de trabajo que le llega. Eso es lo que rige la selección de casos a ser investigados: son seleccionados los casos que ya traen con ellos los elementos de prueba necesarios para la investigación, en caso contrario, la causa es archivada (MACHADO et al., 2016a, p. 17).

A la limitación operativa del Ministerio Fiscal se debe añadir la particular dificultad de esclarecimiento de los delitos de cuello dorado. Para los aforados, el esclarecimiento de sus hechos delictivos concentra las dificultades propias de la persecución de los delitos típicos de cuello blanco – crímenes sin víctimas individualizadas, raramente practicados por un único agente, de difícil visualización y bien planificados – con obstáculos relacionados al alto poder político de la autoridad que dificultan el encuentro de los elementos necesarios a su responsabilidad en la práctica del delito y de la prueba de su intencionalidad.

Como explica Cordeiro, colaborador del estudio empírico coordinado por Machado, antes mencionado (MACHADO et al., 2016a, p. 80), la producción de la prueba para los delitos económicos demanda métodos invasivos y excepcionales de investigación, como el levantamiento del secreto bancario y fiscal, el registro domiciliario, la intervención telefónica y telemática, la escucha ambiental, la infiltración de agentes, la colaboración premiada y la acción controlada, métodos que imponen la observancia de normas procedimentales rígidas y que, de no ser observadas, pueden comprometer la validez de todo el acervo probatorio.

La limitación operativa de la Fiscalía y la dificultad de realizar la investigación inherente al tipo de delito que suele atribuirse a los aforados promocionan una discrecionalidad en la actuación de la Fiscalía que se revela, en la práctica, en términos de “apreciación de la prueba”. Una vez más se retorna a los resultados de la tabla 103, mencionados anteriormente, que muestran la fragilidad probatoria como el motivo principal del archivo de las investigaciones. Y aquí es donde hay margen para una actuación selectiva cualitativamente orientada. Como es explicado por Dias y Andrade para el MP alemán – con aplicación exacta para el MP brasileño – al intentar identificar los criterios y variables que influyen en la decisión del MP, se ve que la apreciación de la prueba constituye la puerta privilegiada para hacer penetrar su sesgo, sus concepciones político-criminales y sus estereotipos (1997, p.499). La “prueba” es la cortina de humo que se puede utilizar incluso para los casos en que la actuación de la Fiscalía esté marcada por la influencia del investigado. Revestida de una justificación legal e inserta en la esencia misma del trabajo de investigación, saber si la demora en finalizar un procedimiento de investigación se debe al hecho de que todavía se está buscando la prueba (o si se está dejando el caso intencionalmente aparcado), saber si el caso fue correctamente archivado porque realmente no había prueba contra el investigado es extremadamente difícil.

Sin embargo, eso no ocurre exclusivamente en la criminalización de aforados. Las investigaciones realizadas en Brasil basadas en la metodología de análisis de flujo del sistema de justicia muestran que ese desfase entre delitos registrados, investigación y acusación es una característica general del sistema penal. En la revisión de la literatura sobre la utilización de esa técnica de investigación, hecha por Oliveira y Machado (2018), hay numerosos trabajos que muestran la baja supervivencia de casos criminales conocidos y registrados en el trayecto entre la fase de investigación y de acusación. Entre los estudios mencionados por Oliveira y Machado, se tienen, por ejemplo, los realizados para el delito de homicidio, al que los investigadores han dado bastante atención por su bajo índice de subnotificación: en Recife, en el estado de Pernambuco, en 2007, en sólo el 26% de las investigaciones de homicidios dolosos había habido presentación de denuncias por el Ministerio Fiscal; en Rio de Janeiro, entre 1998 y 2001, menos del 35% de los homicidios notificados fueron esclarecidos y objeto de acusación penal, el año 2005, de las 2004 investigaciones por homicidios dolosos, sólo

74 resultaron en denuncia y en el Distrito Federal, para el año 2010, el porcentaje de denuncias fue del 8,1% de los homicidios registrados (OLIVEIRA, MACHADO, 2018, p.791-792).

Prosiguiendo con las características del proceso de criminalización de aforados en el STJ, se verifica que, además de que las investigaciones pocas veces se transmutan en acusaciones, como suele ocurrir en el sistema de justicia como un todo, tenemos el resultado infructífero de la casi totalidad de las acusaciones presentadas.

Oliveira y Machado explican que desde el estudio pionero de Edmundo Campos Coelho en Brasil, en 1986, ya se constataba como una característica general del sistema de justicia el gran desfase entre las investigaciones y las condenas (2018, p.789). En 1967, Coelho verificó que sólo cerca del 16% de las investigaciones acababan en condenas en Rio de Janeiro. En la década de los 90, Joana Domingues Vargas verificó que de 441 ocurrencias de crímenes sexuales sólo 37 obtuvieron sentencias condenatorias en la ciudad de Campinas, en el estado de São Paulo. En los años 2000, las investigaciones realizadas en la región de Florianópolis, en el estado de Santa Catarina, sobre los homicidios dolosos registrados, mostraron que el porcentaje de condenas era del 3%; las realizadas en Recife, en el estado de Pernambuco, apuntaban un porcentaje del 0,8% de casos de homicidios juzgados y que en sólo el 26% de las investigaciones de homicidios dolosos en aquella ciudad habían sido presentadas denuncias por el Ministerio Fiscal; en Rio de Janeiro, menos del 10% de los homicidios y menos del 3% de los robos habían resultado en punición (p.789-791).

Para el delito de cuello blanco, el primer estudio sobre selectividad realizado en Brasil fue el de Ela Wiecko, que verificó, entre 682 casos de delitos contra el sistema financiero, que el porcentaje de condenación era del 0,88% (CASTILHO, 2001). En el estudio sobre los delitos económicos y de corrupción realizado por Machado et al. (2016), verificaron Ribeiro y Zackseski que, para los 218 reos cuyos procesos fueron analizados, sólo uno fue condenado (2017, p.351).

Comparando acusaciones y condenas, la impunidad es la tónica del sistema de justicia penal, tanto para aforados como para no aforados. En el STJ, la mitad de los casos de aforados estudiados en que hubo acusación fue finalizada y todas las

finalizaciones (excepto una causa, que culminó en condena) fueron sin éxito para la criminalización. Así pues, en una primera mirada, no puede atribuirse al aforamiento la impunidad de las autoridades enjuiciadas en el STJ porque ese desfase es encontrado, en mayor o menor grado, tanto para los delitos de los aforados cuanto para los delitos “callejeros”. Pero hay un aspecto que se debe registrar: el retrato que se ve de la impunidad de la criminalización de aforados en el STJ se distingue del cuadro general porque lo que se ve como impunidad – la diferencia entre acusaciones y condenas – se refiere poco al trabajo de la Fiscalía y mucho a la acusación privada por crímenes contra el honor.

Así, lo que se percibe como la casi ausencia de condenas de aforados es en realidad el resultado de una conjunción de factores que se van sumando: las dificultades en la investigación de los delitos contra aforados, la baja presentación de acusaciones por la Fiscalía por la ineficacia de la fase investigadora, la inhibición de más de la mitad de las acusaciones públicas a otras instancias por cambios en la competencia, la ocurrencia de causas de extinción de la punibilidad... Al final, la mayoría de los casos sometidos a la apreciación del STJ son de acusaciones privadas, por delitos de cuestionable importancia como para recibir tratamiento penal.<sup>210</sup>

El estudio de la AMB (2007, p.18) sobre los aforados en el STJ y en el STF, ya encontraba la presencia masiva de crímenes contra el honor (42%) en las APNs incoadas en el STJ, de 1989 a 2007, dato que no se verificaba para el STF. Como el estudio de la AMB no analizó los cargos de los aforados procesados, no pudo constatar, sin embargo, lo que se constató en el presente trabajo: el STJ actúa, masivamente, en causas penales privadas contra aforados jueces, por delitos contra el honor. Hay, por lo tanto, un aspecto importante al hablarse de impunidad para el aforamiento en el STJ: la práctica no corresponde al imaginario del sentido común, de que los aforados son políticos, denunciados por graves crímenes de corrupción y liberados de la criminalización por el Poder Judicial.

---

<sup>210</sup>En Brasil, las ofensas contra el honor son crímenes tipificados en el Código Penal, aunque considerados delitos de menor potencial ofensivo.

Entre las características del proceso de criminalización de aforados ya enumeradas, la que más visiblemente se puede atribuir al instituto del aforamiento es el alto número de casos inhibidos a otras instancias, en razón de cambios en la competencia para enjuiciamiento de los investigados y acusados. Las alteraciones de competencia por pérdida del status de aforado fueron responsables de la muerte, en el STJ, de casi el 20% de las investigaciones (tabla 101) y más del 40% de las acusaciones (tabla 143). Además, influyen sobremanera la tramitación de los procedimientos: la asunción de un cargo o su pérdida afectaban a toda la marcha procesal, investigaciones eran interrumpidas en primera instancia o en el STJ para ser retomadas por otro juicio y, dentro de la selectividad burocrática de elegir los casos más rápidos de solucionarse, muchas veces se preveía la modificación del status del aforado – y el cambio de competencia que se avecinaba – para priorizar otros procesos con más posibilidades de seguir su tramitación normal.

Esas dificultades no pasaban desapercibidas para el Poder Judicial, incluso porque para el STF brasileño, la misma situación verificada en el presente trabajo para el STJ estaba ocurriendo y con más rigor. Conforme los resultados del estudio “V Relatório Supremo em Números”, eran poquísimos los casos en que el STF realmente decidía sobre la criminalización de sus aforados. Los datos del referido estudio mostraron que la gran mayoría de las APNs incoadas (cerca del 63% de los procesos, entre 2011 y 2016) y casi el 35% de los procedimientos de investigación en el mismo período fueron inhibidos a otras instancias (FALCÃO et al., 2017, p. 54-57).

El impacto de los cambios de competencia es sentido de manera más importante en el proceso de criminalización de aforados del STF que en el del STJ. Eso porque los dos tribunales vivencian un panorama distinto sobre quienes son sus aforados: como se explicó en el ítem 1.2 del presente trabajo, la “clientela” de aforados del STJ y del STF es absolutamente distinta. El STF tiene como aforados, en su gran mayoría, a ocupantes de cargos políticos, con mandatos electivos fijos en el tiempo; el STJ, a su vez, puede enjuiciar sólo a 27 políticos entre más de 3500 autoridades aforadas del Poder Judicial, Ministerio Fiscal y Tribunales de Cuentas, casi todas con cargos vitalicios.

El desbordamiento de trabajo en el STF con procesos largos de grandes operaciones de la Policía Federal y Ministerio Público, como la operación “Lava-Jato” y el “Mensalão”, involucrando a un gran número de reos, la lentitud de la tramitación de



los procesos penales contra aforados y las estadísticas procesales que evidenciaban el desencuentro entre las expectativas de la población por una mayor criminalización de los poderosos y los resultados efectivos de los procedimientos que allí se tramitaban, motivó los cambios jurisprudenciales sobre aforamiento ocurridos el año 2018.

Mientras se aguardaba una solución legislativa para las tan criticadas reglas de aforamiento, el STF brasileño, como se explicó en el ítem 3.4.3, decidió interpretar las normas constitucionales para cambiarlas para los parlamentarios: restringió el aforamiento a los crímenes cometidos en el ejercicio del cargo y en razón de las funciones a él relacionadas y limitó al final de la instrucción procesal la posibilidad de cambio de competencia por la pérdida sobrevenida de la condición de aforado. La resolución fue proferida en la APN 937, dentro de un caso “emblemático” de como el instituto permitía un “sube y baja” sin fin entre instancias judiciales, impidiendo la solución rápida del caso que, de tanto cambiar de juicio no tenía otro final que el de la prescripción. El referido caso era de un delito electoral cometido diez años antes, en 2008, cuando el acusado era alcalde. De la condición de alcalde, el reo pasó a estar sin cargo, luego a ser diputado federal, a dejar el cargo, a volver al cargo y a renunciar a él una vez más para volver a ser alcalde. El caso estuvo saltando entre tres instancias desde la presentación de la denuncia en 2013.

Para el STF, más que firmar una interpretación constitucional, cambiar las reglas de aforamiento fue un acto de gestión administrativa dirigida no sólo a combatir la impunidad, sino también a desahogar a sus integrantes de la sobrecarga de trabajo con los casos penales de aforados. La lectura de la decisión de la Suprema Corte brasileña, en que se decidían las limitaciones al aforamiento (QO APN 937 – RJ), revela la preocupación de la Corte con su autoimagen, reconociendo que el “Supremo Tribunal Federal no ha sido capaz de juzgar de manera adecuada y con la debida celeridad los casos abarcados por el aforamiento”, que la media de días para admitirse una denuncia, en el STF, era de 581 días, que la media de duración de la tramitación de un proceso penal era de 1377 días y que entre 2001 y 2018 más de 200 casos habían prescrito allí (STF, QO APN 937 – RJ, p.7-9). Para solucionar lo que vio como “problemas y disfuncionalidades” del aforamiento, el STF propuso su compatibilización con los principios constitucionales, para aplicar sus reglas solamente para los crímenes practicados durante el ejercicio del cargo y en razón de él. El efecto práctico de su propuesta lo revelaba el estudio de Falcão

et. al., antes mencionado (2017): de aplicarse la regla de solo aforar a la autoridad por hechos ocurridos después de ser investida en el cargo y que estuvieran relacionados con la función ejercida, apenas cerca del 5% de los casos hubiera permanecido en el Tribunal.

Sin embargo, para los fines del presente trabajo, interesa observar cómo esa jurisprudencia fue asimilada en el STJ.

