

REPENSANDO LOS AFORAMIENTOS

RETHINKING IMMUNITIES

Antonio del Moral García

Magistrado del Tribunal Supremo

RESUMEN

En un contexto de debate político, social y académico sobre los fueros y la procedencia o no de su supresión o reducción, en este artículo se lleva a cabo un repaso de los problemas prácticos que viene originando su aplicación y las soluciones que ofrece la jurisprudencia, que son examinados a la luz de eventuales reformas. Se propone una reducción significativa de los mismos tanto a nivel subjetivo (limitación del número de aforados) como objetivo (restricción a los delitos relacionados con el ejercicio del cargo).

PALABRAS CLAVE

Aforados, proceso penal, diputados y senadores, competencia.

ABSTRACT

In a context of political, social and academic debate on the assessments and taking into account the discussion about their limitation or suppression, the work analyzes the practical problems that their application has originated and the solutions offered by jurisprudence, examined in the light of eventual reforms and proposing a significant reduction.

KEYWORDS

Protected persons for the privilege jurisdiction, criminal process, deputies and senators, competence.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.024>

REPENSANDO LOS AFORAMIENTOS

Antonio del Moral García

Magistrado del Tribunal Supremo

Sumario: 1. Preliminares. 2. Relación de aforamientos. 3. Anotaciones al ámbito subjetivo de los aforamientos. 3.1. Fueros de rango constitucional. 3.2. Fueros institucionales. 3.3. Fueros autonómico. 3.4. Jueces y magistrados; 3.5. Miembros de las y fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. 3.6. Fueros de cargos supranacionales por asimilación. 3.7. Extensión del fuero a no aforados: el efecto arrastre anudado a la conexidad. 4. Anotaciones sobre el ámbito objetivo de los aforamientos. 4.1. Fueros y delitos leves. 4.2. Tribunal del Jurado y fueros. 4.3. Fueros y juicios rápidos. 5. Ámbito temporal del fuero. 5.1. Inicio y término. 5.2. Base indiciaria necesaria para la activación del fuero. 5.3. Demoras en la comunicación al tribunal competente: consecuencias. 6. Instrucción y enjuiciamiento: desdoblamiento del órgano. 7. Doble instancia y aforamientos. 8. Reflexiones finales. Bibliografía.

1. PRELIMINARES

Durante muchos años, la existencia de fueros procesales personales vinculados a determinados cargos se asumió con generalizada complacencia o, al menos, con tolerancia y sin especial cuestionamiento. Sí provocaba no pocos problemas interpretativos y de aplicación, que han sido solventados con mayor o menor fortuna por la jurisprudencia y la *praxis* de nuestros tribunales, llegando a estimular en alguna ocasión al legislador para que llevara a cabo puntuales intervenciones (art. 118 bis LECrim —LO 7/2002, de 5 de julio—; art. 55 bis LOPJ —LO 4/2014, de 11 de julio—). Pero desde hace algunos años los fueros personales están en crisis y se han visto sometidos a críticas procedentes de sectores políticos, sociales y académicos (Martínez Alarcón, 2015: 437 ss.) que han llegado a generar un cierto clima de opinión según el cual la institución que debe ser *repensada*, cuando no pura y llanamente abolida. Se ha convertido en campo bien abonado de polémicas en las que detractores y defensores que avivan el debate, así como para presentar iniciativas prelegislativas y legislativas que, en algunos casos (estatutos de autonomía de algunas comunidades autónomas) han alcanzado el objetivo de reducir drásticamente algunos fueros. Ese estado de la cuestión será el marco y telón de fondo de estas reflexiones, que, en todo caso, no se limitarán a exponer un simple controversia (*fueros personales sí / fueros personales no*). Rescataré también algunos de los problemas que viene suscitando su aplicación en los tribunales para expresar mi opinión sobre las soluciones que se han ofrecido y, en su caso, criticarlas

o proponer alternativas a las mismas. Pero, desde luego, este trabajo —es una obviedad: sus dimensiones lo proclaman a las claras— no pretende ser una exposición sistemática, completa y exhaustiva del régimen de los fueros procesales.

Una advertencia: abordo la cuestión desde la óptica penal. Existen también fueros personales civiles. En ese orden jurisdiccional, los fueros personales están siempre vinculados a hechos realizados en el ejercicio de los cargos y se limitan a las demandas de responsabilidad civil (arts. 56.2 y 3, 61.3 y 73.2 LOPJ), con la única excepción del fuero especial de determinados componentes de la familia real, que es universal (art. 55 bis LOPJ). De cualquier modo, lo que diré sobre aforamientos penales puede extrapolarse sin grandes dificultades a esos excepcionales fueros civiles.

Hay que diferenciar tres planos en el debate.

i) El nivel constitucional. Algunos fueros personales se sustentan en la Constitución. Eso condiciona de manera determinante las eventuales propuestas orientadas a su modificación. La holgura interpretativa o de matizaciones o ensanchamiento o estrechamiento por vía de desarrollo legal están muy limitadas. Las variaciones más enjundiosas están ligadas necesariamente a una reforma constitucional que no se vislumbra muy factible en el panorama político actual. Toda propuesta en ese orden ha de ser consciente de que apuntará a un horizonte no inmediato. Mencionaré expresamente las vicisitudes de una iniciativa en ese sentido emprendida por el ejecutivo hace tres años que ha quedado olvidada y arrinconada, una vez amainó, hasta casi evaporarse; fue una coyuntural *fiebre colectiva antifueros*.

ii) Un segundo estrato viene conformado por la legalidad: los fueros establecidos en leyes, normalmente orgánicas, y en los estatutos de autonomía, integrados en el bloque de constitucionalidad.

iii) Por último, el nivel interpretativo. Hay muchas cuestiones relacionadas con los fueros, su ámbito de aplicación y su mayor o menor extensión que quedan sujetas al criterio del intérprete. Puede haber lecturas muy deferentes con el fuero y otras más restrictivas, así como desarrollos y formas de aplicación bien diversas. Su ámbito, objetivo, subjetivo y temporal no siempre está bien perfilado constitucional o legalmente y serán los aplicadores del Derecho (singularmente, los tribunales en que se sitúan esas competencias *ratione personae*) los llamados a aportar pautas que fijen los contornos últimos de cada aforamiento.

2. RELACIÓN DE AFORAMIENTOS

El número de aforados en nuestro Derecho es, sin duda, excesivo. Sería conveniente, por ello, aligerar la extensa nómina de aforados. En todo caso, se me antoja un tanto demagógico espetar la cifra —que, desde luego, por sí y sin más resulta escandalosa (se habla de 250.000)— ocultando el dato de que ese número se nutre en su mayor parte de los componentes de las cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (previsión que, quizás, no merezca la pena mantener), y de jueces y magistrados, cuyo fuero ligado a delitos cometidos en el

ejercicio del cargo (con la excepción de algunos de los puestos más altos del escalafón, que tienen fuero universal) no es prescindible, y por asimilación con estos, por miembros de la carrera fiscal. Son estos tres colectivos los que provocan que la suma, sea tan abultada. Esta se vería reducida de forma espectacular con la supresión del fuero para agentes policiales por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, que, además, es un fuero de eficacia muy débil, dado que no altera la competencia en la instrucción. Se limita a traspasar del Juzgado de lo Penal a la Audiencia Provincial un número limitado de asuntos.

Repasemos, en todo caso, ese listado, omitiendo deliberadamente la exhaustividad en las referencias normativas para evitar el apelmazamiento del texto. Se trata no tanto de transmitir información —que se obtiene con facilidad— ni de engordar estas páginas, cuanto de reflexionar sin perder de vista lo concreto.

i) Están sometidos a la competencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 LOPJ:

- Los presidentes de Sala del Tribunal Supremo, y
- Los magistrados de una Sala del Tribunal Supremo cuando sean juzgados todos o la mayor parte.

ii) Gozan de fuero ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (arts. 55 bis y 57.2º y 3º LOPJ):

- La reina consorte o el consorte de la reina, así como el rey o la reina que hubiere abdicado y su consorte.
- El presidente y miembros del Gobierno (art. 102.1 CE), entre los que no se encuentran los secretarios de Estado (ATS de 25 de enero de 1995 recaído en la causa especial 160/1995 y que rectifica un criterio anterior afirmativo: AATS de 21 de marzo y 25 de octubre de 1984).
- Los presidentes del Congreso y del Senado y los diputados y senadores (art. 71.3 CE).
- El residente y los magistrados del Tribunal Supremo
- Los vocales del Consejo General del Poder Judicial (art. 119.1 LOPJ)
- El presidente y los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 26 LOTC)
- El presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas, así como los magistrados que desempeñan funciones en cualquiera de los órganos de la referida Audiencia (AATS de 1 de junio de 1993 y 14 de febrero de 1996 —causa especial 3890/1995—; fuero que se extiende a los fiscales integrados en la Fiscalía de la Audiencia Nacional, pero no a aquellos otros componentes de fiscalías nacionales que pueden desempeñar sus funciones ante ese órgano: ATS de 30 de julio de 2015).
- Los presidentes y magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia

