

INMUNIDAD Y AFORAMIENTO: ASPECTOS PROCESALES
INMUNITY AND PRIVILEGED JURISDICTION: PROCEDURAL ASPECTS

Julián Sánchez Melgar

Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

RESUMEN

Tanto la inviolabilidad como la inmunidad parlamentaria son excepciones constitucionalmente admitidas al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos que se reconocen al máximo nivel normativo en atención a un planteamiento históricamente finalista: la defensa de la institución parlamentaria frente a ataques que pretendan alterar la composición de las Cámaras. Frente a las prerrogativas de los parlamentarios —inviolabilidad e inmunidad—, en este trabajo tratamos de los contornos jurídicos de la inmunidad y, como consecuencia de ella, del aforamiento tanto desde el plano sustantivo como procesal, poniendo de relieve su evolución, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Junto a dichas notas, se tratan los aspectos procesales del aforamiento en la práctica seguida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que es la encargada de su tramitación, conforme a los arts. 71 y 102 de la Constitución española. Asimismo, se exponen las reformas procesales en lontananza, particularmente el Anteproyecto de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

PALABRAS CLAVE

Inviolabilidad, inmunidad, aforamiento, suplicatorio, denuncia, querrela, procedimiento, fianza, desistimiento, juicio oral, recursos.

ABSTRACT

The inviolability and parliamentary immunity are exceptions provided in the constitution in order to defend parliament against attacks whose objective is to alter the composition of the houses. this work analyzes the legal contours of immunity and, as a consequence of it, the privilege jurisdiction, both from a substantive and procedural level of such mechanism, highlighting its evolution, both in doctrine and in jurisprudence. Along with these notes, the procedural aspects of the privilege jurisdiction are discussed, in the practice followed by the Second Chamber of the Supreme Court, which is in charge of its processing, in accordance with arts. 71 and 102 of the Spanish Constitution. Finally, the work addresses future criminal reforms, particularly the one that affects the Criminal Procedure Law of 2020.

KEYWORDS

Inviolability, immunity, privilege jurisdiction, request, complaint, complaint, procedure, bond, withdrawal, oral trial, appeals.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2021.025>

INMUNIDAD Y AFORAMIENTO: ASPECTOS PROCESALES

Julián Sánchez Melgar

Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Sumario: PARTE PRIMERA. Inmunidad parlamentaria. Qué se entiende por delito flagrante. Inmunidad e igualdad. Características. Protección penal de la prerrogativa: los artículos 500 y 501 del Código Penal. Conclusión.

PARTE SEGUNDA. ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA TRAMITACIÓN DE LAS CAUSAS CONTRA AFORADOS. 1. La admisión a trámite de una querrela frente a un aforado. 2. Requisitos formales. 2.1. Poder especial: alcance. 2.2. Características. 3. En concreto: ¿denuncia o querrela? 3.1 Consideraciones críticas. 4. ¿Es posible la iniciación de oficio? 5. Presupuestos formales de admisibilidad. 5.1. Capacidad procesal. 5.2. Legitimación. 5.3. Competencia de la Sala Segunda o la Sala del 61 del Tribunal Supremo. 6. La relevancia penal de los hechos denunciados como criterio de admisibilidad. 7. La negativa expresión de que los hechos no sean constitutivos de delito, como modo de inadmisión de la querrela: significado. 8. Criterios para el rechazo de la querrela. 8.1. Cuando los hechos no sean constitutivos de delito. 8.2. Cuando no exista ningún principio de prueba que avale su verosimilitud. 8.3. Cuando no se individualice la conducta del aforado. 8.4. Cuando sean las querrelas absolutamente infundadas. 8.5. Cuando se denuncien hechos con la sola apoyatura en informaciones periodísticas. 9. La investigación preliminar del art. 410 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 10. Es preciso que en la causa aparezcan indicios de criminalidad contra el aforado, no simplemente su mención en los autos. 10.1. Carácter excepcional de las normas que atribuyen la competencia al Tribunal Supremo. 10.2. Notificación. 11. Petición de fianza para el ejercicio de la acción popular. 12. Representación y dirección conjunta cuando se persiga un solo delito por varias acusaciones personadas en la causa. 13. Desistimiento de la querrela en cualquier momento. 14. Para recurrir en súplica, ha de estarse personado en la causa mediante querrela: acuerdo plenario. 15. Conexidad procesal en las causas contra diputados y senadores. 16. ¿Qué son diligencias «esenciales»? 17. Secreto de las actuaciones. 18. El problema de la apertura del juicio oral. 19. Enjuiciamiento mediante sistema de Jurado: acuerdo plenario. 20. Artículos de previo pronunciamiento. 21. El proyectado procedimiento para aforados de 2020. 21.1. Competencia judicial en las actuaciones previas al juicio oral. 21.2. Continuación de las diligencias. 21.3. Regulación de la primera comparecencia con el aforado. 21.4. Las diversas autorizaciones durante la instrucción. *i)* Autorización para adoptar una medida cautelar personal. *ii)* Autorización para el enjuiciamiento. 21.5. Juicio oral. 21.6. Recursos. *i)* De reforma y apelación durante la instrucción. *ii)* Frente a la sentencia dictada tras el juicio oral. Bibliografía.

PARTE PRIMERA

Las reflexiones que expondré en este trabajo son fruto de mi tesis doctoral (Sánchez Melgar, 2013) con las actualizaciones correspondientes a las novedades jurisprudenciales y legislativas conocidas después. Haré también las oportunas referencias a los trabajos pre-legislativos, particularmente al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 aprobado por el Consejo de Ministros del martes 24 de noviembre del mismo año.

Tanto la inviolabilidad como la inmunidad parlamentaria son excepciones constitucionalmente admitidas al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos que se reconocen al máximo nivel normativo en atención a un planteamiento históricamente finalista: la defensa de la institución parlamentaria frente a los ataques que pretenden alterar la composición de las Cámaras.