Posteriormente a lo decidido en la APN 937, el STF fue llamado a deliberar sobre otro caso, de dos aforados, investigados juntos, por hechos cometidos en cargos anteriores al que ocupaban en ese momento (INQ 4703, Min. Luiz Fux). Uno de los investigados era aforado en el STF y el precedente de la APN 937 era de tranquila aplicación: pese a ocupar el cargo de senador de la República, había practicado el delito cuando era gobernador de Estado y, por lo tanto, su caso debería ser inhibido a la primera instancia. Pero el segundo investigado era consejero de Tribunal de Cuentas, aforado, pues, en el STJ y había practicado el delito cuando era diputado de los Estados. Se tenía que decidir si el novel entendimiento del STF sobre aforamiento se aplicaba sólo a los parlamentarios aforados en la Suprema Corte o a todos los cargos aforados, incluso en otros tribunales. La respuesta fue que sí.

Con eso, como se ha explicado en el ítem 3.6.2, el STJ pasó a adoptar la jurisprudencia del STF, aplicando las nuevas reglas de aforamiento para gobernadores y miembros de los Tribunales de Cuentas de los Estados, DF y Municipios, que dejaban de ser aforados en el STJ si estuvieran siendo procesados por crímenes que no hubieran sido cometidos durante el ejercicio del cargo o que no estuviesen relacionados a las funciones por ellos desempeñadas. Quedaba pendiente definir qué tratamiento debería ser dado a los aforados jueces y decidir si el cambio jurisprudencial iniciado por el STF también afectaría a los magistrados y miembros del Ministerio Público. El STF no se había pronunciado específicamente sobre esa categoría y, en verdad, en la deliberación de la Cuestión de Orden en el Inquérito 4703, uno de los miembros de la Corte entendía, en contra de la mayoría, que el precedente de la APN 937 sólo se aplicaba a los parlamentarios, teniendo en cuenta que la Corte no había deliberado sobre los aforados con cargos vitalicios. El STJ se anticipó en deliberar que, para los aforados jueces, la nueva orientación no se aplicaba.

Con eso, se puede resumir el panorama de la criminalización de aforados en Brasil: un gran sentimiento de impunidad de las altas autoridades impulsa el debate sobre la eliminación de las “prerrogativas de fuero” que se empieza a implementar por medio de modificaciones puntuales de la jurisprudencia en las reglas de aforamiento. Pero lo que se ve en esos cambios son dos consecuencias muy importantes para el estudio de la criminalización de aforados: primero, ellas no cambiarán la impunidad del sistema penal, principalmente para los delitos practicados por altas autoridades, sólo retirará la responsabilidad (y el daño a la autoimagen del Tribunal superior), transfiriéndola a la primera y segunda instancias; segundo, motivadas por la necesidad del STF de desahogarse de la acumulación de trabajo con la criminalización de aforados, las modificaciones propuestas, aunque tengan un ropaje de obediencia a los principios constitucionales de la igualdad, de la efectiva prestación jurisdiccional, de la razonable duración de los procesos, ofenderán la finalidad republicana del aforamiento de proteger a los cargos por medio de la protección de las personas que los ocupen.

#### **5.4. El aforamiento: ¿privilegio a ser eliminado? Aportes al debate desde la criminología de los poderosos**

El presente trabajo, partiendo del contexto actual de intento de equilibrar la balanza punitiva con la criminalización de los poderosos, pretendía analizar el aforamiento para responder a algunas indagaciones: ¿las reglas de aforamiento reforzarían la inmunidad de los detentores del poder ante el sistema de justicia criminal? ¿Qué papel tendría en la responsabilización de las autoridades públicas por hechos delictivos? ¿El aforamiento contribuye a la selectividad del sistema penal?

La hipótesis originalmente planteada consistía en que el aforamiento era responsable de la inmunidad de los detentores del poder y así, al elaborar el plan de investigación para el presente trabajo, se puso como finalidad del estudio, en caso de confirmarse la hipótesis, el reforzar el debate crítico sobre el instituto del aforamiento en dirección a su restricción o eliminación.

La belleza de hacer ciencia es justamente esa: al final de la presente investigación, con los resultados del estudio empírico, la hipótesis inicialmente formulada, que atribuía al aforamiento la responsabilidad de la impunidad de las altas

autoridades, no se confirmó. Se verificó que, en realidad, la selectividad inherente a todo el sistema de justicia criminal se reproduce, también, en el microcosmos de la criminalización de aforados y que actuaría en los hechos delictivos de las altas autoridades públicas independientemente de la instancia que la enjuicie. Así, el aforamiento sería apenas un aspecto del proceso de criminalización de autoridades, que se caracteriza por la impunidad, es cierto, pero sin permitir que se defiendan la eliminación de la prerrogativa como forma de combatir la exclusión de los poderosos del sistema penal.

El estudio empírico realizado fue fundamental no sólo para permitir comprender la complejidad del tema del aforamiento como también para dejar ver, en sus matices prácticas, la ineficacia de los discursos que defienden su eliminación sin considerar todos los aspectos a él relacionados y el funcionamiento del sistema penal como un todo.

En los subcapítulos anteriores, se han analizado las peculiaridades de cada sistema penal con relación a la criminalización de aforados en la práctica, con sus características centrales y disfuncionalidades. Pero si se analiza bien qué dificultades son causadas por el aforamiento, por sí mismos, y cuales existirían si no existiera, se ve, para ambos países, que, las afectaciones de las reglas de aforamiento en la criminalización de aforados son sólo de dos órdenes: a) al favorecer los cambios de competencia en el curso del proceso según el investigado mantenga o adquiera el status de aforado y b) al determinar que el trámite de la causa se haga en un Tribunal colegiado, en ocasiones distante del lugar de los hechos, sin experiencia en la instrucción, con un procedimiento procesal que genera poca agilidad y retardo en su conclusión. Los demás aspectos que influyen en la criminalización de las altas autoridades ocurrirían de igual manera si no hubiera el aforamiento.

La cuestión básica que se debe tener clara sobre el funcionamiento del sistema penal y cómo ese funcionamiento inmuniza a los poderosos es que a esa parcela de la criminalidad el sistema no llega. Los estudios sobre la cifra oculta de la criminalidad y, entre ellos, el que se realizó para el presente trabajo, muestran que los casos que son sometidos a la decisión de los tribunales ya representan el resultado de un proceso de selección sumamente avanzado, en el cual ya han intervenido todos los poderosos filtros específicos del sistema penal, además de los filtros de control social (ANDRADE, 2003,

p.299). Con o sin aforamiento, la lógica del sistema penal es la de la selectividad, de una selectividad que como explica Andrade, es encubierta e íntegra, convalida y racionaliza su funcionamiento (2003, p.299).

Los que hoy son aforados, en ambos países, son personas que detentan poder político y ocupan funciones que la sociedad considera importante en su estructura. Para ellos, con o sin aforamiento, el proceso de criminalización siempre tendrá más probabilidad de sufrir la acción selectiva del sistema penal y eso tanto para crímenes convencionales cuanto para los típicos crímenes de cuello blanco. Esas autoridades seguirán inmunizadas de la acción del sistema sobre sus hechos delictivos por su prestigio, por la gran disponibilidad de recursos que poseen para su defensa, por la complejidad de la investigación de sus delitos, por la presión política y de la opinión pública sobre los operadores del sistema de justicia.

En los poquísimos casos – como se vio en el estudio empírico – en que se vea alguna de esas autoridades condenadas, se verá la selectividad del sistema penal operando dentro del grupo de los poderosos, porque como explica Zaffaroni, aunque se redirija el sistema penal para ellos, éste no hará otra cosa que alcanzar los menos poderosos, los no poderosos que aspiran a serlo, o a los que han perdido frente a otros más poderosos (2005, p.203).

Eliminar las reglas de aforamiento no trae el resultado práctico que sus defensores pretenden. Es verdad que de eliminarlas, se alcanzaría el tratamiento igualitario entre todos los ciudadanos, tan deseado en España (y actualmente imposible en Brasil). Sin embargo, la igualdad obtenida sería una igualdad meramente formal, porque los ocupantes de altos cargos públicos y políticos seguirán integrando los grupos de elite y la clase políticamente dominante. Esas autoridades, por su condición personal y por el cargo que ocupan, seguirán poseyendo un particular protagonismo en el sistema político y en la estructura social, una especial capacidad de información e influencia, seguirán disponiendo de los principales resortes del aparato estatal y teniendo las condiciones para encubrir o tratar con indulgencia los hechos delictivos cometidos por ellos mismos o por sus colaboradores, como describió Díez-Picazo (2000, p. 13).

Además, como advierte ese mismo autor, siempre existirá el conflicto entre la necesidad retributiva de someter a las autoridades públicas a responsabilidad penal – “porque se aspira a que los poderosos paguen por sus culpas” (DÍEZ-PICAZO, 2000, p. 21) – y los costes políticos de responsabilizarlos. De un lado, habrá casos en que, por ejemplo, la exigencia de responsabilizarlos penalmente, especialmente por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, se confrontará con hechos practicados dentro del carácter complejo de las Administraciones públicas, cuando no se podrá atribuirles más que negligencia e imprudencia, que no llevan aparejadas el mismo grado de reproche social. Por otro, habrá siempre una cierta tensión entre la exigencia de responsabilidad penal y la legitimación democrática de las autoridades electas (DÍEZ-PICAZO, 2000, p. 28-29). Eso ocurrirá sea quien sea quien los enjuicie.

En esta línea de raciocinio, en la que la capacidad de influencia de las altas autoridades sobre su proceso de criminalización no cambiará con la eliminación del aforamiento, deja sin sentido cualquier debate sobre la composición del Tribunal que irá enjuiciar a los aforados, si el nombramiento de los magistrados responsables del enjuiciamiento fue discrecional y si la discrecionalidad fue específicamente política. En primer lugar, porque como ya se ha explicado, los casos que llegan a la decisión del Poder Judicial ya sufrieron gran parte del filtraje selectivo del sistema penal y sólo en poquísimos casos ya filtrados – y en que hubiese coincidencia entre la ideología política de quien nombró al magistrado y el investigado – se podría plantear una actuación políticamente direccionada del Tribunal para salvarlo de la criminalización. En segundo lugar, porque en cualquier instancia que se enjuicie a una alta autoridad se podrá hablar de la posibilidad de su influencia sobre el juez que le enjuiciará.

En Brasil, eso es particularmente interesante cuando se considera que el STJ es un tribunal de competencia nacional, ubicado en la capital de Brasil, Brasilia, y que viene inhibiendo a la primera instancia, desde mediados de 2018, los casos de aforados que no se encuadran en el nuevo entendimiento jurisprudencial del STF brasileño sobre aforamientos. Las causas en que los aforados gobernadores y consejeros de Tribunales de Cuentas estén siendo procesados por delitos que no tengan relación con el cargo, ni hayan sido cometidos durante su ejercicio y que antes estaban todas concentradas en Brasilia, están siendo inhibidas a jueces de primera instancia de todo el país. ¿Realmente se cree que el gobernador de uno de los estados de Brasil será enjuiciado

con más imparcialidad por un juez de primera instancia de su estado que por los integrantes del STJ? ¿Será menos incómodo para un juez de primera instancia, que actúa sólo, enjuiciar al gobernador de su estado que a un magistrado del STJ que actúa con el respaldo de un órgano colegiado? Los cambios jurisprudenciales sobre aforamiento, que emergieron en medio del desarrollo del presente trabajo, ya demandan estudios futuros sobre si los resultados de las innumerables causas que están siendo inhibidas a la primera instancia en Brasil se muestran más exitosos que los que se obtenía en el Tribunal superior.

Brasil y España caminan, hoy, hacia la eliminación del aforamiento, empezando por limitarlo a los delitos cometidos en el ejercicio directo de sus funciones y durante el período en que ejerzan los cargos. Limitar el aforamiento a los delitos cometidos en el ejercicio directo de las funciones implica entregar los crímenes comunes y practicados por el investigado no en su condición de autoridad pública, sino como un ciudadano cualquier, al juzgado competente para enjuiciar a cualquier ciudadano.

Esa limitación ya existe para los aforados jueces en España que deben responder por los actos de su vida privada ante el juzgado de primera instancia. Según entrevista informal que hice en julio de 2017, con el Director de la Oficina Antifrau de Catalunya, Miguel Ángel Gimeno Jubero, magistrado y expresidente del TSJC, innumerables situaciones irregulares de jueces son solucionadas por la vía disciplinaria por el Consejo General del Poder Judicial y hay condenas penales de jueces, por ejemplo, por conducir bajo los efectos del alcohol o por violencia de género. Una vez más, un futuro estudio debería investigar qué tratamiento se da a las causas contra jueces por delitos no relacionados a la función.

En el estudio empírico aquí realizado, se constató que el número de casos en que los delitos no tenían relación alguna con la función pública, genéricamente considerada, era bajo – casi nulo en España. Pero la presencia en Brasil de causas absolutamente ajenas al cargo – algunas anecdóticas, relatadas en el ítem 4.6.2. – evidencia que la aplicación de las reglas de aforamiento, aquí, extrapola su finalidad. Por otro lado, mientras está claro que hechos relacionados a la actuación común del ciudadano, que nada tienen que ver con el desempeño de la función pública, se alejan de la finalidad del aforamiento, lo mismo no sucede para aquellos delitos que, aunque no

practicados en el ejercicio del cargo actual del aforado, están relacionados con el ejercicio de función pública.