- El fiscal general del Estado, los fiscales de Sala del Tribunal Supremo, y los fiscales del Tribunal Supremo (respecto de estos últimos, por declaración del ATS de 17 de diciembre de 1991).
- El presidente y los consejeros del Tribunal de Cuentas (art. 35.1 de la LO 2/82 del Tribunal de Cuentas)
- El presidente y los consejeros del Consejo de Estado
- El Defensor del Pueblo y los adjuntos (art. 6.3 LO 3/1981 al Defensor del Pueblo)
- Los diputados autonómicos, cuando así lo establezcan los respectivos estatutos de autonomía (en general, cuando los delitos se cometen fuera del territorio de la comunidad autónoma).
- Los presidentes y miembros de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas cuando los delitos se cometen fuera del territorio de la comunidad autónoma, criterio, este último, que cuenta con algunas excepciones (así, los residentes de los gobiernos autonómicos de Andalucía y Madrid y los miembros del Gobierno Foral Navarro, que están sometidos siempre a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cualquiera que sea el lugar de comisión del delito; los miembros del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Valencia, cuya responsabilidad penal es exigible siempre ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia. Igualmente, hay que exceptuar las Comunidades Autónomas de Asturias, La Rioja, Extremadura y Castilla-León cuyos estatutos no contienen previsión alguna a este respecto, así como aquellos que en fechas recientes han suprimido los fueros autonómicos: Cantabria, Canarias, Murcia y Baleares).
- El Defensor del Menor del Madrid y las figuras autonómicas similares al Defensor del Pueblo por delitos cometidos fuera del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma.
- Los jueces del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (arts. 3.3 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).
- Los miembros del Parlamento Europeo (art. 9 del Protocolo sobre privilegios e inmunidades de las Unión Europea y, por todos, ATS de 20 de diciembre de 1990).
- Los representantes en la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa y en la Asamblea de la UEO (art. 15 del Acuerdo sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa de 2 de septiembre de 1949 y art. 18 del Convenio sobre el Estatuto de la Unión Europea Occidental, de los representantes nacionales y del personal internacional de 11 de mayo de 1955).

iii) Tienen fuero ante la Sala de lo Civil y Penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia (art. 73.3. LOPJ):

- Los jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma (fuera de los casos antes enumerados atribuidos al TS). La mención de las faltas ha quedado sin contenido, aunque subsiste alguna eficacia en cuanto a la imposibilidad de cuestionar el fuero para los delitos leves).
- Los miembros de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas por delitos cometidos dentro del territorio autonómico, siempre que el respectivo estatuto de autonomía contenga esta previsión y, con igual salvedad, miembros de los gobiernos de las comunidades autónomas (excepto los supuestos atribuidos a la Sala de lo Penal del TS ya enumerados, así como los miembros de Gobierno de las Comunidades Autónomas de Asturias, La Rioja, Extremadura, y Castilla-León, que en este concepto carecen de fuero especial).
- Las figuras equiparables al Defensor del Pueblo y sus adjuntos a nivel autonómico (art. 1.1º de la Ley 36/1985, de prerrogativas y garantías de las figuras de las Comunidades Autónomas similares al Defensor del Pueblo y régimen de colaboración y coordinación con las mismas): el Ararteko del País Vasco y su adjunto (art. 2 del Reglamento de 29 de diciembre de 1990 de organización y funcionamiento de tal institución); el Síndic de Greuges catalán (art. 10 de la Ley autonómica 14/1984, de 20 de marzo del Síndic de Greuges); el Valedor y el Vicevaledor del pueblo gallegos (arts. 6.2 y 9.3 de la Ley autonómica de 5 de junio de 1984); el Defensor del Pueblo andaluz y sus adjuntos (arts. 2.1 y 2 del Reglamento de organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo Andaluz de 20 de noviembre de 1985); el Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana (art. 6 de la Ley autonómica 11/1988, de 26 de diciembre); el Justicia de Aragón y su lugarteniente (arts. 4.3 de la Ley de 27 de Junio de 1985 y 3 del Reglamento de organización y funcionamiento del Justicia de Aragón de 6 de junio de 1990); y el Defensor del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid (art. 9.3 de la Ley 5/1996 de la Comunidad de Madrid).

iv) Por último, gozan de fuero para ser enjuiciados siempre ante la Audiencia Provincial por los delitos perpetrados en el ejercicio de sus funciones los miembros de los cuerpos y fuerzas de de seguridad del Estado (art. 8.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, corregido por la STC 55/1990, de 28 de marzo que declaró inconstitucional la atribución de la instrucción de las causas por esos delitos a la Audiencia Provincial y mantuvo su fuero para el enjuiciamiento: en sus razonamientos, el TC declara que no se trata de un fuero en sentido estricto, sino una regla singular de competencia). El fuero en favor de los juzgados de instrucción para conocer de las faltas ha quedado sin contenido alguno.

v) A esta enumeración habría que añadir alguna previsión de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar (arts. 23.2 y 34.1) que prevé determinados aforamientos en la Sala Quinta del Tribunal Supremo (capitanes generales, generales de Ejército, almirantes generales y generales del Aire, tenientes generales y almirantes, cualquiera que sea su situación militar, miembros del Tribunal Militar Central, fiscal togado, fiscales de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y fiscal del

Tribunal Militar Central) y, en el Tribunal Militar Central, los poseedores de la Cruz Laureada de San Fernando con carácter individual; autoridades y funcionarios civiles de todo orden que, sin tener fuero personal reservado al Tribunal Supremo gozasen de aforamiento personal especial en la jurisdicción ordinaria; auditor presidente y vocales de los Tribunales Territoriales, jueces togados militares y fiscales relatores, todos ellos en el ejercicio de las funciones que esta ley les atribuye y aquellos otros que cuenten con él en virtud de una ley). Saltan a la vista algunos excesos (poseedores de una alta condecoración) junto a otras previsiones llenas de sentido: delitos en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de la justicia militar.

3. ANOTACIONES AL ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS AFORAMIENTOS

Los comentarios que siguen versan sobre el contenido de esos fueros, su rango normativo y, de algún modo., su justificación; así como sobre las perspectivas de su reforma.

3.1. FUEROS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Solo gozan de respaldo constitucional el fuero de los diputados y senadores, y el del presidente y los miembros del Gobierno (arts. 71 y 102 CE). El resto de los fueros son disponibles por el legislador. Se produjo un amago de reforma constitucional concretada en esos dos aforamientos para limitarlos a los delitos cometidos en el ejercicio de las funciones respectivas (es decir, como parlamentario o como miembro del Gobierno). Ese era el planteamiento del Pleno del Consejo de Estado (dictamen de 15 de noviembre de 2018, realizado a requerimiento del Gobierno), propuesta que ha caído en un relativo olvido. Sin perjuicio de que en la coyuntura actual pueda resultar utópica la posibilidad de una reforma constitucional puntual y consensuada, no me parece del todo desenfocada la idea promovida. Esa impresión inicialmente favorable se ve alimentada precisamente por razones que, sin embargo, para algunos comentaristas militarían en contra (Matia Portilla, 2020: 201). Pienso en la reducción del fuero de los parlamentarios a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones lo que supone dejarlo reducido casi a la nada, a la vista de la institución de la inviolabilidad y de la limitada autonomía de cada parlamentario. Resulta insólito el supuesto del delito cometido en el ejercicio de la función estrictamente parlamentaria, salvo que pensemos en miembros de las mesas de las Cámaras (*Ibidem*: 202). Pero precisamente eso acercaría el sistema a las pautas más comunes en el Derecho comparado, que excluyen del fuero generalmente a los diputados, siendo más habitual que se reconozca a los miembros del Gobierno (ya sea a todos o solo a su presidente). Obviamente, una modificación constitucional en esos términos solo podría ser coherente si paralelamente fuese seguida de una modificación de los fueros no constitucionales.

3.2. FUEROS INSTITUCIONALES

Hay otro grupo de aforamientos no impuestos por la Constitución cuyo fundamento común estriba en la dignidad e importancia o relevancia institucional del cargo y función desempeñada y que se establece para todos los delitos (excepto los leves, como luego veremos). Son los residenciados en la Sala Segunda del Tribunal Supremo (o en algún caso en la Sala del art. 61 LOPJ) por los arts. 55 bis y 57.2 y 3 LOPJ (excluida la remisión a los estatutos de autonomía). El fuero alcanza a la instrucción y al enjuiciamiento. Algunos tienen cierto anclaje constitucional en la medida en que la norma fundamental remite a un desarrollo legal del estatuto de algunos cargos (*v. gr.*, arts. 122 CE —miembros Consejo General del Poder judicial— o 165 CE —magistrados del Tribunal Constitucional—). Otros obedecen a pura decisión del legislador. Entiendo que algunos pueden ser replanteados: seguramente no tengan sentido. Y los más admisibles podrían limitarse a los delitos cometidos en el ejercicio del cargo (salvo los relacionados con la monarquía). Por lo que diré, los que amparan el ejercicio de funciones jurisdiccionales (Tribunal Constitucional y de Cuentas) son sin duda irrenunciables. En el caso del Tribunal Constitucional, debe anotarse que, según ha entendido a Sala Segunda del TS, el reformado art. 4 de la LOTC no supone la inviolabilidad de orden penal.

3.3. FUEROS AUTONÓMICOS

Otro conjunto de fueros es el de los cargos autonómicos. Se caracterizan por un cierto mimetismo respecto a la organización del Estado central. Tratan de reproducir —incluso se llegó a establecer en algún caso una inmunidad que fue declarada inconstitucional— el esquema estatal, buscando la asimilación y el paralelismo, como si las diferencias en esos particulares supusiesen una devaluación del poder autonómico. Seguramente no es solo eso, pero sí hay un cierto afán de emular al *hermano mayor*, valga la imagen, desafortunada por muchas razones, pero válida por su plasticidad y fuerza expresiva. En este ámbito se ha iniciado una cierta marcha atrás en algunas comunidades que han optado por suprimir esos fueros (Canarias, Murcia, Cantabria y Baleares ya los han derogado; en otras, hay reformas en trámite —La Rioja— o promesas y anuncios; e incluso intentos de reforma decaídos por razones coyunturales y no de fondo: Castilla y León, Madrid, Asturias, Valencia, Aragón). En mi opinión, la supresión total quizás sea excesiva, pero se me antoja muy saludable una muy sustancial reducción. Me atrevo a sugerir una fórmula provisional y cautelosa que no es fruto de una meditación detenida: limitar el fuero a los presidentes y consejeros de gobierno por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, residenciándolo en todo caso en el Tribunal Superior de Justicia, y dejar al margen a los diputados y otros cargos autonómicos. El fuero subsistiría pese a la pérdida del cargo, lo que, como razonaré más adelante, resulta más armónico con el principio constitucional de *predeterminación* legal del juez. Desde luego, se me antoja poco estética la combinación del fuero de diputados autonómicos con la forma de elección de uno de los magistrados componentes de la Sala de lo Civil y Penal del órgano de aforamiento, el llamado magistrado autonómico. Esa fórmula, «[...] kafkiana invención cuya inconsis-

tencia e inconciliabilidad con los postulados que identifican el poder judicial del Estado democrático de Derecho es tan obvia como inexplicable» (Arnaldo Alcubilla, 2021), debiera desaparecer.