Su fundamento es garantizar la libertad y la independencia de la institución parlamentaria, como declaró la STC 206/1992, de 27 de noviembre, que, en general, se limita en este punto a ratificar lo ya afirmado en la STC 90/1985, de 22 de julio.

La inviolabilidad es una garantía sustantiva, pues afecta a la esencia del delito y, por tanto, al Derecho sustantivo, y supone la irresponsabilidad del parlamentario por las opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones, aun cuando aquellas pudieran considerarse delictivas.

Ello no significa que el parlamentario pueda llevar a cabo cualquier actuación indiscriminada, pues la primera persona de quien se predica el más escrupuloso respeto y sometimiento a los fines de la institución parlamentaria es, precisamente, el parlamentario, con lo que debe actuar dentro del marco que le ha sido atribuido constitucionalmente y cualquier trasgresión del mismo provocaría su responsabilidad política.

Inmunidad parlamentaria

Por el contrario, la inmunidad está orientada a evitar que, durante su mandato, el parlamentario pueda ser detenido, salvo caso de flagrante delito.

En efecto, la inmunidad parlamentaria, a juicio de Tiedemann (1999), es una institución jurídica que resulta imprescindible para mantener la capacidad funcional de la instancia democrática central —el Parlamento— y para garantizar su libertad de expresión. Debido a este rasgo característico institucional —y supranacional—, el parlamentario en particular no puede renunciar a la inmunidad (el Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente que puede renunciarse al escaño, pero no a la inmunidad parlamentaria y al aforamiento). A juicio del autor arriba citado, es la prerrogativa «más polémica», y sobre la que convergen los diversos enfoques —constitucionalista, penal y procesal— que están vigentes durante el mandato del parlamentario, que coincide con el período de tiempo que transcurre desde la proclamación de los candidatos electos por las Juntas Electorales hasta el momento de la expiración de la Cámara o su disolución anticipada, y ello, como advierte

Punset Blanco (2001: 259), sin solución de continuidad entre los períodos de sesiones o actividad y períodos de inactividad o vacaciones parlamentarias.

En el caso de los diputados autonómicos, no existe cláusula de autorización parlamentaria para proceder contra ellos similar a la que prevé la Constitución española para esta faceta de la inmunidad parlamentaria.

Qué se entiende por delito flagrante

En la actualidad, el delito flagrante precisa, como declara la STS de 4 de marzo de 2003, los elementos de la evidencia en la percepción del hecho y la urgencia o necesidad en la intervención.

El vigente art. 795.2 de la LECrim dispone que «[...] se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no solo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él».

Por su parte, y por lo que hace a la detención de un diputado o senador, el art. 813 de Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 establece que «[...] únicamente se podrá proceder a la detención de un diputado o senador cuando sea sorprendido en delito flagrante. En tal caso, el Ministerio Fiscal podrá ordenar su puesta en libertad o interesar una medida cautelar personal con sujeción a lo previsto en el artículo siguiente».

Inmunidad e igualdad

El principio de igualdad no se ha de entender en términos absolutos, sino relativos, dado que, como afirma Marchena Gómez (1994: 4), el juicio acerca de si las prerrogativas indicadas atentan o no contra la igualdad habría de efectuarse en un momento posterior a la formulación abstracta de la norma, y concluye que la prerrogativa de la inmunidad no es contraria a aquel principio, aunque sí lo es su utilización desproporcionada.

A nuestro juicio, la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria por las opiniones expresadas en el ejercicio de la función parlamentaria y por los votos emitidos es necesaria, y así lo proclaman la mayoría de las constituciones del mundo: su razón de ser es garantizar la seguridad del parlamentario que, al emitir sus opiniones en la Cámara, ejerce la función de oposición al gobierno.

Desde la perspectiva del Derecho penal, la doctrina sostiene que las declaraciones de juicio o voluntad —que son expresión, en suma, de las opiniones del parlamentario— están amparadas por la misma garantía de irresponsabilidad jurídica que alcanza de manera

específica y característica a aquellas expresiones —manifestaciones de voluntad, pensamiento o conocimiento— que, si no estuvieran cubiertas por esta protección, serían posiblemente constitutivas de delitos de injurias o calumnias.

En esta materia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias *Oberschlick*, de 23 de mayo de 1991; *Castells*, de 23 de abril de 1992; y *Thorgeir Thorgeirson*, de 25 de junio de 1992) ha venido manteniendo una postura abierta en los casos en que el derecho a la libertad de expresión se ejercita por los representantes políticos y mucho más cuando se produce en el curso de una intervención parlamentaria en respuesta a las preguntas dirigidas al gobierno por un representante parlamentario de la oposición.

Sin embargo, actualmente la garantía de la inmunidad como protección frente al arresto personal ha perdido sentido, dado que se trata de una prerrogativa cuyo origen histórico hoy ha quedado absolutamente desfasado. Al igual que el aforamiento, ha dejado de tener fundamento: en un futuro no muy lejano, también esta última inmunidad irá por el mismo camino, pues colisiona frontalmente con el principio constitucional de igualdad.

Las SSTC 90/1985, de 22 de julio y 206/1992, de 27 de noviembre, argumentan que, mediante tales prerrogativas constitucionales, la Constitución ha querido proteger de forma cualificada la libertad, la autonomía y la independencia de los órganos constitucionales, interés superior del ordenamiento de todo Estado democrático de Derecho (art. 1.1 CE) e instrumento imprescindible para garantizar la efectiva separación entre los poderes del Estado. En el caso de las prerrogativas parlamentarias, esta protección jurídica cualificada se articula constitucionalmente a través del tratamiento especial de determinadas situaciones subjetivas no parangonables a las situaciones ordinarias, puesto que se atribuyen a los miembros de las Cortes Generales no en razón del interés privado de sus titulares, sino en virtud de un interés general: asegurar su libertad e independencia, que constituye un reflejo de la libertad e independencia que se garantiza al órgano constitucional al que pertenecen.