Como explicado en el ítem 3.3, el aforamiento se estableció en la modernidad para proteger el buen ejercicio de la función pública. Por eso, tradicionalmente, para proteger a los cargos importantes para la estructura estatal, el aforamiento se aplicaba a todos los procesos incoados contra sus ocupantes, no importando si los hechos eran anteriores a la investidura. Con el foco en la protección del cargo, se establecía, además que el aforamiento cesaba con el término de su ejercicio (en Brasil, ese entendimiento prevalece desde la cancelación de la Súmula nº 394 del STF, el año 1999). Pero el aforamiento se justificaba, también, para garantizar la normalidad del ejercicio de las funciones públicas relevantes, al concentrar en un solo órgano judicial las investigaciones contra el detentor de determinados cargos y, en cierta manera, proteger sus ocupantes del uso político de denuncias.

Con esa doble función, no debería impresionar que el aforamiento también protegiera a las personas y no sólo al cargo. La protección del buen ejercicio de la función pública se efectiva protegiendo el cargo, de ser ocupado por alguien que no es digno de ejercerlo y la persona que lo ocupa, para que pueda ejercer con libertad e independencia las relevantes funciones que el cargo demanda.

Así que la protección del cargo falla cuando se limita el aforamiento exclusivamente a los delitos practicados en su ejercicio, desconsiderando los hechos delictivos que aunque practicados antes de la investidura, se relacionen con la función pública. ¿Cómo no ver desprotegido un cargo relevante para la estructura estatal cuyo ocupante sea investigado por haber malversado caudales públicos, defraudado la Administración, aceptado soborno o fraudado el proceso electoral para acceder al puesto que ahora ocupa? Hay, por lo tanto, un contrasentido en las propuestas actuales de restricción del aforamiento que se encuentran tanto en Brasil como en España.

De la manera que se ha posicionado la jurisprudencia actual en Brasil y del camino que se pretende recorrer en España, se puede prever, ya, que el futuro es de un vaciamiento completo del instituto del aforamiento, al menos para los cargos políticos. Los delitos practicados por los poderosos – y la criminalidad del cuello blanco en general



– no se suele destapar con la misma rapidez que un crimen común. Los hechos delictivos graves que se suele investigar contra actuales ocupantes de cargos políticos se relacionan con cargos públicos anteriores, como los practicados en la función de alcalde antes de acceder al cargo de diputado, consejero o gobernador y no serán más enjuiciados en el Tribunal sino por un juez de primera instancia.

Por otro lado, si con el fin del aforamiento, la causa incoada en primera instancia puede ganar en celeridad en la instrucción, las innumerables posibilidades de recursos reproducirán la enorme lentitud que caracteriza la tramitación de las causas, al menos contra los aforados en Brasil. Esa preocupación ya fue señalada por la ONG Transparência Brasil que denunció la propuesta de eliminación del aforamiento por la demora que traerá a la conclusión de los procesos y por considerar la primera instancia más susceptible a influencia de los investigados.<sup>211</sup>

Se podrá ver, también, con la eliminación del aforamiento, la actuación selectiva excluyente que las instancias superiores hacen en Brasil sobre los procesos penales que tramitan en instancias inferiores por medio de la concesión de *habeas corpus* para barrar la tramitación de una causa. En Brasil, el *habeas corpus* es un medio procesal para combatir cualquier vulneración al derecho de libertad, que se configura no sólo con la detención ilegal sino también cuando una persona está siendo investigada o acusada sin pruebas mínimas de autoría o por hecho que no configura delito. En un estudio anterior, hemos podido analizar para el STJ brasileño su actuación en la interrupción de causas penales que tramitaban en primera instancia por medio de la concesión de *habeas corpus*, principalmente en crímenes económicos y contra la administración pública (QUEZADO GROSNER, 2008), lo que ciertamente integrará la rutina de los defensores en las causas contra autoridades que pasaran a tramitarse en primera instancia.

Imaginando como el sistema penal, sin el aforamiento, se comportará en el futuro para los casos de las altas autoridades públicas en Brasil y España, se podría pensar si realmente el aforamiento servía para inmunizar a los poderosos o era, en realidad, una oportunidad para responsabilizarlos.

---

<sup>211</sup>Disponible en: <<https://oglobo.globo.com/brasil/sem-foro-privilegiado-impunidade-cresce-avaliam-especialistas-9022096>>. [Consulta: 25 enero 2019].

Mientras Brasil y España promueven iniciativas de restringir el aforamiento a los políticos, todavía queda por afrontar la categoría de los aforados jueces, no afectada por la propuesta de reforma constitucional en tramitación en España y protegida de los cambios jurisprudenciales recientes sobre aforamiento en Brasil. Curiosamente, esa categoría es dejada al lado de las iniciativas más recientes cuando es, en número de aforados y de causas, la gran clientela de la actuación sobre aforados, en los dos países. Aquí es, tal vez, el punto más delicado de toda la temática enfrentada en el presente trabajo porque si se habla de poder, de influencia, de selectividad, de inmunización a la actuación del sistema penal, no hay un concepto que reúna todos esos aspectos con más vigor que la categoría de los aforados jueces. Porque quien los enjuiciará pertenece a la mismísima categoría.

Si se habla de la posible cercanía entre los aforados políticos y el poder judicial y si se debate hasta qué punto sus integrantes serán susceptibles a influencias al enjuiciarlos, se debe imaginar el grado de cercanía y la posibilidad de influencia al enjuiciar un juez a un compañero de carrera profesional. ¿Qué tipo de juicio se puede tener cuando un juez que cometa un delito sea enjuiciado por un compañero de trabajo? La fuerte y rígida jerarquía que existe dentro de la carrera judicial, además, se encuentra con la «subversión» que representaría la posibilidad que un juez de un órgano inferior valorara la actuación judicial de un juez integrante de órgano judicial superior. De todas maneras, eso no aleja, por otro lado, el hecho que aún enjuiciado por un órgano jerárquicamente superior, como le proporciona el aforamiento, no haya una actuación selectiva del Poder Judicial de autoprotección respecto de sus integrantes.

Con eso, el presente trabajo se concluye con la idea de que la eliminación de las reglas de aforamiento no garantiza ni el fin de la impunidad de los poderosos ni el establecimiento de una verdadera igualdad entre todos los ciudadanos. Eliminar este privilegio-prerrogativa sólo se justifica si, primeramente, se decide que para el país, para su funcionamiento y su orden constitucional, no es necesario dotar a los cargos públicos de ninguna protección especial y se considere un ocupante de cargo público relevante para el Estado como un funcionario público más en su estructura. Porque mientras se atribuya relevancia a la función pública ejercida, el *status* y el poder investidos en su ocupante le posicionan en un nivel distinto de los ciudadanos y aún siendo enjuiciado por el mismo juzgador, no se llegará, realmente, a alcanzar un

tratamiento igualitario entre todos. Decidir, además, que la protección de los cargos y de sus ocupantes es innecesaria demanda que se asuman los costes, para el buen ejercicio de la función pública, de los desgastes venidos de los ataques de connotación política, las venganzas personales y de dejar de tener controlado por un solo órgano enjuiciador todas las causas que se tramiten contra los referidos ocupantes de cargos públicos de relevancia.

Decidido eso, no hay problema en verse eliminado el aforamiento en España. Como se ha dicho, España se encuentra más cerca de ver a sus autoridades como un funcionario público más que Brasil, aunque no dejen las altas autoridades de integrar allí la clase políticamente dominante. Pero por estar más cercana a la igualdad, sin los privilegios exagerados que existen en Brasil, España puede caminar hacia la eliminación de los aforamientos si tiene claro que el objetivo que pretende con ello no se alcanzará. El tratamiento será igual, pero las altas autoridades no dejarán de ser realmente desiguales en comparación con el resto de los ciudadanos.

Para los políticos españoles, como ha sido revelado en el estudio empírico, la eliminación del aforamiento afectará muy poco la práctica de la criminalización de autoridades en los Tribunales Superiores de Justicia, porque es ínfima la presencia de casos de aforados de esa categoría. Sin embargo, eliminar el aforamiento para los aforados jueces, manteniendo la acción popular y un tipo penal de prevaricación judicial que criminaliza la propia actividad jurisdiccional, es otra historia.

De la parte de los aforados jueces, los costes de retirarles la protección para los intentos de responsabilización por hechos relacionados con la función judicial se dirigen hacia su propia independencia. Sin aforamiento y con la acción popular todavía en vigor, tienen los jueces su libertad de decidir afectada por la amenaza de ser procesados por los descontentes. Además, la revisión de las decisiones judiciales que hacen hoy los Tribunales donde están aforados, en busca del delito de proferir “sentencia injusta”, la harán los jueces de mismo rango, valorando el trabajo de su colega, o aquellos que, dentro de la carrera piramidal establecida en España y en Brasil, están en nivel jerárquicamente inferior al investigado. La eliminación del aforamiento sólo no afectaría la independencia judicial si también eliminada la posibilidad de la acción popular, en España, y la estructura de carrera de los jueces y fiscales en los dos países.

Como explica Ferrajoli:

El principal presupuesto de esta independencia es la supresión de cualquier clase de carrera y la liberación de los jueces de valoraciones de méritos por parte de otros jueces superiores en el orden jerárquico. El juez debe serlo *sino spe et sine metu*. No debe tener ni esperanzas de beneficios ni temores de desventajas en el ejercicio de sus funciones. Por lo demás, la carrera ya no tiene (si es que la ha tenido alguna vez) ninguna justificación de tipo funcional. Y todavía tiene menos razón de ser la pirámide de la jerarquía judicial que la tradición napoleónica ha modelado sobre los grados del enjuiciamiento. Las funciones judiciales de primer grado no son ni más simples ni menos importantes que las de segundo grado. (2010, p.9)

Más que eliminar el aforamiento, España podría elegir otros caminos para tornar más efectivos los intentos de criminalización de altas autoridades en el país. Podría fortalecer el Ministerio Público como órgano independiente de cualquiera de los Poderes del Estado, permitirle un trabajo de investigación activo, establecer el sistema acusatorio pleno, concediéndole el monopolio de la acusación penal y limitando la acción popular a los casos de comprobada inacción de la Fiscalía en investigar. Podría establecer las Fiscalías como el órgano central de recibimiento de denuncias de los ciudadanos y ampliar la asistencia jurídica gratuita, disminuyendo la sensación de indefensión de reos, especialmente reclusos.

Podría, además, reformular el crimen de prevaricación judicial para criminalizar lo que es esencialmente criminal: la actuación del juez que sea indebida, contraria a la ley y motivada por interés o sentimiento personal, como está previsto en el Código Penal brasileño (art. 319 CPB). La injusticia de la decisión no debe ser criminalizada, sino la actuación del juez contraria a los deberes y obligaciones inherentes a la función pública con el dolo específico del animus de satisfacer el interés propio.

Para Brasil, por otro lado, la eliminación de los aforamientos será inocua para los objetivos esperados. En términos de la impunidad de la altas autoridades, hay que esperar que futuros estudios sean realizados pero ya se puede prever que la desigualdad tan marcada entre detentores de poder y ciudadanos comunes seguirá presente e influenciando su persecución, cualquiera que sea la instancia judicial en que eso se desarrolle. Además, es cierto que los beneficios relacionados con la celeridad serán

disminuidos con las numerosas posibilidades de recursos que el aforamiento no proporciona.

Si la eliminación de los aforamientos en Brasil no logrará reducir la impunidad, mucho menos conseguirá la igualdad por la retirada de esta protección. Allí sí que los privilegios deberían ser retirados, pero no empezando por el aforamiento, sino por todos los ejemplos ya mencionados de tratamiento flagrantemente distinto, excesivamente adulado y que separa las altas autoridades del resto de los ciudadanos y de los otros funcionarios del Estado. Si son corregidas las disfuncionalidades actuales del aforamiento en Brasil, impidiéndose los cambios voluntarios de competencia y limitándolo a los delitos que tengan relación con el ejercicio de función pública, el aforamiento debe permanecer, hasta que se pueda bajar a niveles más tolerables la posición de status y poder con la que se dota a cualquier autoridad pública en el país.

## CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha partido de una base teórica fundada en la criminología crítica y su desarrollo actual hacia la criminología de los poderosos, para analizar, en la práctica, el proceso de criminalización de altas autoridades públicas y dentro de ella, el instituto procesal del aforamiento, adoptado por los dos países investigados – España y Brasil.

En los capítulos 1 y 2, he presentado las herramientas metodológicas y teóricas de base para la realización del trabajo, como la elección del método empírico, como método central de la investigación, y de la sociología jurídico penal y la Criminología Crítica, especialmente los estudios sobre los crímenes de los poderosos, como marcos teóricos a partir de los cuales los análisis empíricos fueron desarrollados en la tesis.

Partiendo del contexto actual de intento de equilibrar la balanza punitiva con la criminalización de los poderosos, el presente trabajo ha analizado el instituto del aforamiento para conocer sus razones históricas, sus orígenes, las justificaciones bajo las cuales ha sido mantenido en la actualidad, tratadas en el capítulo 3, para verificar si afecta y en qué medida a la criminalización de los detentores del poder y la selectividad del sistema penal para las altas autoridades públicas. Se ha explicado, para una mejor comprensión del tema, quiénes son los aforados en ambos países y cómo están ubicados en la estructura de cada sociedad.

En el capítulo 4, se han presentado los resultados de la investigación empírica realizada, con procesos incoados contra aforados entre 2008 y 2016, en dos tribunales, el Superior Tribunal de Justicia de Brasil y el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, resultados esos que han sido debatidos en el capítulo 5.