3.4. JUECES Y MAGISTRADOS

El fuero de jueces, magistrados y, por equiparación, de los miembros de la carrera fiscal, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones no puede ser abolido de ninguna forma. Su *ratio* es singular. Es la que explica que, salvo en los niveles más altos, solo opere respecto de delitos cometidos con motivo del ejercicio de sus funciones judiciales (o las propias del fiscal), lo cual, además de revestir una aplastante lógica, es exigencia orgánica irrenunciable. Si el art. 12 LOPJ concibe como principio básico la imposibilidad de que un juez corrija la aplicación del Derecho realizada por otro sino es a través de los recursos establecidos en las leyes procesales, y la organización judicial tiene una estructura jerárquica, sería un despropósito situar a un juez de instrucción en la obligada tesitura de evaluar si existen indicios de prevaricación (resolución contraria a Derecho) en la sentencia dictada por los magistrados de una audiencia provincial; o a un juez de lo penal proclamando que la decisión del magistrado presidente de un Tribunal del Jurado es punible por detectarse en su ejecutoria *ignorancia inexcusable*. En esta consideración encuentran su fundamento algunos de los excepcionales *aforamientos civiles* (los referidos a responsabilidad civil de jueces y magistrados) que han estado presentes en nuestra legislación. Y es que una actividad jurisdiccional no puede ser revisada por un órgano inferior. Por eso, son aforamientos que perviven aunque se haya cesado en el cargo. Así lo ha resaltado la jurisprudencia, apartándose de la regla que preside la exégesis del resto de los fueros: el cese en el cargo supone la pérdida del fuero.

3.5. MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

Se trata de un supuesto singular. Bien vistas las cosas, su trascendencia tiene un alcance muy relativo, pues afecta a un número limitado de delitos, los que, habiéndose producido en el desempeño de las específicas funciones que les están atribuidas, son competencia de los juzgados de lo penal. Y se limita a elevar el conocimiento de esas infracciones a las audiencias provinciales, cuya competencia para conocer de los delitos atribuidos por la norma general (penalidad) no se altera cuando son perpetrados por estos agentes en el ejercicio de su cargo. Esa realidad, unida a la interpretación enormemente restrictiva del ejercicio de las funciones del cargo, permiten sostener con cierto fundamento que no es propiamente un fuero personal, sino más bien una regla especial de competencia que solo afecta a los delitos menos graves y se limita a subir un escalón en el nivel del enjuiciamiento, manteniendo las reglas ordinarias para la instrucción (como consecuencia de la temprana declaración de inconstitucionalidad de la previsión contraria) y para los restantes delitos. No parece que, a efectos de *contabilidad*, este supuesto reúna méritos suficientes para entrar en la

suma de *aforados* avivando demagógica e, hipócritamente, el escándalo social: se trataría de ¡232.000! aforados. Existiendo ya un sistema de apelación generalizada, no me parece muy relevante la discusión sobre este punto. Hay algunas razones para mantener la previsión; pero, quizás, algunos las reputen insuficientes. De cualquier forma, creo que no es cuestión de trascendencia. Si se estima que resulta conveniente hacer desaparecer esa especialidad, hágase; pero eso sería un abordaje en falso del tema de los aforamientos, por más que la venta mediática («[...] se reducen casi en un cuarto de millón el número de aforados») reportase mucho rédito populista.

3.6. FUEROS DE CARGOS SUPRANACIONALES POR ASIMILACIÓN

Me referiré ahora a las autoridades y cargos de instituciones de carácter supranacional o internacional a los que se reconocen ciertas inmunidades y privilegios (jueces de los tribunales de la UE, miembros del Parlamento Europeo y representantes en la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa y en la Asamblea de la UEO). En este caso, y en un plano *de lege lata*, me parece discutible que gocen de ese fuero competencial que la jurisprudencia ha proclamado por asimilación. Los textos internacionales en que se basa el fuero se limitan a equiparar el régimen de inmunidades de tales cargos al de los diputados y senadores nacionales. La interpretación restrictiva que ha de imperar en esta materia impide, a mi juicio, integrar el fuero en el concepto de *inmunidades*. Creo que la interpretación ortodoxa pasaría por atribuirles inmunidad (necesidad de autorización para la inculpación e inmunidades de detención), pero no fuero. No es ese, sin embargo, el entendimiento de nuestra jurisprudencia, que desde los primeros casos declaró que esas referencias de los textos internacionales a las inmunidades abarcaban también el fuero competencial (ATS de 18 de noviembre de 1991, recaído en la causa especial 1600/1991, o ATS 17 de marzo de 2017: muchas otras resoluciones se alinean con este criterio interpretativo, pacífico en la jurisprudencia), que, por tanto, queda residenciado, sea cual sea la infracción cometida, en la Sala Segunda del Tribunal Supremo por asimilación a los parlamentarios nacionales (art. 71.3 CE).

3.7. EXTENSIÓN DEL FUERO A NO AFORADOS: EL EFECTO ARRASTRE ANUDADO A LA CONEXIDAD

Cuando en la infracción atribuida a un aforado intervienen no aforados, la regla general es la atracción de la competencia marcada por el fuero personal a todos los enjuiciados (*vid.* arts. 11 y 272 LECrim). Eso supone sustraer a algunos justiciables de su, en principio, *juez natural*; así como privarles de algunos medios de impugnación. La jurisprudencia, basándose en alguna resolución del TEDH, se ve condicionada por la imposibilidad de convertir el órgano de casación en sede para la investigación y, en su momento, enjuiciamiento, de tramas con decenas de implicados, lo que podría llegar a colapsar el órgano o, al menos, a distraer sus medios personales y materiales de su principal función (nomofiláctica). Por eso se ha ido imponiendo una doctrina cada vez más restrictiva, de la que me limitaré a expo-

ner sus rasgos principales. La idea es que no basta la conexidad para ese efecto de *arrastré*; ni siquiera la eventualidad de sentencias contradictorias. Es necesario que pueda afirmarse de forma rotunda que es inescindible desde todo punto de vista el enjuiciamiento de los no aforados. La regla general se ha llegado a invertir: seguimiento de causas distintas, salvo que se evidencie que es imposible (*vid.* STS 64/2001, de 17 de marzo o AATS de 9 de septiembre de 2015 o 3 de noviembre de 2017).

Ítem más, solo cuando en la causa cuya instrucción generalmente ha de ser iniciada y seguida en sus primeros momentos por el correspondiente juzgado de instrucción, aparezcan perfilados con cierta contundencia indicios frente al aforado será aceptable la separación para elevar la correspondiente exposición razonada al órgano superior en que radica el fuero, visión harto restrictiva que ha sido objeto de críticas (Matia Portilla, 2020: 192). Esta jurisprudencia *autodefensiva* provoca disfunciones cuando se combina con las causas de interrupción de la prescripción. El efecto interruptivo se produce cuando *el procedimiento se dirige contra el presunto culpable*. Se hace difícil sostener que un procedimiento que se sigue ante un órgano no competente se está dirigiendo contra un aforado (*vid.* la similitud de las expresiones de los arts. 309 LECrim y 132.2 CP).

El art. 36.2 de la LECrim de 2020 sale al paso de esta doctrina jurisprudencial con la siguiente previsión: «Si en un procedimiento aparecen simultáneamente encausadas personas sujetas a distintos fueros, todas ellas quedarán sometidas al órgano competente por razón del aforamiento sin que, en ningún caso, pueda dividirse la causa».

Las dificultades para el derecho de defensa que podía originar el retraso en la incorporación oficial del investigado aforado al procedimiento trataron de paliarse con la previsión del art. 118 bis LECrim. No parece que exista dificultad para aplicar tal norma de forma extensiva a aforados distintos de los diputados y senadores nacionales, los únicos allí mencionados.

4. ANOTACIONES SOBRE EL ÁMBITO OBJETIVO DE LOS AFORAMIENTOS

Por razón de su extensión, los aforamientos pueden ser universales (se extienden a todas las infracciones penales, sea cual sea su naturaleza); o relativos o condicionados (solo afectan a los delitos cometidos en el ejercicio del cargo, que determina el régimen especial de competencia). Como se ha visto, en nuestro actual ordenamiento todos los fueros son universales o absolutos, salvo el previsto para los jueces, magistrados y fiscales no situados en los escalones superiores de las respectivas carreras, o para los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad. La reforma constitucional que impulsó el Gobierno, pronto olvidada en algún desconocido cajón de algún Ministerio, se basaba, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Estado, en la drástica reducción de los fueros absolutos (seguramente, solo habría de subsistir con ese carácter el de determinados miembros de la familia real). Como ya he apuntado, esa perspectiva es coherente con con el fundamento del fuero más ligado a la función, al cargo, que a la persona que ostenta el cargo.

La interpretación de lo que ha de entenderse por *ejercicio de las funciones* merece una comprensión restrictiva que ha sido desarrollada por el TS especialmente en relación con los delitos imputados a agentes policiales.

Hay otras dos cuestiones *de lege lata* que afectan al ámbito objetivo de los aforamientos y que merecen ser abordadas: la relación de los fueros con los delitos leves y con los delitos atribuidos al Tribunal del Jurado.

4.1. FUEROS Y DELITOS LEVES

Con criterio discutible, la jurisprudencia vino entendiendo que estos fueros solo afectaban a las causas por delito y no a los juicios de faltas. Detrás de ese criterio, aunque con revestimiento dogmático no despreciable, latía también cierto ánimo defensivo que huía espantado ante la perspectiva de convertir las Salas del edificio de las Salesas en una sede para la celebración de juicios de tráfico, insultos o trifulcas sin relevancia.