No es, sin embargo, un privilegio personal (cfr. STC 90/1985, de 22 de julio), pues su existencia pugnaría con los valores de «justicia» e «igualdad» que el artículo 1 de la Constitución reconoce como valores «superiores» de nuestro ordenamiento jurídico. Cosa distinta es la inviolabilidad, privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la protección jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que son vertidas en actos parlamentarios y en el marco de cualquiera de las actuaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos parlamentarios exteriores a la vida de las Cámaras; la finalidad explícita del privilegio es asegurar, a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan.

Características

En calidad de «[...] sustracciones al Derecho común conectadas a una función» (STC 51/1985, de 16 de enero), las prerrogativas parlamentarias son imprescriptibles e irrenunciables (STC 92/1985, 19 de junio), y no es constitucionalmente legítima una interpretación extensiva (STC 186/1989, de 13 de noviembre) o análoga de las mismas (STC

51/1985, de 10 de abril). Como garantías jurídicamente vinculadas a la satisfacción de un interés institucional y permanente del ordenamiento jurídico, las prerrogativas parlamentarias son *ius cogens* —por tanto, indisponibles para sus titulares— y solo son susceptibles de una interpretación estricta y vinculada a los supuestos expresamente contemplados en la Constitución.

Protección penal de la prerrogativa: los artículos 500 y 501 del Código Penal

En el Título XXI del Libro II del Código Penal, dedicado a castigar los «Delitos contra la Constitución», el Capítulo III («De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes») Sección 1.^a («Delitos contra las Instituciones del Estado») dedica dos preceptos, los arts. 500 y 501, a tipificar comportamientos que conculquen o trasgreden la inmunidad de los parlamentarios, entendida como garantía del ejercicio de su función tanto en el aspecto relacionado con su libertad personal como en lo atinente a su fuero personal.

El art. 500 CP dispone: «La autoridad o funcionario público que detuviere a un miembro de las Cortes Generales o de una asamblea legislativa de comunidad autónoma fuera de los supuestos o sin los requisitos establecidos por la legislación vigente incurrirá, según los casos, en las penas previstas en este Código, impuestas en su mitad superior, y además en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años».

Si no se cumplieran estos requisitos, se colman los requisitos del tipo descrito en el mismo art. 500 C.P., que amenaza con la imposición de las penas que correspondan a los delitos cometidos en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años. Se refiere tal precepto al contenido de los arts. 163 a 168 CP, que tipifican el delito de detención ilegal, y en su caso, podrían entrar en concurso —de normas o de delitos, en su caso— con el de prevaricación, en el supuesto de que fuese un juez el que acordase tal injustificada detención, fuera de los supuestos y requisitos legales, naturalmente. No se trata de los supuestos también contemplados en el art. 530 CP o en el tipo imprudente previsto en el art. 532 CP.

Por supuesto, cabría que el parlamentario se acogiese, en su caso, a la LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus».

El art. 501 C.P. dispone: «La autoridad judicial que inculpare o procesare a un miembro de las Cortes Generales o de una asamblea legislativa de comunidad autónoma sin los requisitos establecidos por la legislación vigente, será castigada con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de diez a veinte años».

El precepto se refiere a los miembros de una asamblea legislativa de comunidad autónoma, los cuales tienen, en algunas comunidades autónomas, privilegio de fuero, aunque nunca de suplicatorio, y son juzgados, con excepciones, por los Tribunales Superiores de Justicia, salvo que hayan delinquido fuera de su comunidad autónoma, en cuyo caso el enjuiciamiento corresponderá a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 36/1981, de 12 de noviembre) (*vid.*, también ATC 86/1982, de 9 de febrero) que, al diseñar los correspondientes aforamientos, los estatutos de autonomía *no pueden establecer cláusulas análogas de protección*, al modo de tener que solicitar sus correspondientes asambleas legislativas autorizaciones para proceder. Esta cuestión ya fue resuelta en el mismo sentido por la STS de 22 de mayo de 1981.

Conclusión

Desde nuestro punto de vista, no es lo mismo la justificación de la garantía de inviolabilidad, que consideramos indiscutible y se aloja en la mayoría de las constituciones del mundo, que la de la inmunidad, y mucho menos del aforamiento, que hoy desaparece en algunos estatutos de autonomía.

La protección frente al arresto personal es, claramente, un privilegio que tiene sentido cuando se goza de la protección que otorga a los parlamentarios la garantía del permiso o autorización de la Cámara para su persecución penal, pero no en caso contrario. Cuando no existe tal prerrogativa, la protección personal frente al arresto es un privilegio que ostentan también otros colectivos, entre ellos los jueces y magistrados.

En suma, estas prerrogativas han de entenderse en clave histórica; surgen como consecuencia del progresivo poder que van adquiriendo las Cámaras de representación popular frente al poder del rey, garantizándose su inmunidad contra los ataques externos, muchas veces procedentes de poderes radiales históricos del monarca, así como para proteger a los ciudadanos, de los que los parlamentarios no son sino meros mandatarios. Así se explica su irresponsabilidad por las opiniones y votos en el ejercicio de dicha función, necesaria para afrontarlo con independencia, para que los parlamentarios estén protegidos frente a detenciones arbitrarias o para resguardarlos del temor a querellas insidiosas meramente políticas. Solamente bajo estos condicionamientos remotos se explica esta institución, que pierde fuerza en nuestros días de la mano de una estricta separación de poderes y de la independencia del poder judicial. Cuanto mayor sea esta independencia, menor justificación tendrán las aludidas garantías y privilegios.