Como se ha explicado, Brasil y España se asemejan en muchos aspectos en relación al debate sobre el aforamiento. Ambos lo tienen en el discurso político actual como privilegio a ser abolido, cuentan con un gran número de autoridades aforadas y tienen la impunidad de las altas autoridades públicas como la tónica de la actuación de sus sistemas procesales.

Pero hay distinciones importantes verificadas a lo largo de este trabajo. En primer lugar, se ha constatado que el argumento central del debate sobre la supresión del aforamiento en España es la búsqueda por el tratamiento igualitario entre españoles, mientras la principal justificación en Brasil es combatir la impunidad. España no busca expresamente, por medio de la eliminación del aforamiento, acabar con la impunidad de las altas autoridades, aunque el presente trabajo la haya constatado. De hecho, se ha verificado que hay impunidad en la criminalización de altas autoridades, tanto para España como para Brasil, aunque no atribuible exclusivamente al aforamiento.

La impunidad constatada no se debe solamente al aforamiento, sino que es perceptible en todo el funcionamiento del sistema penal, como resultado de la deserción de casos en su camino por las distintas etapas que lo integran. Se ha verificado, además, que muy probablemente, seguiría existiendo aunque los investigados no fueran aforados.

Analizando los datos y la sistemática procesal española, se ha visto que el principal embudo en la criminalización de aforados en España está en superar las dificultades que no permiten que los hechos lleguen a ser conocidos y que se inicie su persecución, dificultades que no se refieren al aforamiento, sino a aspectos del sistema procesal español y a las peculiaridades del tipo de delito que se suele imputar a las altas autoridades.

Como se ha demostrado, en España, la criminalización de aforados está en manos de la acusación popular y se dirige, mayoritariamente, a “aforados jueces”. Los datos recogidos en el presente trabajo han mostrado que en la práctica, la acción popular no tiene la actuación que la justifica en nivel teórico porque más que denunciar los relevantes casos de corrupción que la Fiscalía no investiga, lo que persigue es la defensa de intereses exclusivamente individuales, relacionados con la disconformidad con resultados de demandas judiciales. La actuación de la Fiscalía en el proceso de criminalización es pequeña y pasiva y le falta verdaderamente tener establecido su papel investigador. Añadiendo las dificultades propias de investigar a los crímenes de los poderosos y probar la responsabilidad de la autoridad en el hecho delictivo, los 524 casos estudiados han revelado que sólo 10 llegaron a la fase final del proceso de criminalización y entre ellos, sólo hubo 5 condenas.

Con esas constataciones, se ha visto que la impunidad de las altas autoridades en España tiene su origen en el inicio del proceso, cuando no se llevan los hechos

delictivos al conocimiento del Poder Judicial. Eso ocurre, como se ha verificado, por dos razones y ninguna de ellas relacionada directamente con el aforamiento: la debilidad de la implementación de la función de investigación del Ministerio Fiscal y el masivo uso de la acción popular para la criminalización de los aforados jueces.

Para Brasil, el debate por la eliminación del aforamiento no pasa por el tratamiento procesal diferenciado entre ciudadanos porque se ha constatado, en comparación con España, que allí todavía está muy reforzada la distinción de status, clase y poder que tienen las altas autoridades públicas y que le otorgan, de manera culturalmente asimilada, la posibilidad de gozar de privilegios por el cargo que ocupan. Por esa razón, el aforamiento se discute allí en términos de la impunidad de los poderosos que se debe combatir.

Se ha verificado que, para Brasil, al contrario de lo que ocurre en España, la mayor parte de la influencia en la criminalización de aforados está en manos del Ministerio Público. Los datos del estudio empírico han mostrado que hay un gran número de investigaciones incoadas y archivadas reflejando un número alto de posibles hechos delictivos que raramente consiguen ser objeto de acusación. En la Fiscalía General de la República, situaciones de su organización interna y de las prioridades de su actuación han revelado una selectividad en la investigación de autoridades en el STJ no sólo cuantitativa, relacionada a su capacidad de lidiar con los casos a ella aportados, sino también cualitativa, de selección de los casos con más posibilidades de éxito y más fáciles de ser solucionados.

Además, en el STJ, las pocas investigaciones que se transmutan en acusaciones, como suele ocurrir en el sistema de justicia como un todo, no terminan en condenas. Se ha constatado que esa impunidad es el resultado de una conjunción de factores que se van sumando: las dificultades en la investigación de los delitos contra aforados, la baja presentación de acusaciones por parte de la Fiscalía por la ineficacia de la fase investigadora, la inhibición de más de la mitad de las acusaciones públicas a otras instancias por cambios en la competencia y la ocurrencia de causas de extinción de la punibilidad. Al final de esta suma de factores, los casos que acaban sometidos a la apreciación del STJ no guardan ninguna correspondencia con el imaginario del sentido común sobre la impunidad de los aforados, de que el Poder Judicial está liberando de la criminalización a aforados políticos denunciados



por graves crímenes de corrupción. Eso no es verdad, ya que la mayoría de los casos sometidos al STJ es de crímenes contra el honor atribuibles a aforados jueces.

Al final de la investigación, se ha verificado que entre todas las APNs incoadas en el STJ en el período estudiado, hubo solamente 1 condena, en un proceso que tardó más de 8 años en tramitarse.

En Brasil y en España, se inician acciones encaminadas a la restricción y futura eliminación del aforamiento, con dudosas posibilidad de alcanzar los objetivos que cada país tiene con esa medida. Eso ha sido verificado en el último capítulo del presente trabajo, cuando se muestra que la hipótesis originalmente planteada, que atribuía al aforamiento la responsabilidad para la inmunidad de los detentores del poder en los dos países, no se confirmó. La selectividad es inherente a todo el sistema de justicia criminal y actuará en los hechos delictivos de las altas autoridades públicas independientemente de la instancia que la enjuicie.

He concluido, al final del presente trabajo, que eliminar las reglas de aforamiento no traerá el resultado práctico que sus defensores pretenden. La eliminación del aforamiento garantizará el tratamiento procesal igualitario, tan esperado por España, entre ciudadanos que no serán iguales, porque los ocupantes de altos cargos públicos y políticos seguirán integrando los grupos de elite y la clase políticamente dominante. Esas autoridades, por su condición personal y por el cargo que ocupan, seguirán poseyendo un particular protagonismo en el sistema político y en la estructura social y en razón de eso todas las condiciones para encubrir sus delitos e influir en los procesos incoados para su responsabilización. Por esa misma razón, eliminar el aforamiento en Brasil no garantiza el fin de la impunidad porque las altas autoridades públicas tendrán todavía más posibilidad de influencia sobre la policía investigadora, los fiscales y juzgados de primera instancia ubicados en regiones territoriales más cercanas a la autoridad investigada.

El estudio finaliza con la idea de que la eliminación de las reglas de aforamiento no garantiza ni el fin de la impunidad de los poderosos ni el establecimiento de una verdadera igualdad entre todos los ciudadanos. El fin del aforamiento, así, no se apoya empíricamente en los dos objetivos mencionados, sino sólo se justificaría cuando los ocupantes de cargos públicos fueran considerados como un funcionario público más y, ya

establecida esa igualdad, se considerase que no sería ya necesario protegerlos especialmente con una regla distinta de competencia. Ese es el orden correcto de actuación: primero la verdadera igualdad, sin forzarla de encima para abajo, como si pudiera ser alcanzada apenas retirando la protección de los cargos públicos. Luego, con la igualdad, la eliminación del aforamiento porque no tendría ya motivo de ser.

Tornar más efectivos los intentos de criminalización de altas autoridades es también una manera de darles el tratamiento igualitario debido a todos los ciudadanos, porque con los ciudadanos comunes no hay condescendencia por parte del sistema penal. En España, una serie de medidas procesales y constitucionales serían más efectivas que eliminar el aforamiento, empezando por el fortalecimiento del Ministerio Público como órgano verdaderamente independiente de cualquiera de los Poderes del Estado. Para Brasil, conseguir una criminalización más efectiva de las altas autoridades públicas pasa por la reducción de la desigualdad, que vuelve el sistema aún más selectivo con relación a ellas. En otras palabras, es preciso darles el tratamiento que cualquier funcionario ejerciente de función pública debe tener. No se puede eliminar el aforamiento, en Brasil, mientras se siga otorgando a las autoridades públicas en el país una posición de status y poder tan excesivamente alta en comparación con el resto de la población.

Se concluye el presente trabajo con muchas ideas para estudios futuros, que examinen los cambios que se están produciendo en la jurisprudencia de Brasil y que se vienen planteándose con una reforma constitucional en España. Imaginar lo que ocurrirá con la criminalización de altas autoridades en los dos países en el futuro, sin el aforamiento, lleva a pensar que, muy probablemente, el sistema penal seguirá actuando de manera selectiva para esos poderosos y que, al final, el aforamiento, tan criticado como un indeseado privilegio era, en realidad, una mejor oportunidad para responsabilizarlos.

## NOTAS TÉCNICAS

### REDONDEO DE LOS DATOS:

El procedimiento de redondeo de los datos numéricos utiliza los siguientes criterios: 1) cuando el primer dígito a ser abandonado sea 0, 1, 2, 3 o 4, se queda inalterado el último dígito a permanecer; 2) cuando el primer dígito a ser abandonado sea 5, 6, 7, 8 o 9, el último dígito a permanecer aumentase de una unidad. Este procedimiento puede generar divergencia entre la suma de las parcelas y el total redondeados. Así, en el presente trabajo, se debe considerar la siguiente observación para todas las tablas: la eventual diferencia entre la suma de parcelas y respectivos totales son provenientes del criterio de redondeo.

### CONVENCIÓN SOBRE SIGNOS UTILIZADOS:

El signo “-” utilizado en una tabla significa que el dato numérico es igual a cero.

### MEDIA:

La media (aritmética) es la suma de las observaciones dividida por su número.

### DESVIACIÓN TÍPICA:

La desviación típica es la raíz cuadrada positiva de la varianza. La varianza, por su vez, es la media aritmética de las desviaciones cuadráticas, del cuadrado de las desviaciones de las observaciones individuales a respecto de la media. La desviación típica mide la dispersión de los datos alrededor de la media.

### COEFICIENTE DE VARIACIÓN:

El coeficiente de variación es definido como la razón de la desviación típica por la media de un conjunto de datos y mide, también, la dispersión o variabilidad, de los datos. Sus ventajas en relación a la desviación típica son que el coeficiente de variación es adimensional, pudiendo ser expresado con un porcentaje y, principalmente,

por permitir la comparación de la dispersión del conjunto de datos con medias distintas, lo que le torna particularmente adecuado para comparar escenarios en simulaciones de alteración en el número de unidades, como ocurrió en el presente análisis. Se utiliza, normalmente, la clasificación del cuadro abajo para el coeficiente de variación:

Clasificación de la dispersión a partir del coeficiente de variación

Valor del coeficiente de variación (CV)	Dispersión
$CV \leq 15\%$	baja
$15\% < CV \leq 30\%$	media
$CV > 30\%$	alta

## RESUMEN DE LOS CINCO NÚMEROS

El resumen de los cinco números - mínimo, 1er cuartil, mediana, 3er cuartil y máximo – puede ser utilizado para cualquier conjunto de datos en escala de mensuración en el mínimo ordinal. Es preferible al uso de la media y desviación típica cuando la distribución de los datos es muy asimétrica, como en el caso presente, cuando se examina los tiempos de tramitación de los procedimientos.

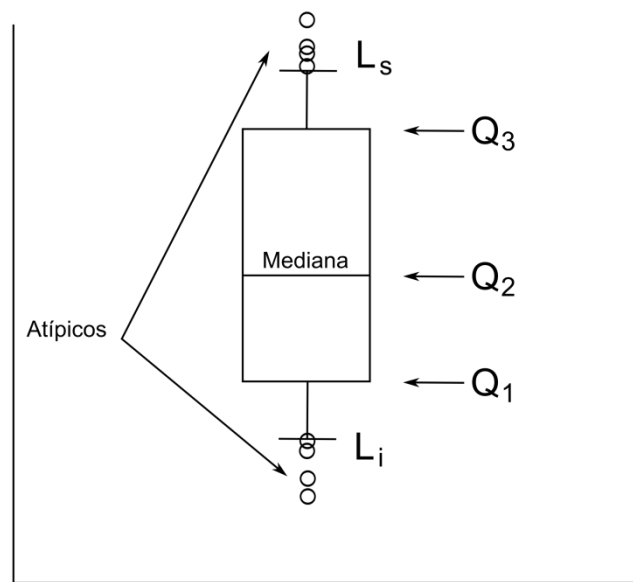
El mínimo (o mínimo muestral) es el menor valor observado; el 1er cuartil (Q1) o cuartil inferior es la medida de orden que deja 25% de los datos abajo suyo; la mediana o 2º cuartil es la medida de orden que deja mitad de los datos abajo suyo; el 3er cuartil (Q3) es la medida de orden que deja 75% de los datos abajo suyo; el máximo (o máximo muestral) es el mayor valor observado.

## BOX PLOT:

El diseño esquemático box plot, box-and-whisker plot, o diagrama de caja es una representación gráfica de la distribución de los datos que utiliza el resumen de los cinco números. El box plot fue desarrollado por el estadístico John W. Turkey como forma de representación de los cuartiles.