Los AATS de 22 de mayo de 1981; de 17 de enero y 13 de marzo de 1992; de 7 de mayo de 1993; de 25 de abril de 2001; de 7 de octubre de 2004, o, más recientemente, de 23 de septiembre de 2010 han mantenido este criterio basándose en una interpretación literal de los arts. 71 CE, 57.1.2º LOPJ y 750 LECrim (referencias a «causas» y a «causas por delito», así como los términos inculpar o procesar). La argumentación concluía que, cuando de faltas se trataba, no existía aforamiento ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Cuestión distinta, para diputados y senadores, sería dilucidar si se exige o no suplicatorio. Algún autor mantuvo que, en la medida en que este tipo de infracciones no llevaban aparejada pena privativa de libertad ni inhabilitación, la condena difícilmente podría perturbar el funcionamiento de las Cámaras o alterar su composición, lo que, puesto en relación con el fundamento de la prerrogativa, abonaría la tesis de su no necesidad. Pienso que, en todo caso, era y es necesario el suplicatorio, aunque deberá instarlo el órgano competente, es decir, el juez de instrucción, sin perjuicio de cursarlo a través de la Sala Segunda, cuya intervención se limitaría a una tramitación formal de la petición y no tendría capacidad alguna para revisar la decisión del juez de instrucción (AATS de 4 de diciembre de 1981, de 22 de octubre de 1982, de 6 de marzo de 1985, de 15 de enero de 1992 y de 7 de mayo de 1993 —recaído, este último, en la causa especial 690/1993—). De esa forma, el art. 5 de la Ley de 1912 que establece que «solo al Tribunal Supremo» corresponde esa facultad, sería objeto de una interpretación correctora. Esta doctrina dio lugar a un cierto enfrentamiento con el Senado en 1985, controversia que permaneció latente; los servicios técnicos de tal Cámara sostuvieron que el suplicatorio debía rechazarse *a limine* al no provenir directamente del Tribunal Supremo, órgano que consideraban igualmente competente para el conocimiento de las faltas.

Tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, que suprimió las faltas, pero mantuvo algunas de ellas y las encuadró en la nueva categoría de delitos leves, pierden toda capacidad suasoria ambos argumentos (tanto el gramatical —*causas por delito*— como

el teleológico —imposibilidad de afectar a la función parlamentaria—. Pese a ello, subsiste el argumento *freudiano* (exteriorizado con forma de argumento histórico): el Tribunal Supremo se ha decantado por mantener la excepción; así, los delitos leves escapan al fuero competencial en parangón con las derogadas faltas, (AATS 20 de diciembre de 2017 y de 8 de enero de 2018). Se aduce otra razón complementaria de tipo procesal: se ha mantenido el juicio de faltas para enjuiciar los delitos leves.

4.2. TRIBUNAL DEL JURADO Y FUEROS

¿*Quid* de la comisión por un aforado de delitos competencia del Tribunal del Jurado?

Carece de sentido proyectar el fuero a esos delitos. En verdad cambiará el órgano instructor. También el rango o categoría del magistrado presidente. Pero nueve ciudadanos elegidos para operar como colegio de jurados en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo no pueden ser en nada distintos a otros nueve ciudadanos que integren el jurado en el marco de una audiencia provincial. El fuero no se traducirá en un enjuiciamiento (al menos en el plano fáctico) por jueces con mayor experiencia y arrastrará todos sus inconvenientes (limitación de recursos). En una reducción algo grosera, pero esencialmente exacta, la eficacia del fuero quedará limitada al órgano instructor (un componente de la Sala del Tribunal Superior de Justicia) y a la eliminación del recurso de apelación. El enjuiciamiento en sí, aunque completado en los aspectos jurídico y procesal por el magistrado presidente, que habrá de ser uno de los integrantes de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, estará residenciado en nueve ciudadanos, un colegio esencialmente igual en su selección, cuerpo de candidatos, formación, etc. al que habría de formarse en el seno de la Audiencia Provincial.

Para *sus* aforados, el Tribunal Supremo pronto excluyó el Jurado. El enjuiciamiento en el Tribunal Supremo no es compatible con un proceso por Jurado. El argumento, basado en la dicción de los arts. 71 y 102 CE (Circular 3/1995 de la Fiscalía General del Estado), valdría solo para los fueros constitucionales. Pero *de facto* se extiende a todos. El ATS de 9 de febrero de 1999, plasmando la decisión previamente adoptada por la Junta General de la citada Sala de conformidad con el art. 264 LOPJ en su reunión de 27 de noviembre de 1998, estableció ese criterio con el mismo argumento: el art. 57 LOPJ no ha sido modificado por la LOTJ y la Sala Segunda del Tribunal Supremo no puede equipararse a un órgano jurisdiccional *ad hoc* compuesto por los nueve jurados que han de emitir el veredicto, aunque sean presididos por un magistrado de dicha Sala.

Otra interpretación se impone —y se ha impuesto— en relación con los aforamientos en los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos si no se quiere vaciar de contenido la alusión a *otros tribunales* del art. 83.1 LOPJ.

4.3. FUEROS Y JUICIOS RÁPIDOS

No parece factible el seguimiento para aforados de la modalidad de enjuiciamiento rápido introducida en la reforma procesal penal de 2002. Teóricamente, ninguna razón dogmática o mención legal se opondría a ello. Pero *de facto*, la inusual incoación de estos procesos en virtud de un atestado, la imposibilidad habitual de una detención y, sobre todo, en el caso de los parlamentarios —y el inevitable frenazo que hay que dar en la tramitación para solicitar el suplicatorio, lo que supondrá una paralización incompatible con esta modalidad procesal— hacen poco viable el enjuiciamiento rápido o acelerado para aforados. Eso no ha impedido al TS aplicar a diputados o senadores la conformidad privilegiada del art. 801 LECrim.

5. ÁMBITO TEMPORAL DEL FUERO

5.1. INICIO Y TÉRMINO

Los aforamientos no menoscaban el derecho a la determinación legal del juez. El art. 14 LECrim tiene rango de ley, al igual que el art. 57 LOPJ o el art. 65 de la misma LOPJ. Es la ley la que está llamada a fijar el órgano judicial competente y, para hacerlo, pueden manejarse los criterios que parezcan más oportunos dentro de cierta racionalidad.

Ahora bien, en determinados casos sí puede influir la necesidad de *predeterminación* del juez competente. La CE no habla de juez determinado por la ley sino *predeterminado*. El prefijo introduce un elemento cronológico que exige un referente: *pre* significa *antes de*. ¿Antes de qué? Idealmente, caben tres interpretaciones: antes de que se inicie el proceso (lo que determinaría la *perpetuatio* en el momento de incoación de las diligencias); antes del juicio oral (lo que permitiría que una reforma legal o determinadas incidencias sobrevenidas provocasen durante el proceso variaciones de la competencia); o antes de la comisión del hecho (que sería la fecha a tomar en consideración para fijar una competencia ya inmutable en virtud de la norma constitucional).

En un plano estrictamente canónico, me parece que esta última es la opción más ortodoxa. Las modificaciones de competencia, pendiente el proceso, están vedadas también para el legislador: la ley ha de ser previa a su incoación. Y se me antoja que, en el ámbito penal, la fecha del delito debe ser la determinante. En este momento, el juez competente para el enjuiciamiento lo será con independencia de que se produzcan modificaciones legales posteriores.

La combinación de esta regla (que no es normalmente asumida ni por el legislador ni por la jurisprudencia) con los fueros, provoca disfunciones, en la medida en que el fuero puede adquirirse y perderse estando pendiente el proceso. Se trata de una circunstancia bastante habitual, dada la proverbial lentitud de la justicia, tan poco acorde con los ritmos vertiginosos de la vida política y la interacción entre lo judicial y lo político: la imputación,

la apertura de una causa penal, determinará a veces la dimisión del cargo, y otras, el apartamiento de las listas en la siguiente convocatoria electoral.

Es criterio pacífico —que probablemente carece de una posible alternativa exegética— que el acceso al cargo que lleva aparejado un fuero procesal supondrá un cambio sobrevenido de competencia. Las causas pendientes contra quien adquiere el fuero deberán reenviarse al tribunal donde radica el aforamiento, aunque en alguna medida queden erosionadas, debilitadas o matizadas las exigencias de la *predeterminación*. En cuanto a los diputados y senadores, esa regla está expresamente proclamada en el párrafo 2º del art. 751 LECrim en referencia avalada por el art. 22.1.2º del Reglamento del Senado. A partir de ese momento, desplegará toda su eficacia el fuero procesal especial, obligando al juez o tribunal que estuviese conociendo de la causa a remitirla a la Sala Segunda del TS (art. 2.2 de la Ley de 1912). Ese criterio rige incluso en aquellos casos en los que se ha procedido ya a la apertura del juicio oral, a diferencia del supuesto inverso. Es *praxis* uniforme.

El supuesto, muy habitual, de la pérdida de la condición de aforado arrastra a su vez como contrapartida y según *praxis* hoy ya pacífica, la modificación sobrevinida de la competencia, salvo que estuviese decretada la apertura del juicio oral, según puntualización realizada por la jurisprudencia. Una reiterada jurisprudencia que, en contra de lo afirmado en el párrafo final del art. 1 de la Ley de 1912, consagra el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* de la Sala Segunda del TS, ha aplicado idénticos efectos al fuero de los diputados o senadores (o, por extensión, de cualquier otro cargo con fuero): la pérdida de ese estatus lleva aparejado el cese de la competencia de la Sala Segunda del TS (o, en su caso, del TSJ) y la necesidad de remitir la causa al órgano que resulte competente para la instrucción o enjuiciamiento según la fase procesal en que se halle el proceso (AATS de 24 de marzo de 1983, de 21 de marzo de 1984, 8 de julio y de 6 de octubre de 1986, y 12 y 27 de julio de 1993, recaídos, respectivamente, en las causas especiales 2020/1991 y 1190/1991 o 24 de septiembre de 1998 —causa especial 2990/1994—. Esta interpretación jurisprudencial ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en la STC 22/1997, de 11 de febrero. Solo cuando se ha abierto el juicio oral queda fijada ya la competencia a estos exclusivos efectos (Cfr. STS 869/2014, de 10 de diciembre, que aplica el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 2 de diciembre de 2014). Por su parte, el Anteproyecto de la LECrim de 2020 consagra ese criterio: «Si antes de la apertura del juicio oral deja de dirigirse el procedimiento contra la persona aforada, se pasarán los autos al tribunal que sea competente» (art. 36.5).