Por lo demás, es evidente que no se puede estar judicializando constantemente la política (buena prueba de lo que decimos son las innumerables denuncias y querellas que se reciben por esta vía tanto por iniciativa de los partidos políticos como por los particulares).

El suplicatorio continúa en nuestros días, fruto del texto constitucional, y parece que se mantendrá en el futuro. En este sentido, al art 816 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 mantiene tal conclusión: «Las solicitudes de autorización [...] revestirán la forma de suplicatorio y a él se acompañarán, con carácter reservado, las peticiones realizadas por el fiscal y las partes y la resolución adoptada por la autoridad judicial».

PARTE SEGUNDA

ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA TRAMITACIÓN DE LAS CAUSAS CONTRA AFORADOS

1. LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE UNA QUERELLA FRENTE A UN AFORADO

El art. 299 de la LECrim disciplina que constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a «preparar el juicio» y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir «en su calificación» y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. En el ámbito del procedimiento abreviado, y con análogo sentido, el art. 777.1 de la LECrim establece que las diligencias previas son aquellas actuaciones encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento.

Como señala la STC 141/2001, de 18 de junio, «[...] las diligencias sumariales son actos de investigación encaminadas a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim) que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo pues su finalidad específica no es la fijación de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para los acusados y la defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador». En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 57/2002, de 11 de marzo, y 2/2002, de 14 de enero.

Con respecto a la admisión a trámite, presupuesto previo para la designación de instructor entre los miembros de la sala, la decisión se ciñe estrictamente a determinar si es procedente dar inicial curso procesal a la querella —o denuncia— o si procede rechazar su sustanciación *a limine*, cuestión que, como se ha dicho, depende de la concurrencia de los requisitos procesales y sustantivos que condicionan la inicial idoneidad procesal de la querella para provocar la apertura de un proceso y que son independientes del curso y resultado que produzca la causa una vez iniciada.

2. REQUISITOS FORMALES

En cuanto a los requisitos formales exigidos por el art. 277 de la LECrim, requiere la querella, escrito presentado por procurador con poder especial y firmado por el letrado que debe expresar tanto el órgano ante quien se presenta como el nombre del querellado y contener una relación circunstanciada del hecho; también pueden indicarse las diligencias que se proponen para la comprobación del hecho; finalmente, el escrito ha de formular la petición de admisión a trámite, de la práctica de las diligencias de investigación y de la adopción, en su caso, de las medidas cautelares que se soliciten.

2.1. PODER ESPECIAL: ALCANCE

En relación con el poder especial exigido para presentar la querrela, el ATS, Sala Segunda, de 15 de junio de 2009 precisa que «[...] la exigencia de poder bastante [especial] no supone incluir en él la completa relación de hechos que luego figurarán como relato histórico en el escrito de la querrela, sino una precisión delimitadora de la acción a ejercitar, mayor que la que representa la mera expresión de la cláusula general de que se apodera para ejercitar acciones penales». En todo caso las deficiencias del poder no obstan la inicial admisión a trámite de aquella por ser siempre defectos subsanables (SSTS de 21 de febrero de 1964 y de 6 de febrero de 1990, citadas en el ATS de 9 de mayo de 2000). Similar previsión establece el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.2. CARACTERÍSTICAS

El poder especial ha sido definido por el Tribunal Supremo desde dos parámetros: uno de carácter objetivo —determinación de los delitos que se van a incluir en la querrela criminal—, y otro de naturaleza subjetiva —concreción de la persona querrelada—. Así parece deducirse del ATS, Sala Segunda, de 19 de enero de 2004.

3. EN CONCRETO: ¿DENUNCIA O QUERRELA?

Por lo que respecta a esta cuestión, deben distinguirse los distintos aforados ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Así, en la mayoría de las ocasiones, y concretamente en cuanto a la formulación de acciones penales frente a diputados y senadores, no se exige formalidad alguna, de manera que es posible la simple denuncia, que no requiere ningún requisito formal para su actuación. Esta es la doctrina seguida constantemente por el Tribunal Supremo, conforme a los dictados del art. 4º de la Ley de 1912, que dispone: «Las denuncias o querellas contra senadores y diputados, se formularán ante el Tribunal Supremo, o el Consejo Supremo de Guerra y Marina, observándose lo dispuesto en las leyes y disposiciones de procedimiento». En cambio, cuando se trata de activar imputaciones contra magistrados aforados ante dicha Sala, la cuestión es diferente, ya que el artículo 406 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: «El juicio de responsabilidad penal contra jueces y magistrados podrá iniciarse por providencia del Tribunal competente, o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal o del perjudicado u ofendido o mediante el ejercicio de la acción popular», sin que, por consiguiente, esté prevista la denuncia como medio legalmente admitido para exigir la responsabilidad de los jueces y magistrados. La concurrencia de los presupuestos procesales determinados legalmente es una condición para el inicio de cualquier procedimiento. Estos presupuestos procesales han sido definidos en la doctrina como circunstancias o actos de los que depende la admisibilidad de todo el proceso o de determinados aspectos del mismo. En este sentido, se ha considerado que tanto la competencia del Tribunal como, en su caso, la exigencia legal de querrela constituyen

presupuestos procesales de los que depende el proceso íntegramente: «Por lo tanto, en la medida en la que el denunciante no se ha personado como querellante, la denuncia debe ser desestimada, sin perjuicio de que esta carencia pueda ser subsanada en legal forma», criterio reiterado de modo constante para el caso de los magistrados (*vid.* los AATS de 7 de setiembre, 8 de julio y 3 de junio de 2009 (Causa especial 20303/09), 16 de setiembre de 2008 (Causa especial 20453/08), 28 de octubre de 2008 (Causa especial 20540/08), 14 de julio de 2008 (Causa especial 20334/08), 17 de enero de 2008 (Causa especial 20016/08). Lo mismo sucede cuando se trata de fiscales (Causa especial 20303/2008, Auto de 27 de junio de 2008).