Para comprenderlo se considera un rectángulo donde están representados la mediana y los cuartiles. A partir del rectángulo, para arriba, sigue una línea hasta el punto más remoto que no exceda  $Ls = Q3 + (1,5) \times Dq$  (tercer

cuartil más una vez y media el intervalo intercuartil), llamado límite superior. De modo similar, de la parte inferior del rectángulo, para abajo, sigue una línea hasta el punto más remoto que no sea menor que  $L_i = Q_1 - (1,5) \times Dq$  (primer cuartil menos una vez y media el intervalo intercuartil), llamado límite inferior. Los valores comprendidos entre esos dos límites son llamados valores adyacentes. Las observaciones que estén arriba del límite superior o abajo del límite inferior son llamadas de puntos exteriores. Esas son observaciones discordes de las demás y pueden o no ser llamadas de “outliers” o valores atípicos. El box plot ofrece una idea de posición, dispersión, asimetría, bigotes y datos discrepantes (outliers).



#### OUTLIER:

En estadística, outlier (o valor aberrante o valor atípico) es una observación que presenta un gran alejamiento de las demás de la serie (que está fuera de ella) o que es inconsistente.

#### PRUEBA T DE DIFERENCIA DE MEDIAS

La prueba t de diferencia de medias, desarrollado por Student en 1908, verifica si dos poblaciones poseen medias iguales. La distribución de las poblaciones no precisa ser necesariamente normal, pero deben tener ellas varianzas iguales. Cuando no

se puede garantizar la homocedasticidad (varianzas iguales), se utiliza la prueba t de Welch (o prueba de Welch-Aspin), que es una adaptación de la prueba t de Student para poblaciones con varianzas posiblemente distintas. La prueba utilizada en este estudio es la de Welch.

#### P-VALOR:

El p-valor o p-value, también llamado de probabilidad de significación o nivel descriptivo, es la probabilidad de ocurrencia de valores de estadística más extremos de lo que observado, bajo hipótesis nula (de no haber diferencia). En el área de las ciencias sociales, se suele utilizar el nivel de significación de 10% (p-valor <0,1) o 5% (p-valor <0,05). En el presente estudio, se ha adoptado el nivel de significación de 5%.

#### PRUEBA DEL CHI-CUADRADO:

La prueba del chi-cuadrado ( $\chi^2$ ) de Pearson es la prueba estadística más antigua y de las más utilizadas en la investigación social. Es un método que permite testar la significación de la asociación entre dos variables cualitativas, como también comparar (en el sentido de la prueba de significación) dos o más muestras, cuando los resultados de la variable respuesta están dispuestos en categorías.

La estadística de la prueba, que designaremos por  $\chi^2$  (chi-cuadrado), es una especie de medida de distancia entre las frecuencias observadas y las frecuencias que esperaríamos encontrar en cada celda, suponiendo que las variables son independientes. La estadística de la prueba es definida por:

$$\chi^2 = \sum_{ij} \frac{(O_{ij} - E_{ij})^2}{E_{ij}}$$

$O_{ij}$  son los valores observados en cada celda (el cruce de línea y columna en una tabla de contingencia) y  $E_{ij}$  son los valores esperados bajo la hipótesis de independencia.

## PRUEBA EXACTA DE FISHER

La prueba de probabilidad exacta de Fisher es una prueba de significación estadística utilizada en el análisis de tablas de contingencia. Aunque en la práctica ella sea empleada cuando los tamaños de las muestras son pequeños y en tablas 2x2, es válida para todos los tamaños de muestras. Su nombre es un homenaje a Ronald Fisher y es uno en una clase de pruebas exactas, así llamadas porque la significación del desvío de una hipótesis nula puede ser calculada exactamente y no por aproximación asintótica. El p-valor de la prueba es calculado como si los márgenes de la tabla fueran fijos, lo que lleva, bajo la hipótesis nula de independencia, a una distribución hipergeométrica de los números de las celdas de la tabla.

### COEFICIENTE DE CONTINGENCIA:

Para datos categorizados, dispuestos en la tabla de contingencia, se ha utilizado el coeficiente de contingencia, definido por:

$$C^* = \sqrt{\frac{k \cdot \chi^2}{(k-1)(n + \chi^2)}}, \text{ donde } \chi^2 \text{ es la estadística chi-cuadrado, } k \text{ es el}$$

menor entre el número de columnas y líneas de la tabla de contingencia y n es el tamaño de la muestra (total general de la tabla).

El coeficiente de contingencia mide el grado de asociación en una tabla de contingencia. C\* está siempre entre 0 y 1 y su interpretación es idéntica a la del coeficiente de correlación de Pearson, conforme la regla abajo:

#### Interpretación del coeficiente de correlación

Valor de  r  (o C*)	Interpretación
0,00 a 0,19	... muy débil
0,20 a 0,39	... débil
0,40 a 0,69	correlación... ... moderada
0,70 a 0,89	... fuerte
0,90 a 1,00	... muy fuerte

Los cálculos del coeficiente de contingencia han sido realizados por medio del software libre R<sup>212</sup>, utilizando de la siguiente función, donde x es la tabla de contingencia:

```
contingencia <- function (x) {  
  k<-min(dim(x));  
  xsq<-chisq.test(x)$statistic;  
  pvalor<-chisq.test(x)$p.value;  
  n<-sum(x);  
  ce<-sqrt((k*xsq)/((k-1)*(n+xsq)));  
  print(x);  
  print(pvalor);  
  print(ce);  
  return() }
```

#### MUESTREO ALEATORIO SIMPLES:

En el muestreo aleatorio simple, cada elemento de la población posee igual probabilidad de ser elegido. Es la forma más elemental de muestreo probabilístico. Aunque sea, conceptualmente la más sencilla, no siempre es la más fácil de ser implementada en la práctica, en especial, para poblaciones grandes.

#### MUESTREO SISTEMÁTICO:

Dada una población de dimensión N, ordenada por algún criterio de interés, se obtiene una muestra de dimensión n, eligiéndose aleatoriamente un elemento entre los k primeros, donde k es la parte entera del cociente N/n. A partir de ese elemento, se seleccionan todos los k-ésimos elementos de la población para componer la muestra. De fácil implementación, el muestreo sistemático es una alternativa ampliamente utilizada para el sorteo de muestras estratificadas bajo el criterio de proporcionalidad para las variables clasificadas.

---

<sup>212</sup>Disponible en: <[www.r-project.org](http://www.r-project.org)>.





## BIBLIOGRAFÍA

- Abad, Carlos Fernández. (2017). Necesitan ser los delincuentes de cuello blanco resocializados?: una aproximación crítica a las limitaciones del término «resocialización» a partir de la experiencia española reciente. *Configurações*, 20, 45-58.
- Actas del Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología. (1941). Santiago, tomo II.
- Almeida, Frederico Normanha Ribeiro de. (2010). *A Nobreza Togada – As elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. [Tesis presentada para obtención del título de Doctor en Ciencia Política]. São Paulo: USP.
- \_\_\_\_\_. (2014). As elites da Justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. *Revista de Sociologia Política*, 22, 52, 77-95.
- Alvesalo, Anne y Tombs, Steve. (2002). Working for criminalization of economic offending: contradictions for criminology? *Critical Criminology*, 11, 21–40.
- AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. (2007). *Juízes Contra a Corrupção – Diagnóstico do problema da impunidade e possíveis soluções propostas pela AMB*. Brasília: AMB.
- Andrade, Vera Regina Pereira de. (1996). Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 14, 276-287.
- \_\_\_\_\_. (2003). *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal* (2ª ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- \_\_\_\_\_. (2008). Por que a Criminologia (e qual a Criminologia) é importante no ensino jurídico? *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. RECJ 05.05/08. Disponible en: <[www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp)>. [Consulta: 2 set. 2014].

- \_\_\_\_\_. (2012). Em busca da latinidade criminológica: da recepção da Criminologia Crítica em América Latina à construção da(s) Criminologia(s) Crítica(s) latino-americana(s) e brasileira(s). En J. Zillio y F. Bozza. *Estudios críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos* (pp. 129-170). Curitiba: LedZe Editora.
- Andrés Ibáñez, Perfecto. (1997). La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del Estado de Derecho. En Francisco L. Laporta y Silvina Álvarez (eds.). *La Corrupción política* (pp. 211-234). Madrid: Alianza Editorial.
- \_\_\_\_\_. (2015). *Tercero en discordia – Jurisdicción y juez del estado constitucional*. Madrid: Trota.
- Anduiza, Eva; Bosch, Agustí; Orriols, Lluís; y Rico, Guillem. (2014). *Elecciones generales 2011*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Anitua, Gabriel Ignacio. (2015). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Didot.
- Aniyar de Castro, Lola. (1982). A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, 34, 71-92.
- \_\_\_\_\_. (1983). *Criminologia da Reação Social*. Ester Kosovski, trad. Rio de Janeiro: Forense. (Versión original en castellano: *Criminología de la reacción social*. Maracaibo: Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 1976).
- \_\_\_\_\_. (2009). La criminología crítica en el siglo XXI como Criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o «las teorías criminológicas no son inocentes». *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 76, 265-291.
- Aragoneses Martínez, Sara y Cubillo López, Ignacio. (2004). *La competencia de los tribunales en el ámbito penal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Arella, Celeste; Fernández, Cristina; Nicolás-Lazo, Gemma; y Vartabedian, Julieta. (2007). *Los pasos (in)visibles de la prostitución. Estigma, persecución y*

*vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*. Barcelona: Virus.

Badaró, Gustavo. (2016). A investigação criminal no caso de autoridade com foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal: algumas questões controvertidas. *Revista Brasileira da Advocacia*, 3, 1, 271-296.

Barak, Gregg. (2015a). The Crimes of the Powerful and the Globalization of Crime. *Revista Brasileira de Direito*, IMED, 11, 2, 104-114.

\_\_\_\_\_. (2015b). *The Routledge international handbook of the crimes of the powerful*. London and New York: Routledge.

Baratta, Alessandro. (1989). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal – introducción a la sociología jurídico penal*. México: Siglo Veintiuno Editores. (Versión en portugués: *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*. (3ª ed). Juarez Cirino dos Santos, trad. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002). (Versión original en italiano: *Criminologia Critica e critica del diritto penale*. Bologna: Il Mulino, 1982).

Barreto, Fabiana Costa Oliveira (2007). *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena*. São Paulo: IBCCRIM.

Batista, Nilo. (1990). *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Série Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan.

Batista, Vera Malaguti (2011). *Introdução crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan,

\_\_\_\_\_. (2012). A Escola Crítica e a Criminologia de Juarez Cirino dos Santos. En J. Zillio y F. Bozza. *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos* (pp. 117-127). Curitiba: LedZe Editora.

- Becker, Howard. (1963). *Outsiders, Studies in the Sociology of deviance*. New York: The Free Press of Glencoe. (Versión en castellano: Los extraños – sociología de la desviación. Juan Tubert, trad. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1971).
- Bedê, Fayga Silveira y Sousa, Robson Sabino. (2018). Por que a área do direito não tem cultura de pesquisa de campo no Brasil? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 8, 1, 781-796.
- Belém, Orlando Carlos Neves. (2008). *Do Privilegiado à Prerrogativa de Função*. [Tesina de master]. Rio de Janeiro: PUC Direito.
- Benson, Michael L. (2009). White-Collar Crime. En J. Mitchell Miller. *21st Century Reference Handbook – Criminology* (pp.549-556). California: Sage.
- Bergalli, Roberto. (1984). Criminología del «White-Collar crime»: forma-estado y proceso de concentración económica. *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, 32. 28-69.
- \_\_\_\_\_. (1999). *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad.hoc.
- Bernal Sarmiento, Camilo Ernesto; Cabezas Chamorro, Sebastián; Forero Cuéllar, Alejandro; Rivera Beiras, Iñaki; y Vidal Tamayo, Iván. (2014). Más Allá de la Criminología. Un Debate Epistemológico sobre el Daño Social, los Crímenes Internacionales y los Delitos de los Mercados. En Iñaki Rivera Beiras (coord.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social. Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal* (pp.35-80). Barcelona: Anthropos. (Versión en portugués: Para além da criminologia. Um debate epistemológico sobre o dano social, os crimes internacionais e os delitos dos mercados. Marina Quezado Soares, trad. *Revista Brasileira de Direito*, 13, 3, 40-79, 2017).
- Bonelli, Maria da Gloria. (2013). Magistrados(as) e promotores(as): profissionalismo e gênero. En Alexandre dos Santos Cunha y Paulo Eduardo Alves da Silva. *Anais do I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito*, Ribeirão Preto, 29 y 30 de septiembre de 2011 (pp. 153-160). Rio de Janeiro: IPEA.

- Bottomore, T. B. (1974). *As elites e a sociedade* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Zahar Editores.
- Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.
- Brasil, Conselho Nacional de Justiça. (2014). *Censo do Poder Judiciário: VIDE: Vetores iniciais e dados estatísticos*. Brasília: CNJ.
- Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Disponible en: [<http://www.stj.gov.br>].
- Brito, Orlange Maria. (2007). Imunidade parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional n. 35, de 2001. *Revista de Informação Legislativa*, 44, 173, 239-254.
- Budó, Marília de Nardin. (2016). Danos silenciados: a banalidade do mal no discurso científico sobre o amianto. *Revista Brasileira de Direito*, 12, 1, 127-140.
- Busato, Paulo César. (2015). Historia y perspectivas respecto de la corrupción en Brasil. *Revista Penal*, 36, 14-35.
- Bustos Gisbert, Rafael; López Aguilar, Juan Fernando; Murillo de la Cueva, Pablo Lucas; y Rodríguez-Díaz Vergara, Angel. (2016). Encuesta sobre la independencia del Poder Judicial. *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 15-58.
- Calabrich, Bruno; Fischer, Douglas; Pelella, Eduardo. (org.). (2010). *Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Jus Podivm, ESMPU.
- Calvet i Crespo, Jordi. (1999). Les Elits Polítiques del Parlament de Catalunya. Un estudi sociològic i polític dels diputats de la cinquena legislatura. *Autonomies*, 24, 229-256.
- Cappi, Riccardo. (2017). A «teorização fundamentada nos dados» - um método possível na pesquisa empírica em Direito. En Maíra Rocha Machado (org.). *Pesquisar empiricamente o direito* (pp. 391-422). São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito.