No me parecen totalmente satisfactorios esos criterios, que comportan modificaciones sobrevinidas de la competencia en razón de circunstancias que, en buena parte, dependen del justiciable (presentarse a unas elecciones, aceptar un cargo, dimitir). De esa forma, la elección del juez queda, en alguna medida, en manos del justiciable. Los fueros no son renunciables, pero sí los cargos a los que están anudados.

Solo hay en la jurisprudencia una excepción a estas reglas: los fueros de los jueces y magistrados por los delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, que subsisten aunque el acusado haya perdido la condición de juez o magistrado por jubilación, expulsión, renuncia o cualquier otra causa. Si en esos casos el fuero se establece por la materia (delitos cometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional), que exige que su supervisión sea

realizada por órganos superiores, lo de menos es que se mantenga o no la condición del acusado. Lo relevante es la actividad que se está fiscalizando desde una perspectiva penal.

El ATS de 19 de noviembre de 1999 de la Sala Segunda se inclinó por la aplicación del criterio general: cuando el magistrado sometido a proceso penal por delitos perpetrados en el ejercicio de la función judicial deja de ostentar esa condición (por renuncia, jubilación, cese o cualquier otra causa), el fuero decae. En materia de mantenimiento o no del fuero en caso de jubilación de magistrados, anteriormente se habían mantenido criterios contrapuestos en diversas resoluciones (*vid.* AATS de 28 de noviembre de 1988, de 13 de febrero de 1986, de 30 de diciembre de 1988 o de 27 de enero de 1987, este último de la Sala especial del art. 61, en el que, en contra de la tesis más frecuente entonces, se retuvo la competencia pese a la pérdida del cargo, pues, como declaró el TS: «Más al tratarse de imputación de un delito cometido en el ejercicio de sus cargos, la garantía, que no privilegio, de la función desempeñada establecida en los arts. 757 y siguientes LECrim debe perdurar más allá de la jubilación, pues en otro caso se malograría la finalidad pretendida por la ley»). El criterio del ATS de 19 de noviembre de 1999 (recaído en la causa especial 1920/1998: renuncia a la condición de magistrado) ha sido revisado y las SSTs 1737/2000 de 4 de abril y 1245/2001 y de 5 de noviembre precisaron que, en el caso de jueces y magistrados enjuiciados por delitos cometidos con motivo de sus funciones, el fuero se mantiene, pues tiene un carácter mixto y trata, entre otras cosas, de evitar que una actividad jurisdiccional pueda ser revisada por un órgano inferior. Esos aforamientos operan en razón de su objeto: siempre que se trate de delitos cometidos en el ejercicio de la función judicial. Cuando se trata de delitos cometidos por jueces o magistrados en el ejercicio de sus funciones, su enjuiciamiento penal supone también una fiscalización o revisión de su actividad jurisdiccional y esta idea está presente en la configuración legal de este fuero especial. El sistema jerárquico de organización del poder judicial exige que las resoluciones de los órganos judiciales solo puedan ser revisadas por los órganos superiores en el ejercicio de sus competencias. Cuando en el ejercicio de esa actividad jurisdiccional se comete un delito, la coherencia del sistema excluye que otro órgano judicial pueda fiscalizar y revisar la actuación judicial de otro órgano de igual rango y jerarquía. En apoyo de este argumento militan las reglas especiales de competencia, que rigen también, con ciertos matices, en el orden jurisdiccional civil para conocer de las demandas de responsabilidad civil contra jueces y magistrados (arts. 56.3º, 61.1.3º, y 73.2.b LOPJ). Por eso, en virtud de los arts. 57 y 61 LOPJ, interpretados de una forma sistemática, y en relación con los delitos ajenos al ejercicio de la función jurisdiccional, el fuero sería temporal y conectado exclusivamente a la permanencia en el cargo, mientras que, en lo atinente a los delitos por hechos cometidos en el ejercicio de la actividad judicial, el fuero sería permanente y subsistiría aunque se hubiese cesado en el cargo.

El supuesto especialísimo del aforado cuya condena es anulada por el TC, que ordena reponer las actuaciones al momento anterior al enjuiciamiento, es analizado por la STS 467/2002, de 8 de marzo. Habiendo cesado ya en el cargo en el momento de afrontar el nuevo juicio oral, se atribuyó la competencia al tribunal ordinario, y no al establecido para el cargo que ostentaba cuando se celebró el juicio oral posteriormente anulado. Dado que

el pronunciamiento del TC retrotraía las actuaciones «[...] al momento inmediatamente anterior a la convocatoria del juicio oral» y que el Alto Tribunal determinó que solo procedía a la anulación respecto de uno de los enjuiciados, había de mantenerse el fuero, puesto que «[...] carecería de toda lógica y de todo fundamento legal que unos hechos —objeto de la misma causa penal— en los que han estado implicadas distintas personas —aforados o no— fuesen juzgados por dos órganos jurisdiccionales diferentes, cuando, además, la persona aforada —en este caso, el hoy recurrente— en el momento al que deben retrotraerse las actuaciones —que es al que, en definitiva, ha de estarse al objeto examinado— tenía la condición de aforado». La cuestión no está totalmente clara y posiblemente merecerá en cada caso una solución ajustada a las circunstancias presentes: en el supuesto examinado, parece que pesaba demasiado el hecho de que la sentencia inicial fuese ya firme respecto de otros enjuiciados no aforados, con lo que la paradoja hubiese sido clamorosa. En la misma causa, el aforado habría sido juzgado por el tribunal ordinario y el resto de acusados por el tribunal especial para aforados (!).

Cuando ya ha recaído sentencia, el fuero pierde toda incidencia. Mi criterio es que, desde el momento en que se declara el juicio *visto para sentencia*, las modificaciones en la competencia derivadas de la adquisición de un fuero carecerán de eficacia: la competencia para conocer de los recursos y la ejecución quedarán determinadas por referencia al órgano que dictó la sentencia. Así lo afirma, entre otras, la STS 1952/2000, de 19 de diciembre, que traduce en términos jurisdiccionales el acuerdo de la Junta General de Magistrados de la Sala Segunda del TS de adoptado el 15 de diciembre, que analiza el problema que se plantea en el caso de que la persona acceda a la condición de senador cuando la sentencia condenatoria está pendiente de recurso de casación. Tras analizar la normativa existente, el texto afirma que «[...] todo el aparato protector se contempla en relación con los supuestos de detención, inculpación o procesamiento, pero no está previsto para las fases de recursos posteriores», por lo que llega a la conclusión de que «[...] cuando nos encontramos ante una sentencia definitiva, y la condición de senador se adquiere durante la fase de los recursos, no se estima necesaria la solicitud de suplicatorio». En relación con el suplicatorio —no en cuanto al fuero—, esa ha sido la tesis que ha marcado las decisiones adoptadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el denominado juicio del *procés* ante la adquisición de la condición de parlamentarios de algunos de los procesados.

Las consideraciones precedentes me llevan a ver con simpatía, también desde este punto de vista (ámbito temporal de los fueros), la idea de vincular los fueros a los delitos cometidos con motivo u ocasión del desarrollo del cargo. Esa regla zanjaría los problemas del ámbito temporal del fuero: todos los delitos cometidos en el ejercicio de ese cargo con independencia de que este siga ostentándose o no en el momento del enjuiciamiento. Ninguna fricción con el derecho constitucional al juez ordinario *predeterminado* por la ley.

En el caso del art. 55 bis LOPJ, dada la peculiaridad del *cargo* (más condición que cargo), si se mantiene, el fuero debería ser universal: en cierto sentido, todo lo que hacen los miembros de la familia real lo hacen como miembros de la familia real: son distinguibles jurídicamente los actos oficiales y las actuaciones privadas, pero estas últimas no dejan de ser actuaciones de un miembro de la familia real.

5.2. BASE INDICIARIA NECESARIA PARA LA ACTIVACIÓN DEL FUERO

El art. 309 LECrim dispone: «Si la persona contra quien resultaren cargos fuere alguna de las sometidas en virtud de disposición especial de la Ley Orgánica a un tribunal excepcional, practicadas las primeras diligencias y antes de dirigir el procedimiento contra aquella, esperará las órdenes del tribunal competente a los efectos de lo prevenido en el párrafo segundo y última parte del quinto del artículo 303 de esta Ley».

Apareciendo en la causa indicios de culpabilidad contra un aforado, el art. 309 LECrim —en concordancia con el párrafo último del art. 303 del mismo cuerpo legal— prohíbe al juez de instrucción avanzar en el procedimiento para dirigirlo contra el aforado, con una sola excepción: la práctica de lo que el art. 309 denomina primeras diligencias, a las que hace referencia el párrafo último del art. 303 aludiendo a las «medidas de precaución» necesarias para evitar la ocultación del delito en casos urgentes. En la misma línea, y en relación con los diputados y senadores, el art. 2.1 de la Ley de 9 de febrero de 1912 alude a «[...] las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito o la fuga del delincuente».