El ATS de 10 de junio de 2021 declara que «[...] se observa la falta de un requisito formal indispensable, cual es la necesidad de formulación de querella para exigir responsabilidad penal a los magistrados citados de conformidad con el artículo 406 LOPJ».

Para el ejercicio de la acción popular es necesaria la forma de querella. Así lo dispone de forma tajante el ATS, Sala Segunda, de 20 de junio de 2008. Causa especial 20064/2008.

3.1. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

A nuestro juicio, es necesaria una modificación legal al respecto, de manera que *siempre*, como ocurre con los magistrados o los fiscales, y lo propio con el ejercicio de la acción popular, se exija querella para la activación de este tipo de responsabilidad penal. Avalan esta posición varias razones: *i*) la querella supone un ejercicio más ordenado y técnico de poner los hechos en conocimiento del Tribunal Supremo antes de valorar la posible admisión de la acción penal a trámite; *ii*) debe llevar necesariamente la firma de letrado, lo que es garantía para que se ejerza un primer filtro jurídico respecto a las denuncias absolutamente infundadas que no se traducirían en querella; y *iii*) no tiene sentido que se exija la querella en el caso de magistrados, fiscales o en el ejercicio de la acción popular y no cuando se trate de miembros del Gobierno de la nación o de diputados o senadores.

4. ¿ES POSIBLE LA INICIACIÓN DE OFICIO?

Hemos dicho en trabajos anteriores que, de acuerdo con las líneas que marca nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, en nuestro modelo procesal vigente el Tribunal Supremo no es un órgano judicial ordinario de persecución de delitos equiparable los juzgados de instrucción. El art. 303 de la LECrim permite la iniciación de oficio o instancia de parte de un sumario («La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva, y en su defecto a los demás de la misma ciudad o población con ellos [...]»). De modo que tanto del contenido de la Ley de 9 de febrero de 1912 como del de los arts. 750 y siguientes de aquella se infiere que no es posible la iniciación de oficio de una causa frente a un diputado o senador. La práctica judicial demuestra que no se ha procedido nunca de oficio por el Tribunal Supremo en esta clase de

aforamientos. El art. 2º de la Ley de 1912, dispone: «Si incoado un sumario por un juez de instrucción o por un juzgado instructor de guerra o marina, ya de oficio, ya por denuncia o querrela, apareciesen indicios de responsabilidad contra algún senador o diputado, tan pronto como fuesen practicadas las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito o la fuga del delincuente se remitirán las diligencias en el plazo más breve posible al Tribunal Supremo o al Consejo Supremo [...]». Por lo tanto, en absoluto se prevé tal actuación de oficio en el seno del propio Tribunal Supremo.

5. PRESUPUESTOS FORMALES DE ADMISIBILIDAD

Respecto a los presupuestos procesales de admisibilidad, ha de apreciarse la capacidad y legitimación en el denunciante o querellante.

5.1. CAPACIDAD PROCESAL

La capacidad procesal para la formulación de una denuncia o querrela la tienen todos los ciudadanos, personas físicas, en los términos que analizaremos en el siguiente apartado.

Para la presentación de una querrela a través de la acción popular, tienen capacidad procesal las personas físicas y jurídicas. Respecto a estas últimas, en principio fue negada por la antigua jurisprudencia (SSTS 18 octubre y 9 diciembre 1919; 15 febrero 1921; 26 marzo 1926) y después, aisladamente, por la STS de 2 de marzo de 1982, que interpretó literalmente el término «ciudadano» del art. 101 LECrim, actualmente no hay duda sobre esta cuestión, dado que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 241/1992, de 21 de diciembre y 34/1994, de 31 de enero) como la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (SSTS, de 4 marzo 1995 y de 26 septiembre 1997) admiten la plena capacidad de las personas jurídicas para el ejercicio de la acción popular.

5.2. LEGITIMACIÓN

La legitimación se reconoce a todo sujeto de derecho con capacidad procesal, pues, a diferencia de la querrela privada —en la que la legitimación descansa en la cualidad de «ofendido» por la acción delictiva—, en la acción popular tiene carácter general. En este sentido, el art. 270 de la LECrim dispone: «Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta Ley», y este último precepto establece: «La acción penal es pública; todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley». La Constitución española consagra la figura de la acción popular en su art. 125, y el art. 406 de la LOPJ establece expresamente que, en aquellos supuestos en los que se trate de jueces y magistrados, el juicio de responsabilidad penal podrá incoarse por providencia del tribunal competente o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal o del perjudicado u ofendido o mediante el ejercicio de la acción popular.

Ahora bien, el ATS de 23 de julio de 2020 (Causa especial 20473/2020) declara que debe resolverse la naturaleza jurídica de la acción ejercitada por los querellantes, en su propio nombre, la legitimación procesal que viene referida al «poder de conducción procesal» que habilita a la acusación particular para personarse y a intervenir plenamente en el proceso penal y en calidad de parte, que requiere una justificación suficiente y debida de su condición de perjudicado, agraviado u ofendido por los delitos imputados, por lo que, si no se hubiera acreditado, ha de considerarse acusación popular.