- Carrington, Kerry; Hogg, Russell; Sozzo, Máximo. (2015). Southern Criminology. *British Journal of Criminology*, 56, 1-20.
- Carvalho, Salo de. (2013). Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 104, 279-295.
- Castilho, Ela Wiecko V. de. (2001). *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986)*. Belo Horizonte: Del Rey.
- \_\_\_\_\_. (2018). A Ilusória Democratização do (Pelo) Controle Penal. En Camila Cardoso de Mello Prando, Mariana Dutra de Oliveira Garcia y Marcelo Mayora Alves. *Construindo as Criminologias Críticas – A contribuição de Vera de Andrade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Castilho, Ela Wiecko V. de. y Quezado Soares, Marina. (2015). «No meio do caminho tinha uma pedra»: a exigencia de autorização da Assembleia Legislativa como obstáculo à criminalização de Governadores de Estado. En J. S. Fagundes Cunha (org.). *O Direito nos Tribunais Superiores* (pp. 637-647). Curitiba: Bonijuris.
- Cavalcante Filho, J.T. y Lima, F. R. (2017). *Foro, Prerrogativa e Privilégio (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado. Disponible en: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. [Consulta: 27 abril 2017].
- Cavalcanti, Danielle Souza de Andrade e Silva. (2012). *A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Chambliss, William J. (1975). The political economy of crime: a comparative study of Nigeria and the USA. En Ian Taylor; Paul Walton; y Jock Young (org.). *Critical Criminology* (pp. 167-180). London: Routledge - Kegan Paul. (Versión en portugués: A economia política do crime: um estudo comparativo da Nigéria e Estados Unidos. En Ian Taylor; Paul Walton; y Jock Young (org.). *Criminologia crítica* (pp. 203-220). Juarez Cirino dos Santos y Sergio Tancredo, trad. Rio de Janeiro: Graal, 1980).

- \_\_\_\_\_. (1989). State-Organized Crime. The American Society of Criminology, 1988 Presidential Address. *Criminology*, 27, 2, 183-208.
- Cid Moliné, José y Larrauri Pijoan, Elena. (2001). Teorías criminológicas – Explicación y prevención de la delincuencia. Barcelona: Bosch.
- Codato, Adriano y Heinz, Flavio (2016). Regime político e recrutamento parlamentar: um retrato coletivo dos senadores brasileiros antes e depois da ditadura. *Revista de Sociologia Política*, 24, 60, 47-68.
- Codato, Adriano; Massimo, Lucas; y Costa, Luiz Domingos. (2017). Social positions and political recruitment - A study of Brazilian senators. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, 29, 3, 111-135.
- Cohen, Stanley. (1985). *Vision of Social Control – Crime, Punishment and Classification*. Cambridge: Polity Press.
- Coller, Xavier; Vale, Helder Ferreira do; y Meissner, Chris. (2008). *Political Elites in Federalized Countries: The Case of Spain (1980-2005)*. Barcelona: ICPS.
- Coller, Xavier; Jaime, Antonio; y Mota, Fabiola. (Eds). (2016a). *El poder político en España: parlamentarios y ciudadanía*. Madrid: CIS0.
- Coller, Xavier; Navarro, María C.; y Portillo, Manuel. (2016b). Mitos y realidades de las élites políticas. En M. Barreda y L. M. Ruiz (eds.). *El análisis de la política. Enfoques y herramientas de la ciencia política* (pp. 419-438). Barcelona: Huygens.
- Corbetta, Piergiorgio. (2007). *Metodología y Técnicas de Investigación Social*. Marta Díaz Ugarte y Susana Díaz Ugarte, trad. Madrid: McGraw Hill. (Versión original en inglés: *Social Research – Theory, Methods and Techniques*. London: Sage Publications, 2003).
- Cordeiro, Pedro Ivo R. Velloso. (2013). *A Prisão Provisória em Crimes de Colarinho Branco: Redução da Desigualdade do Sistema Penal*. [Tesina de Master]. Brasília: Universidad de Brasília.



- Constant, Benjamin. (1820). *Curso de Política Constitucional, tomo I*. Marcial Antonio Lopez, trad. Madrid: Imprenta de la Compañía. (Versión original: *Collection complète des ouvrages. Premier volume*. Paris: Chez P. Plancher, 1818).
- Cretella Júnior, J. (1974). Valor jurídico da Portaria. *Revista de Direito Administrativo*, 117, 447-459.
- Crews, Angela D. (2009). Biological Theory. En J. Mitchell Miller. *21st Century Reference Handbook – Criminology* (pp. 184-200). California: Sage.
- Cunha, Alexandre dos Santos y Silva, Paulo Eduardo Alves da. (Coord.). (2013). *Pesquisa empírica em direito*. Rio de Janeiro: Ipea.
- Daly, Kathleen. (1989). Gender and varieties of white-collar crime. *Criminology*, 27, 4, 769-794.
- Del Olmo, Rosa (1981). *América Latina y su criminología*. México: Siglo XXI editores. (Versión en portugués: *A América Latina e sua criminologia*. Francisco Eduardo Pizzolante y Sylvia Moretzsohn, trad. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004).
- Demo, Roberto Luís Luchi. (2004). Competência por prerrogativa de função – desenho constitucional e hermenêutica jurisprudencial – limites e possibilidades no tempo e no espaço. *Revista Jurídica*, 318, 68-83.
- \_\_\_\_\_. (2005). *Competência penal originária (uma perspectiva jurisprudencial crítica)*. São Paulo: Malheiros.
- Dias, Jorge de Figueiredo y Andrade, Manuel da Costa. (1997). *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Díez-Picazo, Luis María. (2000). *La criminalidad de los gobernantes* (2ª ed). Barcelona: Crítica.
- Díez Ripollés, José Luis y Cerezo Domínguez, Ana Isabel. (Eds.). (2001). *Los problemas de la investigación empírica en criminología: la situación española*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Dolado Pérez, Ángel. (2016). Fueros especiales, indulto y corrupción. En Manuel Mendieta Villoria, José María Gimeno Feliú; y Julio Tejedor Bielsa (dir.). *La corrupción en España – ámbitos, causas y remedios jurídicos* (pp. 497-516). Barcelona: Atelier.
- Epstein, Lee y King, Gary. (2013). *Pesquisa empírica em direito [libro eletrônico]: as regras de inferencia*. São Paulo: Direito GV. Disponible en: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11444/Pesquisa\\_empirica\\_em\\_direito.pdf?sequence=3](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11444/Pesquisa_empirica_em_direito.pdf?sequence=3)>. [Consulta: 12 febrero 2018].
- Epstein, Lee y Martin, Andrew D. (2014). *An Introduction to Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press.
- España, Consejo General del Poder Judicial. (2017). *Memoria anual 2017 (correspondiente al ejercicio 2016)*. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2017--correspondiente-al-ejercicio-2016->>>. [Consulta: 17 marzo 2018].
- España. Fiscalía General del Estado. (2017). *Memoria elevada al Gobierno de S.M. Presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don José Manuel Maza Martín*. Madrid: Fiscalía General del Estado, Ministerio de Justicia.
- España. Fiscalía de la Comunidad de Madrid. (2017). *Memoria 2017 (Ejercicio 2016)*. Disponible en: <[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Memoria\\_FS\\_Madrid\\_2017.pdf?idFile=7dfe8db6-60da-45c5-9a8f-1df32111bb4f](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Memoria_FS_Madrid_2017.pdf?idFile=7dfe8db6-60da-45c5-9a8f-1df32111bb4f)>. [Consulta: 26 septiembre 2018].
- \_\_\_\_\_. (2018). *Memoria 2018 (Ejercicio 2017)*. Disponible en: <[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Memoria\\_FS\\_Madrid\\_2018.pdf?idFile=aad827c3-7bee-43ea-be81-d985163b3e59](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Memoria_FS_Madrid_2018.pdf?idFile=aad827c3-7bee-43ea-be81-d985163b3e59)>. [Consulta: 26 septiembre 2018].

- Falcão, Joaquim; Hartmann, Ivar A.; Almeida, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; y Chaves, Luciano. (2017). *V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.
- Feldens, Luciano. (2002). *Tutela penal de intereses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministerio público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Fernández-Bessa, Cristina. (2015). *El dispositiu de deportació – Anàlisi criminològica de la detenció, internament i expulsió d’immigrants en el context espanyol*. [Memòria presentada per a optar al títol de Doctora]. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Fernández-Bessa, Cristina; Forero, Alejandro; González-Sánchez, Ignacio; Jiménez-Franco, Daniel; Maroto, Manuel; Bernat, Ignasi; Brandariz, José A.; Camps, Clara; Castro, David; y Colmenero, Borxa. (2018). Political persecution at the heart of Europe: The criminalisation of the Catalan pro-independence movement. *European Group for the Study of Deviance and Social Control, Newsletter*, 5, 4-8.
- Fernández Fustes, Maria Dolores. (2013). Especialidades del proceso penal por prevaricación judicial. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 1-28.
- Ferrajoli, Luigi. (2010). *El juez en una sociedad democrática*. Conferencia en el Primer Congreso de la Asociación Costarricense de la Judicatura de Costa Rica. Disponible en: <<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1887>>.
- \_\_\_\_\_. (2014). Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea. Ponencia presentada en la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona el 28 de noviembre de 2012. [Traducción al castellano a cargo del OSPDH]. En Iñaki Rivera Beiras (coord.). *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social. Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal* (p.81-96). Barcelona: Anthropos, OSPDH.

- Ferreira, Carolina Costa. (2013). *Discursos do Sistema Penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. Curitiba: CRV.
- \_\_\_\_\_. (2016). Os Caminhos das Criminologias Críticas; uma revisão bibliográfica. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, 2, 2, 171-192.
- Fischer, Douglas. (2010). O que é garantismo penal (integral)? En Bruno Calabrich; Douglas Fischer; y Eduardo Pelella (org.). *Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil* (pp. 25-50). Salvador: Jus Podivm, ESMPU.
- \_\_\_\_\_. (2013). Prerrogativa de Foro e Competência Originária do Supremo Tribunal Federal: Uma (re)leitura dos preceitos da Constituição Brasileira como forma de maximização do Princípio Republicano da Isonomia. En Vilvana Damiani Zanellato (coord.). *A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: temas relevantes* (pp.101-135). Porto Alegre: Verbo Jurídico.
- Flauzina, Ana Luiza Pinheiro; Barreto, Fabiana Costa Oliveira; Quezado Grosner, Marina Quezado (2004). A Liberdade nas Escolas Penais. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, 23, 28-41.
- Franco, Alberto Silva. (2000). Globalização e Criminalidade dos Poderosos. En Roberto Podval (org.). *Temas de direito penal económico* (pp. 235-277). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Friedrichs, David O. y Schwartz, Martin D. (2007). Editors' introduction: on social harm and a twenty-first century criminology. *Crime, Law and Social Change*, 48, 1-7.
- Friedrichs, David O. (2010). *Trusted Criminals – White Collar Crime in Contemporary Society* (4ª ed.). Belmont: Wadsworths.
- \_\_\_\_\_. (2016). Edwin H. Sutherland: An Improbable Criminological Key Thinker — For Critical Criminologists and for Mainstream Criminologists. *Critical Criminology*. [DOI 10.1007/s10612-016-9320-0].

- García, Manuel Calvo y Novales, Teresa Picontó. (2012). *La investigación empírica en el ámbito de la sociología jurídica*. España: UOC.
- García-Borés i Espí, Josep Maria. (coord.). (2006). *La cárcel en el entorno familiar. Estudio de las repercusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y necesidades*. Quaderns de Barcelona. Barcelona: Ajuntament de Barcelona.
- García Sánchez, B. (2017). ¿Es posible y necesario un concepto unitario de corrupción? En Francisco Jiménez García; Julia Robero Carrasco y Antonio Pastor Palomar. *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales*. Cizur Menor: Arazandi.
- Garside, Richard. (2004). *Crime, persistent offenders and the justice gap*. London: Crime and Society Foundation.
- Geis, Gilbert. (2006). El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico. En Francisco Bueno Arús; José Luis Guzman Dalbora y Alfonso Serrano Mañillo. (coord.). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez* (pp. 309-324). Madrid: Dykinson.
- Gimeno Sendra, Vicente. (2015). *Derecho procesal penal* (2ª ed). Cizur Menor: Thomson Reuters, Aranzadi.
- Gómez Colomer, Juan Luis. (1998). Altos funcionarios y protección procesal penal (un intento de aclaración). En *Estudios Jurídicos – Ministerio Fiscal: Cuestiones sobre el Ministerio Fiscal: Unidad, Dependencia y Desconcentración. Derecho administrativo y Derecho Penal* (pp.327-345). Madrid.
- \_\_\_\_\_. (2009). Sobre aforamientos y principio de igualdad. *Revista de Derecho Procesal*, 499-537.
- \_\_\_\_\_. (2016). Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 239-275.