Las restricciones que inspiran esa norma no se corresponden con la *praxis*. La idea que quería transmitir el legislador era que, ante la aparición de indicios contra un aforado, el instructor ordinario habría de limitarse a lo inaplazable: el levantamiento del cadáver, una entrada y registro, la ocupación de los instrumentos del delito, la recogida del cuerpo del delito y piezas de convicción (arts. 334 ss. LECrim), la autopsia (arts. 343 y 353 LECrim)... *Mutatis mutandi*, las expresiones de los arts. 303, 309 y 13 LECrim evocan las «actuaciones inaplazables» a las que se refiere el art. 24 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

El apartamiento de lo que parece ser la percepción legal ha venido de la mano de la jurisprudencia, que, con algún componente de autodefensa, desde hace años ha ido perfilando una doctrina a tenor de la cual la asunción de la competencia de la causa seguida contra el aforado solo procederá cuando se aprecie un cuadro indiciario de cierto nivel. Es esa una doctrina de contornos difusos e imprecisos que dota de cierta elasticidad y voluntarismo a las decisiones, asumiendo la competencia o rechazándola solo provisionalmente

¿Qué grado de verosimilitud o de fundamento se exige a los indicios que se atribuyan al aforado para que entre en juego el fuero especial?

Las referencias legislativas no arrojan demasiada luz al respecto. El art. 309 LECrim habla genéricamente de situaciones procesales en las que «resulten cargos» contra un aforado. Del tenor literal de este artículo se infiere, por otra parte, que será el momento en que deba «dirigirse el procedimiento» contra el aforado el indicado para paralizar la instrucción y ponerlo en conocimiento del TS. El art. 303 alude a aquellos delitos que «[...] por su naturaleza [...] solamente pueden cometerse por autoridades o funcionarios sujetos a un fuero superior». En la mayoría de las ocasiones, las normas que fijan fueros personales se refieren a «causas»; en otras, a la «exigencia de responsabilidad criminal». ¿Cuándo deben reputarse suficientes los indicios para que el instructor proceda en la forma prevista en el art. 309?

Pienso idealmente que, desde el momento en que exista una imputación a un aforado que no haya sido rechazada frontalmente por los motivos previstos en el art. 269 LECrim (no ser los hechos constitutivos de delito o resultar manifiestamente falsos), el fuero deberá operar, sin perjuicio de que, en caso de un eventual archivo o sobreseimiento respecto del aforado, las actuaciones sean devueltas al juez o tribunal ordinarios. El art. 272.2º LECrim abona esta interpretación: la imputación a un aforado mediante querrela determina la aplicación del fuero, entre otros argumentos, dado que otras interpretaciones conducirían a la conclusión de que la interrupción de la prescripción no opera frente al aforado hasta que el órgano competente asuma la causa: nótese la similitud entre el art. 309 LECrim y el art. 132.2 CP.

Pero como se ha anticipado, muy distinta viene siendo la tónica que en este punto está marcando la jurisprudencia y que acabó contagiando también al legislador (art. 118 bis LECrim introducido en virtud de la Ley Orgánica 7/2002, de 5 de julio).

En ocasiones, el TS no ha dudado en aceptar la causa cuando se dirigía, aun sin fundamento suficiente, contra aforados, hasta el punto de que, tras aceptar la competencia, ha estimado que no existe base ni para dar el traslado previsto en el art. 118 LECrim. Pero junto a ese tipo de actuaciones han proliferado —hasta convertirse en algo muy frecuente— las resoluciones del TS en las que se ha aplicado un criterio marcadamente restrictivo a la hora de aceptar su competencia por implicación de un aforado, al entender que, en materia de fueros, únicamente puede fijarse la competencia de la Sala Segunda cuando se compruebe que existen indicios fundados de responsabilidad frente a un imputado. No basta cualquier sospecha o conjetura. No son suficientes las posibilidades más o menos cercanas al indicio o las alusiones indirectas. Paradigmático y pionero en esa línea sería el ATS de 13 de enero de 1995 (Causa especial 2760/1994). Partiendo de la necesaria hermenéutica restrictiva con que ha de interpretarse la competencia de la Sala Segunda para la instrucción y enjuiciamiento y de la necesidad de preservar su auténtica función nomofiláctica, la resolución establece que, para asumir la competencia, los indicios de responsabilidad del aforado deben ser claros: «El auto del Juzgado —razona el TS— toma como bases para la atribución competencial a esta Sala unos datos que estima, anticipadamente, como decisivos; para concluir que “todos estos datos nos parecen suficientes para considerarlos indicios serios o graves de su participación en el hecho objeto de investigación, en el mejor caso para él en grado de encubridor”; y tal conclusión lo único que muestra es que la instrucción está en agraz y que por ello, sin violentar los principios expresados, no cabe asumir una competencia alejada de los fines previstos en los arts. 299 y concordantes de la LECrim».

En la misma línea se pronunció el ATS de 2 de diciembre de 1994 (Causa especial 2990/1994), resolución tras la que aletea cierta queja por el hecho de que los magistrados del TS deban dedicarse a estas causas especiales en detrimento de sus funciones como miembros de un órgano de casación: «La denuncia que da origen al oficio remititorio del fiscal general del Estado no señala ni designa por su nombre a persona alguna que, por su cargo, pudiera motivar la actuación inicial de esta Sala, limitándose a solicitar de la mencionada autoridad que abra una investigación sobre el uso presuntamente delictivo, de los fondos reservados del Ministerio del Interior durante los años 1987 a 1994 [...] El

carácter excepcional de la competencia instructora y de enjuiciamiento atribuida a esta Sala —que tiene como principales y genuinas funciones el conocimiento de los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios que establezca la ley—, no permite poner en marcha los mecanismos de investigación ante denuncias impersonales y generalizadas que no señalen a una persona concreta y perfectamente determinada como presunto autor de un hecho punible. Según el art. 123.1 CE, el TS es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías jurisdiccionales (*sic*: deben ser “constitucionales”). La admisión indiscriminada de denuncias innominadas contra hipotéticos aforados desbordaría el carácter residual y rigurosamente excepcional de los fueros personales, acumulando innecesariamente sobre esta Sala tareas instructoras en asuntos de indudable complejidad que exigen una actividad específica con serio riesgo de paralización de sus funciones casacionales y revisoras». En esa misma causa, años después y tras una extensa investigación el instructor volvió a dirigirse a la Sala de lo Penal del TS a los efectos del art. 309, entendiendo que habían aparecido indicios frente a aforados. El ATS de 25 de septiembre de 1996 volvía a rechazar de momento su competencia recordando que «[...] no debe iniciarse hasta el momento en que sea absolutamente imprescindible dirigir las actuaciones en una dirección que afecte a personas que tengan la condición de aforadas en el Tribunal Supremo».

Numerosas resoluciones posteriores han reiterado con insistencia esa interpretación restrictiva, exigiendo que existan indicios fundados o serios (AATS de 14 de noviembre de 1996 o de 15 de febrero de 2002, dictado éste en la causa especial 3880/2000); o una imputación clara y concreta (AATS 15 de septiembre de 1999 —Causa especial 2310/1999— o de 3 de noviembre de 1999 —Causa especial 2670/1999—); o, al menos, un mínimo apoyo probatorio (ATS de 16 de marzo de 1998).

Aunque se limite a los aforamientos parlamentarios, el FJ 2 de la STC 68/2001, de 17 de marzo (caso *Marey*) se hace eco de esa línea jurisprudencial, considerándola correcta desde el punto de vista constitucional: «La determinación concreta del momento preciso en el que la instrucción de la causa ha de elevarse a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por poder resultar implicado en la misma un miembro de las Cortes Generales no ha sido establecida por el legislador postconstitucional, recogiénose como único criterio en la normativa reguladora de la garantía de aforamiento prevista en el art. 71.3 CE para diputados y senadores la genérica referencia del art. 2 de la Ley de 9 de febrero de 1912 a la aparición de “indicios de responsabilidad contra algún senador o diputado”. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su función de intérprete de la preconstitucional Ley de 9 de febrero de 1912 (STC 22/1997, FJ 8), viene entendiendo, en una consolidada línea jurisprudencial que se inicia, al menos, con el ATS de 28 de abril de 1993, y que constituye hoy un consolidado cuerpo doctrinal (AATS de 21 de enero de 1995, de 9 de junio de 1995, de 17 de julio de 1995, de 18 de julio de 1995, de 15 de septiembre de 1995, de 11 de septiembre de 1996, de 27 de septiembre de 1996, de 29 de enero de 1998, de 21 de abril de 1998, de 23 de abril de 1998, de 6 de julio de 1998 y de 21 de noviembre de 1999, entre otros), en el que se enmarcan la sentencia ahora recurrida en amparo y el criterio mantenido por el juez instructor, que no basta para la operatividad

de la prerrogativa de aforamiento del art. 71.3 CE la mera imputación personal, sin datos o circunstancias que la corroboren, a un aforado, requiriéndose la existencia de indicios fundados de responsabilidad contra él, dado que los aforamientos personales constituyen normas procesales de carácter excepcional que, por tal circunstancia, deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente [...]. Pues bien, esta doctrina jurisprudencial y, por consiguiente, la exigencia de que existan indicios o sospechas fundadas con una mínima verosimilitud o solidez sobre la participación de un diputado o senador en los hechos objeto de investigación penal para que entre en juego la garantía de aforamiento especial prevista en el art. 71.3 CE, no pueden ser en modo alguno calificadas de irrazonables o arbitrarias, ni tildadas de contrarias o desconocedoras de la finalidad a la que sirve dicha garantía, ni del contenido absolutamente indisponible de ésta establecido en el art. 71.3 CE, ni nada al respecto se argumenta en la demanda de amparo. Y ello toda vez que la concreta inculpación del aforado no se produjo hasta el momento en que, apreciados por el juez instructor indicios fundados o dotados de una mínima verosimilitud sobre su posible participación en los hechos investigados, tal apreciación, al serle elevada la causa, fue confirmada y ratificada por el Tribunal Supremo y este reclamó o declaró su competencia jurisdiccional para conocer del asunto, asumiendo entonces, como consecuencia de la verosímil implicación de la persona aforada, la instrucción de la causa. Solo entonces, y no antes, por poder afectar realmente a un aforado, se justifica la cognición de la causa por el Tribunal Supremo y la misma puede dirigirse contra aquel. Por el contrario, según las tesis que mantiene el demandante de amparo, bastaría la mera imputación personal a un aforado, cualquiera que fuera la credibilidad que le mereciera al juez instructor y sin necesidad de la existencia de otros datos o circunstancias que la corroborasen, para la atracción de la competencia a favor del Tribunal Supremo, lo que no dejaría de implicar, especialmente ante denuncias, querellas o imputaciones insidiosas o interesadas, una desproporcionada e innecesaria alteración del régimen común del proceso penal. En definitiva, si bien ciertamente no es la única interpretación posible que cabe efectuar de la normativa reguladora de la garantía de aforamiento especial *ex art.* 71.3 CE, la doctrina jurisprudencial de la que discrepa el demandante de amparo preserva y no merma la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización del aforamiento, que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, no es otra que la de proteger la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio poder judicial frente a potenciales presiones externas o las que pudiera ejercer el propio encausados por razón del cargo político e institucional que desempeña (STC 22/1997, FJ 7)».