5.3. COMPETENCIA DE LA SALA SEGUNDA O DE LA SALA DEL 61 DEL TRIBUNAL SUPREMO

Respecto a esta cuestión, el ATS de 10 de junio de 2021 ha declarado que el artículo 57.1.2º de la LOPJ atribuye a la Sala Segunda del Tribunal Supremo la competencia para instruir y enjuiciar las causas contra los magistrados del Tribunal Supremo, entre otros altos cargos de los distintos poderes del Estado. No obstante, el artículo 61.1.4º de la misma Ley —precepto de aplicación preferente por su especialidad— atribuye a la Sala Especial que en el mismo se crea la competencia para el conocimiento de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los presidentes de sala o contra los magistrados de una sala cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen.

De ello se desprende que los magistrados contra los que, en su caso, hubiese de incoarse la causa correspondiente, serían todos los magistrados que dictaron la resolución en cuestión. Podría plantearse la duda de si el artículo 61.1.4º de la LOPJ se refiere a la mayor parte de los magistrados de una sala orgánicamente entendida o del concreto tribunal que haya dictado la resolución en razón de la cual se pretenda exigir responsabilidad penal a quienes la dictaron. La duda, sin embargo, debe ser resuelta con la ayuda del precedente histórico que aporta el artículo 284.5º de la LOPJ de 15 de septiembre de 1870, que disponía que el Tribunal Supremo en pleno, constituido en Sala de justicia, conocería en única instancia y en juicio oral y público de las causas que se siguieran contra «los magistrados de una Audiencia o del Tribunal Supremo cuando sean juzgados todos, o al menos la mayoría de los que constituyeren una Sala de justicia, por actos judiciales en que hayan tenido participación».

A la luz de este precepto ya derogado —pero más claro que el vigente—, debe sostenerse que es la Sala especial del artículo 61 de la LOPJ, que ha sustituido en sus funciones jurisdiccionales al Pleno del Tribunal Supremo, la competente para conocer de las causas penales que puedan seguirse contra la mayoría de los magistrados que hayan constituido una Sala de justicia en cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo, por los actos judiciales que de dicho tribunal hayan emanado (ATS de 11 de enero de 2016, —Causa especial 20873/2015—, y ATS de 20 de febrero de 2020 —Causa especial 20979/2019—).

6. LA RELEVANCIA PENAL DE LOS HECHOS DENUNCIADOS COMO CRITERIO DE ADMISIBILIDAD

Por lo que respecta a la necesidad de relevancia penal de los hechos, el art. 313 de la LECrim ordena la desestimación de la querrela cuando los hechos en que se funda «no constituyan delito». La valoración de si los hechos tienen relevancia penal no puede hacerse sino en función de los mismos tal y como son alegados en la querrela, y no de los que resulten acreditados porque, si averiguarlos es el objeto del proceso, su verificación no puede convertirse en presupuesto de la incoación.

Como declara el ATS de 11 de noviembre de 2000, «[...] la presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal. Para ello es precisa una inicial valoración jurídica de la misma, estableciendo en tal sentido el art. 312 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que la querrela deberá admitirse si fuere procedente, y disponiendo el art. 313 que habrá de desestimarse cuando los hechos en que se funde no constituyan delito. Valoración inicial —añade esta resolución— que debe hacerse en función de los términos de la querrela, de manera que si estos, como vienen formulados o afirmados, no son delictivos, procederá su inadmisión en resolución motivada. Solo si los hechos alegados, en su concreta formulación llenan las exigencias de algún tipo penal, debe admitirse la querrela sin perjuicio de las decisiones que posteriormente procedan en función de las diligencias practicadas en el procedimiento».

En análogo sentido, el Tribunal Constitucional declara que debe distinguirse entre aquellos supuestos en los que la resolución judicial no excluya *ab initio*, en los hechos denunciados, las notas características de lo delictivo, y aquellos otros en que sí las excluya. En el primer caso, existe un *ius ut procedatur* conforme al cual deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación. No ocurre lo mismo en aquellos casos en los que el órgano judicial entiende razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querrela, carecen de ilicitud penal (STC 138/1997, de 22 de julio). En el mismo sentido, la STC 96/2001, de 2 de abril, declara que «[...] cuando la resolución judicial no excluya *ab initio* en los hechos denunciados las normas caracterizadoras de lo delictivo, deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación, acordadas en el seno del procedimiento penal que legalmente corresponda, de Sumario, Diligencias Previa o Preparatorias, con la consecuencia de que la crisis de aquel o su terminación anticipada, sin apertura de la fase de Plenario, solo caben por las razones legalmente previstas de sobreseimiento libre o provisional, conforme a lo establecido en los arts. 637, 641 o en su caso 789.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (SSTC. 108/1983, de 29 de noviembre y 148/1987, de 28 de setiembre)».

En definitiva, y como afirma el ATS de 26 de mayo de 2009, 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, de suerte que solo si apriorísticamente se descarta su tipicidad procederá la inadmisión *a limine*, mientras que, cuando no se excluya *ab initio*, habrá de admitirse a trámite la querrela, y será luego en el ámbito del proceso correspondiente donde, en su caso, habrá de decidirse el sobreseimiento, si procede.

7. LA NEGATIVA EXPRESIÓN DE QUE LOS HECHOS NO SEAN CONSTITUTIVOS DE DELITO, COMO MODO DE INADMISIÓN DE LA QUERRELLA: SIGNIFICADO

Como se ha expuesto más arriba, el artículo 313 de la LECrim ordena al juez de instrucción que rechace la querrela cuando no sea competente *o cuando los hechos no sean constitutivos de delito*. En relación con esta segunda posibilidad, se trata de una previsión formulada en sentido negativo. La ley procesal no dispone que el juez admitirá la querrela si los hechos fueran constitutivos de delito, lo que obligaría a un análisis —seguramente prematuro— encaminado a constatar la concurrencia de los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito que, al menos en opinión del querellante, constituyen los hechos imputados en cada caso. Por el contrario, dejando esa verificación a la fase previa al juicio oral, para en este realizar, en su caso, el examen definitivo de la cuestión, lo que dispone la ley es el rechazo de la querrela cuando, ya tras su examen, pueda excluirse el carácter delictivo de la conducta imputada al querrellado. No se trata, pues, en momento procesalmente tan temprano, de afirmar la existencia de un hecho delictivo, sino de comprobar si se puede excluir su existencia.