- Gómez Colomer, Juan Luis y Esparza Leibar, Iñaki (2009). *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales (Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el Derecho comparado*. Valencia: Tirant to Blanch.
- Haddad, Carlos Henrique Borlido. (2012). A dimensão do foro privilegiado. *Revista dos Tribunais*, 924, 393-416.
- Hil, Richard y Robertson, Rob. (2003). What sort of future for critical criminology? *Crime, Law & Social Change*, 39, 91-115.
- Hillyard, Paddy y Tombs, Steve. (2007). From 'crime' to social harm? *Crime, Law and Social Change*, 48, 9-25.
- \_\_\_\_\_. (2013). ¿Más allá de la Criminología? *Revista Crítica Penal y Poder - Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, Universidad de Barcelona, 4, 175-196. (Versión en portugués: Para além da criminologia? Marina Quezado Soares, trad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 142, 26, 273-299, 2018).
- Horta, Ricardo de Lins; Almeida, Vera Ribeiro de; y Chilvarquer, Marcelo. (2014). Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em Direito no Brasil: o caso do projeto pensando o direito. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 1, 2, 162-183.
- Humanes, Maria Luisa y Moreno, María de los Ángeles. (2012). El efecto agenda sobre los temas de campaña en las elecciones generales de 2008. *adComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, 3, 191-207. DOI: <http://dx.doi.org/10.6035/2174-0992.2012.3.12>
- Igreja, Rebecca Lemos. (2017). O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. En Maíra Rocha Machado (org). *Pesquisar empiricamente o direito* (pp. 11-37). São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito.

- Jiménez Franco, Daniel. (2016). Cuellos Blancos, Criminología, Delincuentología, Crímenes Estatal-Corporativos y Daño Social. En III Seminario Interuniversitario de Criminología, Salamanca.
- Jupp, Victor; Davies, Pamela; y Francies, Peter. (Ed.). (2000). *Doing Criminological Research*. London: Sage Publications.
- Karam, Maria Lúcia. (1996). A Esquerda Punitiva. *Revista discursos sediciosos – crime, direito e sociedade*, 1, 1, 79-92.
- \_\_\_\_\_. (2016). *Ainda sobre a ‘esquerda punitiva’*. Disponible en: <<http://emporiiodireito.com.br/ainda-sobre-a-esquerda-punitiva/>>. [Consulta: 3 junio 2016].
- Landrove Díaz, Gerardo. (1992). Latinoamérica y los crímenes de los poderosos (el otro quinto centenario). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 45, 471-490.
- Lasslett, Kristian. (2010). Scientific Method and the Crimes of the Powerful. *Critical Criminology*, 8, 211–228. [DOI 10.1007/s10612-010-9100-1].
- \_\_\_\_\_. (2013). State crime studies. *Revista Crítica Penal y Poder*, 5, 115-137.
- Lombroso, Cesare (1902). *Delitti vecchi e delitti nuovi*. Torino: Fratelli Bocca Editori.
- López-García, Guillermo; Llorca-Abad, Germán; Valera-Ordaz, Lidia; Peris-Blanes, Alvar. (2018). Los debates electorales, ¿el último reducto frente la mediatización? Un estudio de caso de las elecciones generales españolas de 2015. *Palabra Clave*, 21, 3, 772-797. [DOI: 10.5294/pacla.2018.21.3.6].
- Lupetti Baptista, Bárbara Gomes. (2017). O uso da observação participante em pesquisas realizadas na área do Direito: desafios, limites e possibilidades. En Maíra Rocha Machado, (org.). *Pesquisar empiricamente o direito* (p. 83-118). São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito.
- Machado, Bruno Amaral. (2001). Controle penal dos crimes de colarinho branco no Brasil – de Sutherland a Baratta, reflexões sobre uma política criminal possível.

*Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, 9, 18, 42-72.

\_\_\_\_\_. (2007a). *Ministério Público: Organização, Representações e Trajetórias*. Curitiba: Juruá Editora.

\_\_\_\_\_. (2007b). *Fiscalías. Su papel social y jurídico-político: una investigación etnográfico-institucional*. Barcelona: Anthropos.

\_\_\_\_\_. (2012). Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, 45, 77-116.

\_\_\_\_\_. (2013). *Justiça criminal e Democracia*. São Paulo: Marcial Pons.

\_\_\_\_\_. (2014). *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons.

\_\_\_\_\_. (2016). O controle penal da corrupção e o modelo organizacional do Ministério Público: contexto sociopolítico e fragmentos do debate contemporâneo. *Revista de Estudos Criminais*, XV, 60, 143-176.

Machado, Bruno Amaral; Costa, Arthur Trindade; y Zackseski, Cristina. (Coords.). (2016a). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos económicos: uma pesquisa empírica no Sistema de Justiça Federal (Tomo 1)*. Brasília: ESMPU.

\_\_\_\_\_. (Coords.). (2016b). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos económicos: uma pesquisa empírica no Sistema de Justiça Federal (Tomo 2)*. Brasília: ESMPU.

Machado, Bruno Amaral; Zackseski, Cristina; y Raupp, Rene Mallet. (2016). A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos económicos: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 118, 24, 299-329.



- Machado, Bruno Amaral y Quezado, Marina. (2018). Corrupção pública pelos olhos da criminologia: dano social e violação dos direitos humanos. *Revista de Estudos Criminais*, 17, 70, 133-174.
- Machado, Maíra Rocha. (Org.). (2017a). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito.
- \_\_\_\_\_. O estudo de caso na pesquisa em direito. (2017b). En Maíra Rocha Machado (org.). *Pesquisar empiricamente o direito* (pp. 357-389). São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito.
- Machado, Vinícius da Silva. (2009). *Entre números, cálculos e humanidades: o princípio constitucional da individualização da pena – o mito da punição humanizada*. [Tesina de Master]. Brasília: Universidade de Brasília.
- Marques, José Frederico. (1953). *Da Competência em Matéria Penal*. São Paulo: Saraiva.
- Martínez Alarcón, María Luz. (2015). El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y derecho comparado. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 35, 437-478.
- Martinón Quintero, Ruth. (2016). Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Eunomía - Revista en Cultura de la Legalidad*, 10, 8-33.
- Massia, Leandro Pribernow. (2013). *A Profissionalização política do poder executivo estadual: uma análise do perfil social e da carreira dos governadores brasileiros (1994-2010)*. [Tesina de Master]. Pelotas: Universidade Federal de Pelotas.
- Matthews, Rick A. y Kauzlarich, David. (2007). State crimes and state harms: a tale of two definitional frameworks. *Crime, Law and Social Change*, 48, 43–55.
- Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; y Branco, Paulo Gustavo Gonet. (2009). *Curso de Direito Constitucional* (4ª ed.). São Paulo: Saraiva.

- Mezzaroba, Orides y Monteiro, Cláudia Servilha. (2004). *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito* (2ª ed). São Paulo: Saraiva.
- Michel, Cedric (2015). Violent Street Crime Versus Harmful White-Collar Crime: A Comparison of Perceived Seriousness and Punitiveness. *Critical Criminology*, 24, 127–143. [DOI 10.1007/s10612-015-9295-2].
- Miller, J. Mitchell. (2009). *21st Century Reference Handbook – Criminology*. California: Sage.
- Moral García, Antonio del. (2016). Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades. *R.V.A.P.*, 104-II, 43-75.
- \_\_\_\_\_. (2017). *La Justicia Penal ante la corrupción en la administración pública: novedades, posibilidades y carencias*. Ponencia en el Seminario «Delitos contra la Administración Pública: En especial, prevaricación, cohecho, tráfico de influencias y malversación. Novedades tras la reforma 1/2015 (18 a 20 de octubre de 2017)». Disponible en: <[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20del%20Moral%20Garcia,%20Antonio.pdf?idFile=4d36f7df-9c9b-43e2-bc38-6df26ce96e66](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20del%20Moral%20Garcia,%20Antonio.pdf?idFile=4d36f7df-9c9b-43e2-bc38-6df26ce96e66)>. [Consulta: 12 junio 2018].
- Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Vilar, Silvia; Esparza Leibar, Iñaki; y Etxeberría Guridi, José F. (2015). *Derecho Jurisdiccional III – Proceso Penal* (23ª ed). Valencia: Tirant to Blanch.
- Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín. (2017). *Derecho Procesal Penal* (8ª ed). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morrison, Wayne. (2006). *Criminology, Civilisation and the New World Order*. London: Routledge. (Versión en castellano: *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Alejandro Piombo, trad. Barcelona: Anthropos, 2012).
- Muñoz Jofre, Jaume. (2016). *La España corrupta – breve historia de la corrupción (de la Restauración a nuestros días, 1875-2016)*. Granada: Comares.

- Nepomoceno, Alessandro. (2004). *Além da lei – a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan.
- Oficina Antifrau de Catalunya. *La corrupció a Catalunya: percepcions i actituds ciutadanes - Baròmetre 2016*. Disponível em: <<https://www.antifrau.cat/ca/la-corrupcio/publicacions/barometre/barometre-2016.html>>. [Consulta: 20 julio 2017].
- Oliveira, Fabiana Luci de. (2013). O perfil dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). En Alexandre dos Santos Cunha y Paulo Eduardo Alves da Silva. *Anais do I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito*, Ribeirão Preto, 29 y 30 de septiembre de 2011 (pp. 161-177). Rio de Janeiro: IPEA.
- Oliveira, Marcus Vinícius Amorim de. (2008). Prerrogativa de foro e sistema de justiça criminal. *Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro*, 28, 157-166.
- Oliveira, Marcus Vinicius Berno N. de y Machado, Bruno Amaral. (2017). A análise do fluxo do sistema de justiça criminal (SJC) como técnica de pesquisa empírica no direito e no campo da segurança pública. *Revista Direito e Práxis*. Disponible en:<<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/26702/21844>>. [Consulta: 7 may.2018]. DOI:10.1590/2179-8966/2017/26702.
- Oliveira, Olga Maria B. Aguiar de. (2001). Monografia Jurídica. (2ª ed). Porto Alegre: Síntese.
- Pacelli, Eugênio. (2016). Curso de Processo Penal. (20ª ed). São Paulo: Atlas.
- Pacelli, Eugênio y Fischer, Douglas. (2016). Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudencia (8ª ed). São Paulo: Atlas.
- Pavarini, Massimo. (1999). Control y dominación – Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico (7ª ed). México: Siglo Veintiuno Editores. (Versión original en italiano: *La criminologia*. Florencia: Le Monnier, 1980).

- Pearce, Frank. (1976). *Crimes of the Powerful: Marxism, Crime & Deviance*. London: Pluto Press, (Versión en castellano: *Los crímenes de los poderosos – el marxismo, el delito y la desviación*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1980).
- Peixoto, Maria Gabriela Viana. (2009). *Deslegitimado pelos próprios fatos: sobre funcionalidade do discurso jurídico penal em casos de furto no Distrito Federal*. [Tesina de Master]. Brasília: Universidade de Brasília.
- Pemberton, Simon. (2007). Social harm future(s): exploring the potential of the social harm approach. *Crime, Law and Social Change*, 48, 27-41.
- Perissinotto, Renato M. (2009). *As elites políticas: questões de teoria e método*. Curitiba: IBPEX.
- Perissinotto, Renato M. y Miríade, Angel. (2009). Caminhos para o Parlamento: Candidatos e Eleitos nas Eleições para Deputado Federal em 2006. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, 52, 2, 301-333.
- Perissinotto, Renato M. y Codato, Adriano. (2008). Apresentação ao Dossiê «Elites Políticas» – Por um retorno à Sociologia das Elites. *Revista de Sociologia e Política*, 16, 30, 7-15.
- \_\_\_\_\_. (2009). Classe social, elite política e elite de classe: por uma análise societalista da política. *Revista Brasileira de Ciência Política*, 2, 243-270.
- Peset, Mariano y Peset, José Luis. (Ed.) (1975). *Lombroso y la escuela positivista italiana*. Madrid: C.S. de I.C.
- Prittwitz, Cornelius. (2012). La Criminalidad de los Poderosos. *Revista Digital de Maestría en Ciencias Penales, RDMCP-UCR*, 6, 1-18.
- Ponte, Antonio Carlos da y Demercian, Pedro Henrique. (2016). Algumas considerações sobre o Ministério Público no direito estrangeiro. Some considerations about the public ministry in foreign law. *Revista Jurídica ESMP-SP*, 10, 15-40.

- Putnam, Robert D. (1976). *The comparative study of political elites*. New Jersey: Prentice-Hall.
- Queralt, Joan J. (2012). Reflexiones marginales sobre la corrupción. *Revista Crítica Penal y Poder*, 2, 18-35.
- Quezado Grosner, Marina. (2008). *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: IBCCrim.
- \_\_\_\_\_. (2011). 16 anos de espera: casamento entre pessoas do mesmo sexo. O atraso do Poder Legislativo e a atualização do Direito pelo Poder Judiciário. Disponible en: <[www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/16-anos-de-espera-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-o-atraso-do-poder-legislativo-e-atu](http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/16-anos-de-espera-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-o-atraso-do-poder-legislativo-e-atu)> y en: <<https://jus.com.br/artigos/20316/16-anos-de-espera-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>>. [Consulta: 19 febrero 2018].
- Quezado Soares, Marina. (2017). Introdução à Criminologia Global: superando a crise da Criminologia Crítica. *Revista Publicum*, 4, 1, p.190-208.
- Ramió Matas, Carles. (2015). Análisis y causas de la corrupción política en España (1990-2015). *Rel* 186, 596-616.
- Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española. (2010). *Ortografía de la lengua española*. Versión beta. [Edición en línea ([www.rae.es](http://www.rae.es)). Consulta: 1 diciembre 2018].
- Reginato, Andréa Depieri de A. (2017). Uma introdução à pesquisa documental. En Máira Rocha Machado (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*, p. 189-224. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito.
- Ribeiro, Ludmila M. L.; Zackseski, Cristina. (2017). Pesquisas de fluxo e tempos da Justiça Criminal: possibilidades e limites de uso no contexto brasileiro. En Máira Rocha Machado (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*, p. 321-356. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito.