No es suficiente, por tanto, que aparezca mencionado un aforado o que se aventure la posibilidad de que, en el curso de la investigación, puedan aparecer datos incriminatorios contra él. Es necesario que se detecten indicios de responsabilidad que conlleven la necesidad de dirigir el procedimiento contra el aforado. No obstante, en la jurisprudencia también parecen detectarse elementos diferenciales: si los únicos implicados son aforados, existe una mayor proclividad a aceptar la competencia desde los primeros momentos. Cuando existen implicados, aforados y no aforados, el TS tiende a exigir que los indicios reúnan ciertas dosis de solidez para afirmar su competencia: el carácter excepcional del fuero —argumenta el ATS de 4 de enero de 2002 (Causa especial 6/2001)— «[...] justifica

el que esta Sala venga exigiendo, cuando se imputan actuaciones criminales a un grupo de personas y alguna de ellas tiene el carácter de aforado, no solo que se individualice la conducta concreta que respecto a este aforado pudiera ser constitutiva de delito, sino también que haya algún indicio o principio de prueba que pudiera servir de apoyo a tal imputación como persona concreta (véanse los AATS de 26 y 29 de enero de 1998 y de 7 de octubre de 1999, entre otros)». El ATS de 5 de diciembre de 2001, recaído en la misma causa especial, llega a afirmar casi con visos de generalización que «[...] cuando se imputan acciones criminales a diversas personas y sólo una de ellas es aforado, procede iniciar la investigación por aquellos que no gozan de fuero o privilegio».

Otro factor discriminatorio tácito para exigir más o menos robustez en los indicios suele venir determinado por la forma de imputación del aforado. Si se trata de una querrela directa, el Tribunal Supremo es más propenso a aceptar la competencia que si se trata de indicios aparecidos en el curso de un proceso seguido ante otro órgano judicial, aunque siempre con un criterio restrictivo (*vid.* ATS de 5 de diciembre de 2001, ya citado).

En mi opinión, la interpretación tan marcadamente restrictiva que se ha venido imponiendo, aun trayendo causa de muy atendibles razones, no es totalmente asumible ni respetuosa con la voluntad de la ley. Comporta un claro inconveniente: incurre en una petición de principio. El órgano competente no ha de asumir la causa en tanto no surjan indicios sólidos y bien fundados. Pero para que surjan esos indicios, es necesario realizar indagaciones sobre el aforado, lo que en definitiva significa que se le está investigando por un órgano que no es competente para ello. En la medida en que esa indagación supone investigar a un aforado, el órgano donde se establece el fuero debería ser el que asuma esas funciones, dando además cumplimiento al art. 118 LECrim, lo que, al menos hasta la reforma de julio de 2002, era dudoso que pudiese hacer el instructor ordinario en relación con un aforado.

5.3. DEMORAS EN LA COMUNICACIÓN AL TRIBUNAL COMPETENTE: CONSECUENCIAS

Cabe preguntarse qué consecuencias procesales se derivarían de una elevación tardía de la causa por el instructor al órgano donde está establecido el aforamiento, bien porque este considera que los indicios no son suficientes, bien porque estima que no atiende al mandato del art. 303.5º LECrim que habla del «plazo más breve posible» (expresión idéntica a la empleada por el art. 2.2 de la Ley de 9 de diciembre de 1912 para las causas contra diputados y senadores).

Normalmente, no podrá hablarse de nulidad. La jurisprudencia constitucional abona como premisa esa máxima restricción a la hora de plantear nulidades de la fase de instrucción por ese motivo. El principio de conservación de los actos judiciales ha llevado al citado tribunal a entender que la tramitación por un órgano incompetente no comporta la nulidad de lo actuado, sino la necesidad de que continúe el procedimiento el órgano competente (ATC 297/1987, de 11 de marzo).

De cualquier forma, desde el punto de vista práctico, creo que el instructor debe tener un criterio amplio y generoso a la hora de dar cuenta a los órganos superiores la posible implicación de aforados. No es él el competente para decidir si los indicios son suficientes o no: el instructor ha de limitarse a comunicar los datos y antecedentes al órgano superior y es este el llamado a decidir sobre su competencia (art. 52 LOPJ). Rechazarla no supone reproche alguno para el instructor que se habrá limitado a poner la cuestión en manos del único órgano con competencia para decidirla.

6. INSTRUCCIÓN Y ENJUICIAMIENTO: DESDOBLAMIENTO DEL ÓRGANO

Dada la imposibilidad constitucional de que un juez acumule las funciones de instrucción y de enjuiciamiento, se hace necesario articular un sistema que respete esa regla cuando se establecen fueros que abarcan toda la tramitación de la causa. Eso es lo habitual, con la única excepción de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, respecto a los que no se altera la competencia para instruir.

¿Sería trasladable ese modelo a todos los aforados? Alguna vez se ha propuesto con razones atendibles: ni los tribunales colegiados ni sus oficinas están diseñadas y preparadas para las tareas de investigación. De esa forma, además, se solventarían problemas relacionados con la distracción de esos órganos superiores de sus tareas principales (fijar doctrina) y se diluiría en alguna medida la percepción de los fueros como un privilegio.

No creo que esta propuesta sea viable. Ni siquiera con la apostilla de que el conocimiento de los recursos contra el instructor quedase desde el inicio radicada en el tribunal competente y no en la correspondiente AP.

Se diga o no, y se quiera confesar o no, en la fijación de los fueros late también una cierta desconfianza —justificada o no— ante la pluralidad de jueces, su diferente idiosincrasia y el miedo al azar. Por inconfesable que sea este hecho, institucionalmente se siente pavor de que un asunto políticamente sensible que afecta a un cargo público de relieve, acabe en la mesa de un juez desconocido cuyas formas de actuar se ignoran y pueda llegar a tratar con ligereza el asunto recurriendo a actuaciones precipitadas que, aunque fueran legales, no serían procedentes ni necesarias. Los aforamientos buscan también —y creo que es cierto— minimizar los riesgos de actuaciones menos razonadas o revestidas de cierta frivolidad, que se antojan más factibles en un país en que se admita casi sin restricciones la acción popular y se haya extendido en él una cultura política basada en el empleo de armas procesales, con motivo y sin él, como forma de combatir al adversario político. Se teme el mítico poder del juez de instrucción y se prefiere que respecto de ciertos cargos su exposición a ese poder esté más o menos centralizada en unos órganos que, por su experiencia y nivel, se suponen más *fiabiles* (Gómez Colomer, 2016: 289; y Espigado Guedes, 2013). Este discurso puede sonar heterodoxo. Subyacen al mismo algunas consideraciones y reflexiones que estaría dispuesto a aceptar (para los políticos, la carga de estar sometido a un proceso judicial puede ser más

gravosa que para personajes no públicos; en muchas ocasiones, se recurre a la acción popular con frivolidad; en general, los tribunales superiores ejercen su función con mayores de oficio y prudencia) y otras que son perversas y que deberían anatematizarse (pero que, en ocasiones, también pueden estar presentes en la cuestión de los fueros aunque no se verbalicen: cierto afán de ejercer un influjo sutil, pero real, en los órganos que conocen de casos en los que están involucrados aforados, lo que se revela imposible si el juez llamado a conocer esa causa puede ser cualquier juez de instrucción del país).

Quedan ahí estas reflexiones. A la vista de las mismas, se me antoja difícil y poco recomendable plantear la propuesta de reducir los fueros al enjuiciamiento.

La alternativa a esa fórmula, acogida por el legislador, es la asignación de las funciones instructoras a un magistrado del propio órgano que luego no formará parte la sala de enjuiciamiento. Así lo establecen los arts. 57.2, 61.2 y 73.4 LOPJ. El órgano jurisdiccional en que se residencia el fuero ha de desdoblarse —valga la expresión— por la exigencias del derecho a un juez imparcial y la imposibilidad de aunar en un mismo órgano las funciones de investigación y enjuiciamiento: entre los miembros de la sala ha de designarse un instructor que no formará parte de la misma en la fase de enjuiciamiento.

Habrà, por tanto, dos órganos diferenciados: el magistrado instructor y la sala. Fuera de ese principio general, la ley no se preocupa de establecer una distribución más detallada de las funciones de uno y otro órgano. En principio, parece claro que toda la actividad de instrucción corresponderá al magistrado unipersonal, funcionando como órgano de instrucción de la Sala Segunda del Tribunal Supremo o de la del TSJ, y todas las facultades de enjuiciamiento (las que desempeñan las audiencias provinciales y los juzgados de lo penal) vendrían atribuidas a la Sala colegiada.

Ahora bien, a la hora de descender a decisiones, actividades o resoluciones puntuales, ese aparentemente nítido reparto inicial de funciones se ensombrece, y surgen dudas en relación con determinadas actuaciones que no pueden catalogarse con total propiedad como actividad de instrucción, pero que tampoco queda claro que deban residenciarse en la sala. Nótese que la actividad del magistrado instructor de la Sala Segunda no ha de ser necesariamente toda la que realiza el juez de instrucción. Al menos así lo viene entendiendo la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que reserva para el órgano colegiado la decisión sobre la admisión a trámite o no de la denuncia o querrela. Otra cuestión dudosa (aunque resuelta finalmente en favor del instructor) es la determinación del órgano que adopta aquella decisión en los casos de diputados y senadores o de parlamentarios europeos. Se ha implantado un régimen de autonomía del instructor.