Por ello, la admisión a trámite de una querrela no constituye, todavía, un acto de imputación judicial, aunque permita al querrellado comenzar a defenderse en el proceso conforme al artículo 118 de la LECrim, tal y como señala la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el ATS de 16 de noviembre de 2009, Causa especial 20449/2009. Supone, por el contrario, la apertura de una vía para la investigación judicial de unos hechos respecto a los que, una o varias personas, actuando como querellantes, bajo su responsabilidad —que es la que marca la ley—, ponen en conocimiento del órgano jurisdiccional, y respecto de los que, tal como vienen relatados en la querrela, no se puede excluir su carácter delictivo. Naturalmente, lo anterior no restringe la posibilidad de una verdadera imputación judicial tras la comprobación provisional de la veracidad de los hechos imputados.

De acuerdo con el ATS de 17 de junio de 2021, ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que: *i*) los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrela, tal y como esta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún 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, y *ii*) cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se ofrezca en esta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su veracidad y el querellante se limite 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 lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio

que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 CE, en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 CE.

De modo que la presentación de una querella no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma de conformidad con las consideraciones expuestas que pueden conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que la doctrina constitucional ha reiterado 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 (STC núm. 31/1996, de 27 de febrero, que se hace eco de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio, 157/1990, de 18 de octubre, 148/1987, de 28 de septiembre, y 108/1983, de 29 de noviembre). En el mismo sentido se pronuncia el ATS 24/03/2021, Causa especial 20279/2020.

8. CRITERIOS PARA EL RECHAZO DE LA QUERELLA

8.1. CUANDO LOS HECHOS NO SEAN CONSTITUTIVOS DE DELITO

A los efectos de la admisión o rechazo de la querella, esta ha de inadmitirse cuando los hechos expuestos no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente (ATS de 26 de octubre de 2001). Dicho de otro modo: carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, no serían constitutivos de delito en ningún caso.

8.2. CUANDO NO EXISTA NINGÚN PRINCIPIO DE PRUEBA QUE AVALE SU VEROSIMILITUD

De igual modo, cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en esta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su verosimilitud y el querellante se limite a afirmar su existencia sin ningún apoyo objetivo. Aunque la ley no lo dispone de forma expresa, en este segundo grupo de casos una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no está justificada la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos que, ya desde el primer momento, no se presentan como verosímiles en tanto que carecen de cualquier apoyo probatorio, aportado u ofrecido en la querella, que pueda ser considerado accesible y racional.

8.3. CUANDO NO SE INDIVIDUALICE LA CONDUCTA DEL AFORADO

Lo expuesto justifica que se exija no solo que se individualice la conducta concreta respecto del aforado que se estima que puede constituir un ilícito penal, sino también que haya un indicio o principio de prueba que respalde tal imputación. En este sentido, *vid.* los AATS de 27 de enero de 1998, núm. 4120/1997, de 7 y 29 de octubre de 1999, núm. 2030/1999 y 2960/1999; de 2 de enero de 2000, núm. 2400/1999, de 5/12/2001, núm. 6/2001; de 6 de septiembre de 2002 núm. 36/2002 y de 23/4/2003, núm. 77/2003, entre otros. De ahí que para que proceda declarar la competencia es menester que existan suficientes indicios de responsabilidad *contra* la persona aforada (art. 2º de la Ley de 9 de febrero de 1912). En este mismo sentido, ATS de 27 de junio de 2008, Causa especial 20166/2008.

8.4. CUANDO SEAN LAS QUERELLAS ABSOLUTAMENTE INFUNDADAS

Aun cuando, de algún modo, este apartado ya esté comprendido en los anteriores, no por ello puede dejar de citarse la doctrina del Tribunal Supremo en tales casos. Así, ATS de 10 de diciembre de 1990, Causa especial 750/1990, que afirma que «[...] el rigor que es necesario adoptar cuando las denuncias y querellas tienen fundamento, aunque sea a los solos efectos de su consideración procesal, hay que seguirlo a efectos del archivo cuando aquella base es absolutamente inexistente».

8.5. CUANDO SE DENUNCIEN HECHOS CON LA SOLA APOYATURA EN INFORMACIONES PERIODÍSTICAS

Esta cuestión es también muy interesante, particularmente por el asunto en el que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronunció por vez primera al respecto (ATS 18 de junio de 2012, dictado en la Causa especial 20383/2012). Como acotación inicial, el TS declara que el ejercicio de la acción penal por medio de querrela exige que los hechos que en ella se precisan sean de propio conocimiento de la parte que la ejercita —sin que ello suceda en el supuesto del que se ocupa— «[...] y que además sean potencialmente subsumibles en algún tipo penal». Por ello, la mera publicación de informaciones en los medios de comunicación no puede justificar la apertura de un procedimiento penal para su investigación si la querrela que los incorpora, como era el caso, no aporta u ofrece algún indicio de su comisión que pueda ser calificado como accesible y racional. En esas condiciones, no cabe hablar de un verdadero ejercicio de la acción penal, sino de mera remisión al TS de una serie de informaciones, difundidas públicamente a través de los medios de comunicación. La Sala se apoyaba en sus propios precedentes, concretamente en una causa contra a un exministro (ATS de 7 de junio de 2010, Causa especial 20602/2009), o contra un expresidente del Congreso (ATS de 31 de mayo de 2011, Causa especial 20080/2011), al tratarse de la imputación de un delito que partía exclusivamente de noticias periodísticas sin aportar elemento alguno indiciario de la realidad de los hechos que les otorgara un sustento mínimamente objetivo. El TS destaca algo muy importante: que quien así actúa

no asume como propia la imputación de tales hechos ni, por ello, las responsabilidades que podrían derivarse de una eventual falsedad.