- Río Fernández, Lorenzo del y Pasquau Liaño, Miguel. (2018). *Conclusiones del Seminario Aforados: responsabilidad penal. Especial referencia al papel de los Juzgados de Instrucción y a la acción popular*. Madrid: CGPJ.
- Ríos Pintado, Juan Francisco. (2006). La investigación del fiscal en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia. *Estudios Jurídicos*.
- Rivera Beiras, Iñaki. (2011). La memoria – Categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales. *Revista Crítica Penal y Poder*, 1, 40-55.
- \_\_\_\_\_. (Coord.). (2014). *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social. Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal*. Barcelona: Anthropos; OSPDH.
- \_\_\_\_\_. (2016). Hacia una criminología crítica global. (Towards a Global Critical Criminology). *Athenea Digital*, 16, 1, 23-41, [DOI: <http://dx.doi.org/10.5565/rev/athenea.1734>].
- Rose, Cecily. (2011). The Application of Human Rights Law to Private Sector Complicity in Governmental Corruption. *Leiden Journal of International Law*, 24, 715-740. [DOI: 10.1017/S0922156511000306].
- \_\_\_\_\_. (2016). The Limitations of a Human Rights approach to Corruption. *International & Comparative Law Quarterly*, 65, 405-438. [DOI: 10.1017/S0020589316000038].
- Rose-Ackerman, Susan. (2001). La corrupción y los gobiernos. Alfonso Colodrón Gómez, trad. Madrid: Siglo XXI,
- Rothe, Dawn L. (2009). *State Criminality - The Crime of All Crimes*. UK: Lexington Books.
- Rothe, Dawn L.; Ross, Jeffrey Ian; Mullins, Christopher W.; Friedrichs, David; Michalowski, Raymond; Barak, Gregg; Kauzlarich, David; y Kramer, Ronald. (2009). That Was Then, This Is Now, What About Tomorrow? Future Directions in State Crime Studies. *Critical Criminology*, 17, 3-13.

- Rothe, Dawn L. y Kauzlarich, David. (2016). *Crimes of the Powerful: an introduction*. London and New York: Routledge.
- Ruggiero, Vincenzo. (2000). *Crimes and Markets: Essays in Anti-Criminology*. New York: Oxford University Press.
- \_\_\_\_\_. (2006). New Potential for Anti-Criminology. En Iñaki Rivera, Héctor Silveira Encarna Bodelón, Amadeu Recasens. (Coord). *Contornos y pliegues del Derecho: Homenaje a Roberto Bergalli* (pp.183-190). Barcelona: Anthropos.
- \_\_\_\_\_. (2010) Who corrupts whom? A criminal eco-system made in Italy. *Crime, Law and Social Change*, 54, 87-105.
- \_\_\_\_\_. (2015). Ethics and the Crimes of the Powerful. *The Howard Journal*, 54, 1, 42–56.
- Ruggiero, Vincenzo y Welch, Michael (2008). Power crime. *Crime, Law and Social Change*, 51, 297–301.
- Ruiz Miguel, Alfonso. (2015). Vigilantes y vigilados: prevaricación judicial y normas sin sanción (A propósito de un caso). *Diálogos sobre la justicia y los jueces. Recull de les ponències presentades en les jornades “Diàlegs sobre la justícia i els jutges”, celebrades al Monestir de Poblet de l’11 al 13 de juny de 2014* (pp.128-165). Barcelona: Generalitat de Catalunya – Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- Sabadell, Ana Lucia (2006). *Tormenta juris permissiones. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan.
- Sadek, Maria Tereza. (2013). Magistratura: imagem em movimento. En Alexandre dos Santos Cunha y Paulo Eduardo Alves da Silva. *Anais do I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito*, Ribeirão Preto, 29 y 30 de septiembre de 2011 (pp. 143-151). Rio de Janeiro: IPEA.

- Sakai, Juliana; Paiva, Natália. (2016). Quem são os conselheiros dos Tribunais de Contas? Disponível en: <<https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/TBrasil%20-%20Tribunais%20de%20Contas%202016%20F.pdf>>. [Consulta: 8 mayo 2018].
- Sampedro, Víctor; Seoane Pérez, Francisco. (2009). «Bipolarización Antagónica» fomentada por intereses político-mediáticos y las nuevas tecnologías. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 17, 34, 129-135.
- Sánchez Melgar, Julián. (2013). *Inviolabilidad e Inmunidad de Diputados y Senadores*. Madrid: La Ley.
- Santos, Cláudia Cruz. (2000). O crime de colarinho branco – a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo. En Roberto Podval (org). *Temas de direito penal económico* (pp.192-222). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Shapiro, Susan P. (1994). Collaring the Crime, not the Criminal: Reconsidering the Concept of White-Collar Crime. En David Nelken. *White-Collar Crime. The International Library of Criminology, Criminal Justice and Penology*, 11-30.
- Shover, Neal y Cullen, Francis T. (2008). Studying and Teaching White-Collar Crime: Populist and Patrician Perspectives. *Journal of Criminal Justice Education*, 19, 2, 155-174.
- Sieyès, Emmanuel-Joseph. (1789, 1950). Ensayo sobre los privilegios. En *¿Qué es el Estado llano?* (p.21-58). Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1950. (Versión original en francés: *Essai sur les privilèges*, 1789).
- Silva García, Germán. (2009). Teoría Sociológica sobre la profesión jurídica y administración de justicia – Prolegómenos. *Derechos y Valores*, XII, 23, 71-84.
- Streck, Lenio Luiz. (2011). *Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenéutica da construção do direito* (10ª ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.



- Streck, Lenio Luiz y Santos Júnior, Rosivaldo Toscano dos. (2013). Do direito penal do inimigo ao direito penal do amigo do poder. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, 51, 33-60.
- Sutherland, Edwin H. (1940). White-Collar Criminality. *American Sociological Review*, 5, 1, 1-12. (Versión en castellano: Criminalidad de cuello blanco. Luis Miguel Reyna Alfaro, trad. *ADPE*, 1, 191-199, 2011). (Versió en portugués: A criminalidade de colarinho branco. Lucas Minorelli, trad. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, 2, 2, 93-103, 2014).
- \_\_\_\_\_. (1983). *White Collar Crime: The Uncut Version*. New York: Holt Rinehart and Winston,
- Swaaningen, René Van. (1999). Reclaiming Critical Criminology: social justice and the European tradition. *Theoretical Criminology*, 3, 1, 5-28.
- Swaaningen, René Van y Taylor, Ian. (1994). Rethinking Critical Criminology – A panel discussion. *Crime, Law & Social Change*, 21, 183-190.
- Tarín, Carlota. (2016). La medición de la corrupción en España: los datos objetivos. En Manuel Mendieta Villoria, José María Gimeno Feliú; y Julio Tejedor Bielsa (dir.). *La corrupción en España – ámbitos, causas y remedios jurídicos* (pp. 67-82). Barcelona: Atelier.
- Tavares Filho, Nestor. (2015). Foro por prerrogativa de função no direito comparado. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponible en: <[http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2015\\_21981\\_foro-por-prerrogativa-de-funcao-no-direito-comparado\\_newton-tavares](http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2015_21981_foro-por-prerrogativa-de-funcao-no-direito-comparado_newton-tavares)>. [Consulta: 27 febrero 2018].
- \_\_\_\_\_. (2016a). *Foro privilegiado: pontos positivos e negativos*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponible en: <[http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2016\\_10290\\_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos](http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2016_10290_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos)>. [Consulta: 27 febrero 2018].

- \_\_\_\_\_. (2016b). *Composição dos Tribunais Superiores*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponible en: <[http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/composicao-dos-tribunais-superiores\\_newton-tavares](http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/composicao-dos-tribunais-superiores_newton-tavares)>. [Consulta: 20 mayo 2018].
- Taylor, Ian; Walton, Paul, Young, Jock. (1975). *Critical Criminology*. London: Routledge - Kegan Paul. (Versión en portugués: *Criminologia crítica*. Juarez Cirino dos Santos y Sergio Tancredo, trad. Rio de Janeiro: Graal, 1980).
- \_\_\_\_\_. (1973). *The New Criminology – For a social theory of deviance*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Terradillos Basoco, Juan M. (2017). Corrupción política: consideraciones político-criminales. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 1, 1-31.
- Tierney, John. (1996, 2006). *Criminology – Theory and Context* (2ª ed). Harlow: Pearson Longman.
- Toharia, José Juan. (1989). El Juez Español: quince años después. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 3, 345-364.
- Tomas y Valiente, Francisco (1979, 2007). *Manual de Historia del Derecho Español* (4ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Tombs, Steve y Whyte, Dave. (2002). Unmasking the crimes of the powerful. *Critical Criminology*, 11, 217–236.
- Tourinho Filho, Fernando da Costa (2003). *Processo Penal, v. 4*. (25ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- \_\_\_\_\_. Da competência pela prerrogativa de função (2005). *Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro*, 21, 111-132.
- Tuñón de Lara, Manuel. (1967). *Historia y realidad del poder (El poder y las elites en el primer tercio de la España del siglo XX)*. Madrid: Edicusa.

- Vasconcelos, Douglas Borges de. (2015). *A política pública de combate à lavagem de dinheiro no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Vasilantonopoulou, Vicky. (2014). Revisitando la criminalidad de cuello blanco desde la perspectiva del daño social. *Revista Crítica Penal y Poder*, 7, 122-148.
- Ventura, Deisy. (2002). Monografía jurídica: uma visão prática. (2ª ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Versele, Severín-Carlos. (1976). *Las «cifras doradas» de la delincuencia*. Orlando García Valverde, trad. (Versión original en francés: Bruselas: ILANUD, 1976, p.19-26).
- Viladàs Jené, Carlos. (1978). Notas sobre la delincuencia económica en España. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 31, 3, 635-653.
- Villoria Mendieta, Manuel. (2001). Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España. *GAPP*, 21, 95-115.
- \_\_\_\_\_. (2016). Principales rasgos y características de la corrupción en España. En Manuel Mendieta Villoria, José María Gimeno Feliú; y Julio Tejedor Bielsa (dir.). *La corrupción en España – ámbitos, causas y remedios jurídicos* (pp. 47-66). Barcelona: Atelier.
- Villoria Mendieta, Manuel y Jiménez, Fernando. (2012). La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos. *REIS – Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 138, 109-134.
- Villoria Mendieta, Manuel; Gimeno Feliú, José María; y Tejedor Bielsa, Julio. (Dir). (2016). *La corrupción en España – Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier.
- Virgolini, Julio E. S. (2004). *Crímenes excelentes – delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto.
- \_\_\_\_\_. (2005). *La razón ausente: Ensayo sobre criminología y crítica política*. Buenos Aires: Del Puerto.

- Wallin, Claudia Varejão. (2017). *Suécia: um país sem excelencias e mordomias*. (2ª ed). W Editora: edición digital.
- Ward, Tony. (2013). El crimen de Estado y la sociología de los derechos humanos (State crime and the sociology of human rights). *Revista Crítica Penal y Poder*, 5, 63-76.
- Whyte, David. (2009). *Crimes of the Powerful: A Reader*. England: Open University Press.
- Yeung, Luciana. (2017). Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais. En Maíra Rocha Machado (org). *Pesquisar empiricamente o direito* (pp. 249-274). São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito.
- Young, Jock. (1999). Social exclusion, crime and difference in late modernity. London: SAGE Publications. (Versión en portugués: A sociedade excludente – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Renato Aguiar, trad. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2001). *Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal* (5ª ed). Vânia Romano Pedrosa y Amir Lopez da Conceição, trad. Rio de Janeiro: Revan. (Versión original en castellano: *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989).
- \_\_\_\_\_. (2005). *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F editorial.
- \_\_\_\_\_. (2013). *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva. (Versión original en castellano: *La palabra de los muertos – conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; y Slokar, Alejandro. (2003). *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Revan,
- Zillio, Jacson; Bozza, Fábio. (2012). *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos*. Curitiba: LedZe Editora.

## BIBLIOGRAFIA DE LA NOTA TÉCNICA

- Barbetta, Pedro Alberto. (2008). *Estatística Aplicada às Ciências Sociais* (7ª ed.). Florianópolis: Editora da UFSC.
- Bussab, Wilton de O. y Morettin, Pedro A. (2002). *Estatística Básica* (5ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Cochran, William G. (1977). *Sampling Techniques* (3ª ed.). New York: John Willey & Sons.
- Costa, Arthur Trindade M. et al. (2016). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. Tomo I*. Brasília: ESMPU.
- IBGE (1993). *Normas de Apresentação Tabular* (3ª ed.). Rio de Janeiro: IBGE.
- Magalhães, Marcos Nascimento y Lima, Antonio Carlos Pedroso de. (2010). *Noções de Probabilidade e Estatística*. São Paulo: Editora da USP.
- Memória, José Maria Pompeu. (2004). *Breve História da Estatística*. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica.
- Morettin, Luiz Gonzaga. (2000). *Estatística Básica - Volume 2 - Inferência*. São Paulo: Pearson Makron Books.
- Rocha, Marcos Vinicius da. (1972). *Curso de Estatística*. Rio de Janeiro: Fundação IBGE.
- Sieger, Sidney y Castellan, N. John. (2006). *Estatística Não-paramétrica para Ciências do Comportamento* (2ª ed.). Porto Alegre: Artmed.
- Silva, Nilza Nunes da. (2001). *Amostragem Probabilística*. São Paulo: Editora da USP.