En otro orden de cosas, la *praxis* del TS —extendida a los TTTSJ— consiste en formar una sala diferente a la de la de admisión (que será la de enjuiciamiento) para conocer de los recursos contra las decisiones del instructor.

Esta mezcla de funciones en un mismo órgano, con desdoblamiento en funciones entre quienes son *pares*, constituye también una fuente de ciertas disfunciones. Quien hoy está revisando la decisión adoptada por su colega, mañana verá revocado o confirmado su auto por el magistrado al que días antes le anuló una decisión.

7. DOBLE INSTANCIA Y AFORAMIENTOS

Uno de los temas recurrentes en materia de aforamiento es la cuestión de la doble instancia. En la mayoría de los casos, el aforamiento supone la privación de un recurso de apelación. Si se sitúa en el TSJ, solo es posible la casación. En el caso de que el fuero radique en el TS, queda suprimida toda posibilidad de recurso. El TC no ha visto en esa limitación de recursos ningún problema de alcance constitucional, y ha entendido que la privación de algún medio de impugnación queda compensada por el hecho de que el enjuiciamiento se sitúa en un nivel jurisdiccional superior (SSTC 22/1997, de 11 de febrero y 69/2001, de 17 de marzo).

Para los detractores, es esta una razón más para acabar con los fueros procesales personales. Nótese, sin embargo, que algunos de los partidarios de mantener el sistema de fueros recurren al mismo argumento para sostener que no estamos ante un privilegio personal, sino ante una tutela del cargo desempeñado que incluso comporta *cargas* para quien lo ocupa (Matia Portilla, 2020: 186).

El art. 35.5 del Anteproyecto de la LECrim de 2020, en la actualidad sometido a información pública, introduce en este punto una peculiaridad que rompe la simetría procesal: en el caso de las sentencias dictadas contra aforados en primera instancia por un TSJ prevé un recurso de apelación ante el TS. Se sustituye la casación por una apelación, que es asumida por el TS y que, por tanto, ya en vía de fiscalización, conocerá no solo la casación y el recurso de queja, sino también la apelación en esos casos concretos.

8. REFLEXIONES FINALES

Los argumentos que se aducen a favor o en contra de los aforamientos son, a veces, reversibles. Acabo de referirme a la modulación que comporta de la doble instancia. Para unos supone la prueba de que no constituyen privilegio, sino una protección de la función; para otros es un inconveniente más de las muchas dificultades procesales que arrastra un sistema de aforamientos.

Igual ambivalencia rige respecto de razones ligadas a las garantías de imparcialidad y el blindaje frente a eventuales presiones del poder político. Para un sector de la doctrina, los órganos superiores, precisamente por su mayor rango y experiencia, tendrían mayor capacidad de resistir los eventuales intentos de influir en sus decisiones por parte de personas poderosas. Otros, en cambio, recelan abiertamente de esa apreciación, tildándola de *ingenua*, si no de *cínica*. En esos estratos superiores de la judicatura, en cuyo nombramiento ha podido tener influjo de una forma indirecta, pero real, el poder político, se detectaría una mayor tolerancia o incluso *más manga ancha* frente a comportamientos de los políticos con indicios delictivos (Gómez Colomer y Esparza, 2009: 262; Saiz Arnaiz, 2001: 138; o Martínez Alarcón, 2015: 438).

De forma paralela, lo que para algunos será aval de rapidez en la resolución y de rigor por la mayor experiencia y categoría de quienes realizarían investigación y enjuiciamiento, para otros constituye una disfunción, en la medida en que ni del TS ni los TSJ están preparados para afrontar esas tareas: están diseñados y concebidos para otro tipo de funciones y constituye una distorsión incrustar en ellos labores de investigación o de enjuiciamiento en la instancia. Esta observación es cierta.

La institución de la *acción popular*, singularidad de nuestro proceso penal, y la afición de los partidos políticos a *judicializar* la vida política mediante el uso y abuso de las querellas necesitarían, según se expone a veces, el contrapeso de los aforamientos (Arnaldo Alcubilla, 2021; o Matia Portilla, 2020: 201, 211 y 219). Ello justificaría el apartamiento de nuestro sistema del que impera en la mayoría de los países de nuestro entorno, en el que, o bien no existen fueros personales, o bien están muy limitados (Martínez Alarcón, 2015: 437 ss.).

Personalmente —aunque es un tema sobre el que no tengo una opinión firmemente asentada—, creo que debe huirse de las soluciones simplistas o poco matizadas. Pero hay puntos que se me antojan difícilmente no compartibles. Hay demasiados cargos con fuero procesal penal especial, y el fuero siempre suscita complejidades y disfunciones en el proceso que solo deben asumirse cuando están contrapesadas por los legítimos fines que se persiguen. Se hace necesaria una cierta labor de poda; aunque no se trata solo de escandalizarse farisaicamente ante las cifras, que siempre serán altas (hay aforamientos que no deben perderse y que son muy numerosos: el de los jueces). Hay que valorar cuáles tienen suficiente fundamento. Pienso especialmente en muchos cargos autonómicos, cuyo aforamiento me parece carente de justificación. Su combinación con la criticable composición de los tribunales autonómicos los hace especialmente perturbadores.

Como idea inspiradora, no es mal punto de partida vincular el fuero al ejercicio de la función, de forma que solo opere ante imputación de conductas realizadas con ocasión del cargo, criterio que, además, disiparía algunos de esos efectos problemáticos, pues el fuero no sería algo que aparece o desaparece con el cargo, sino que se proyectaría sobre la actividad ejercida que quiere supervisarse o fiscalizarse penalmente, con independencia de la suerte que hubiese corrido quien ostentaba el cargo.

El aforamiento ha de proteger el cargo, la función, el cometido público; no a la persona. Esa naturaleza instrumental ha de inspirar tanto el establecimiento o supresión de fueros como su interpretación.

¿Abolición total de los fueros? No. ¿Modulación? Sí, pero no a golpe de eslóganes simplistas y simplones.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LINERA y URÍA, César (1981): «Notas sobre el llamado fuero parlamentario», *La Ley*, 2, 957-962.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique (2021): *Las razones del aforamiento*, Madrid: BOE.

- BRETAL VAZQUEZ, José Manuel (1985): «Notas sobre la inmunidad parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15, 205-214.
- CHOZAS ALONSO, José Manuel (2016): «¿Hasta cuándo el peregrinaje de las causas judiciales de los aforados?», en I. Díez-Picazo, J. Vegas Torres y A. de la Oliva (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 779-806.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo (coord.) y Miguel PASQUAU LIAÑO (rel.) (2018): «Aforados: responsabilidad penal. Especial referencia al papel de los juzgados de instrucción y a la acción popular» (Conclusiones del seminario organizado por el CGPJ y celebrado en Madrid, 4-6 de abril).
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (1996): *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DOLZ LAGO, Jesús (2014): *El delito de tráfico de influencias ante la Lucha contra la Corrupción política en España*, Madrid: La Ley-Wolters Kluwer.
- ENTRENA CUESTA, Ramón (1997): «La independencia de los miembros de las Cámaras. Incompatibilidades y prerrogativas parlamentarias», en J.M Gil-Robles (dir.) y E. Arnaldo Alcubilla (coord.), *Los Parlamentos de Europa y el Parlamento Europeo*, Madrid: Cyan.
- ESPIGADO GUEDES, Diego (2013): «Los privilegios parlamentarios en cuestión.: Una revisión de la inmunidad y el aforamiento en el Derecho español», *ROED (Revista online de estudiantes de Derecho)*, 3.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido (2000): *El Juez natural de los parlamentarios*, Madrid: Civitas.
- GÓMEZ COLOMER, Juan L. y Iñaki ESPARZA (2009): *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009
- GÓMEZ COLOMER, Juan L. (2016): «Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento», *Teoría y realidad constitucional*, 38, 239-275.
- LÓPEZ GIL, Milagros (2000): «Las prerrogativas parlamentarias en el ordenamiento jurídico español», *Actualidad Penal*, 5, 91.
- MAGALDI PATERNOSTRO, María José (1995): «Procedimientos especiales y actuación de oficio de jueces y tribunales: análisis del procedimiento especial para el enjuiciamiento de Diputados y Senadores, *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales. Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVIII, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel (1994): «Procesos penales contra aforados», *Cuestiones de Derecho Procesal Penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, X, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz (2015): «El aforamiento de los cargos públicos. Derecho español y Derecho comparado», *Teoría y realidad constitucional*, 35, 437-478.
- MATIA PORTILLA, Edmundo (2020): «¿Hacemos bien suprimiendo los aforamientos de los parlamentarios?», *Prerrogativas e inmunidades en el sistema parlamentario* (seminario celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 27 y 28 de enero), 173-222.
- MUÑOZ CUESTA, Javier (2015): «Aforamiento: *perpetuatio iurisdictionis* cuando se pierde la condición de aforado antes del juicio oral y la imposibilidad de recurso para los que son juzgados por el TS», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3 marzo, 47-53.
- RAMOS RUBIO, Carlos (2020): «Los aforamientos en el ámbito autonómico», *Revista jurídica de les Illes Balears*, 19, 114-134.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2001): «Aforamiento y doble grado de jurisdicción», *Parlamento y Constitución. Anuario*, 5, 71-101.
- SAAVEDRA GALLO, Pablo (1988): «Privilegios personales de carácter jurisdiccional y procesal en materia penal», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, n. 0, 57-86.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián (2013): *Inviolabilidad e inmunidad de Diputados y Senadores: Derecho procesal parlamentario: excepciones al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos*, Madrid: La Ley.

VALIÑO CES, Almudena (2017): «El aforamiento en España: una particular prerrogativa a debate» en M.J. Sande Mayo, M. Martínez Pérez y R. Castillejo Manzanares (dirs.), *Nuevos debates en torno a la justicia española*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.