El ATS de 15 de febrero de 2021 (Causa especial 21092/2018) argumenta a estos efectos: «Lo que no puede aceptar la Sala, sin embargo, es que el relato de hechos punibles incorporado a una querrela, en cumplimiento del mandato del art. 277.4 de la LECrim, sea una transcripción microliteral de lo que el periódico da a conocer a sus lectores. Con carácter general, una noticia por sí sola, no legitima a ningún accionante popular para convertir el relato periodístico en un relato de hechos punibles desencadenantes del proceso penal. Se precisa algo más. Los juicios de valor de quien pretende ejercer la acción popular no convierten la noticia en delito. La acción popular no puede degradar el relevante papel que está llamada a desempeñar en el proceso penal limitándose a convertir noticias en causas criminales. Y mucho menos hacerlo con una regularidad selectiva que esconde una profesionalización del ejercicio de la acción popular».

9. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DEL ART. 410 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Tratándose de querrelas contra jueces y magistrados, la necesidad de evitar acusaciones infundadas dirigidas a menoscabar la función judicial y a lograr el apartamiento malicioso del juez natural predeterminado por la ley se justificó en el antejuicio de los arts. 757 a 778 LECrim, hoy derogados. La supresión de esta garantía por Disposición adicional primera de la LO 5/1995 y las críticas suscitadas por esa derogación motivaron la modificación del art. 410 de la LOPJ por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, para posibilitar que antes de la admisión de la querrela se recaben los antecedentes que se consideren oportunos a fin de determinar la competencia «[...] así como la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación».

Siguiendo con el análisis del artículo 410 de la LOPJ, cabe señalar que este tiene como finalidad evitar la admisión de querrelas que, injustificadamente, pudieran perturbar el correcto ejercicio de la función judicial. A tal efecto, el precepto prevé que, antes de decidir sobre la admisión a trámite de la querrela, y con significado y finalidad distintos al propio de la instrucción de la causa, el órgano competente pueda acordar algunas actuaciones que en otro caso habrían de ser practicadas una vez incoado el procedimiento. En particular, se refiere a la posibilidad de recabar los antecedentes que aquel considere oportunos a fin de determinar su propia competencia, así como la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación.

Como afirma el Tribunal Supremo (ATS, Sala Segunda, de 18 de febrero de 2010, Causa especial 20339/2009), a diferencia de lo previsto en el artículo 118 de la LECrim, y coherentemente con el distinto carácter, finalidad y significado de estas actuaciones, el artículo 410 de la LOPJ no prevé expresamente y con carácter general la intervención

del querellado. Ello no impediría que, excepcionalmente, la especial complejidad de tales actuaciones o su carácter irrepetible pudieran, de todos modos, requerir su participación.

En el caso de los parlamentarios, habrá de acudir a los resortes procesales previstos en el art. 118 bis de la LECrim, en donde se prevé tal intervención. *Vid.* también el ATS de 2 de diciembre 2015 (Recurso 20370/2015), Sobre la intervención del querellado, (Recurso 20339/2009), el ATS de 18 de febrero de 2010, declara lo siguiente: «A diferencia de lo previsto en el artículo 118 de la LECrim, y coherentemente con el distinto carácter, finalidad y significado de estas actuaciones, el artículo 410 de la LOPJ no prevé expresamente y con carácter general la intervención del querellado. Ello no impediría que, excepcionalmente, la especial complejidad de tales actuaciones o su carácter irrepetible, lo que en el caso no ocurre, pudieran, de todos modos, requerir su participación».

10. ES PRECISO QUE EN LA CAUSA APAREZCAN INDICIOS DE CRIMINALIDAD CONTRA EL AFORADO, NO SIMPLEMENTE SU MENCIÓN EN LOS AUTOS

Desde luego, hay que distinguir entre el supuesto en el que simplemente aparezca el nombre de un aforado, para que el juez de instrucción se inhiba, bajo el pretexto de una prematura exposición razonada, a favor del Tribunal Supremo, y lo que son verdaderos indicios que justifiquen una investigación más profunda que, tratándose de aforados, ha de llevarse a cabo por el Tribunal Supremo. Por ello, la Sala Segunda mantiene una doctrina ecléctica y exige que no solamente exista un aforado imputado —o mejor, investigado—, sino también que concurren serios indicios racionales de criminalidad para que el juez siga investigando. Pero el Tribunal Supremo también declara que no puede investigarse al aforado por quien no es competente. Se trata de una tenue línea sobre la que habría que repensar mucho más, dado que la doctrina reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo no se corresponde *del todo* con la letra de la Ley de 1912 ni, desde luego, con el espíritu de la institución que confiere la prerrogativa. A tal efecto, la citada norma especial dispone con total claridad que, si incoado un sumario por un juez de instrucción apareciesen indicios de responsabilidad contra algún senador o diputado, tan pronto como fuesen practicadas las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito o la fuga del delincuente se remitirán las diligencias *en el plazo más breve posible* al Tribunal Supremo (art. 2º). No se nos oculta, sin embargo, que la jurisprudencia constante exige que aparezcan indicios de responsabilidad, que es la base de la doctrina reiteradamente seguida y que resulta del propio art. 750 de la LECrim, que requiere que se hayan encontrado «[...] méritos para procesar a un senador o diputado a Cortes por causa de delito», de manera que el juez de instrucción ordinario ha de abstenerse «[...] de dirigir el procedimiento contra él, si las Cortes estuvieran abiertas, hasta obtener la correspondiente autorización del Cuerpo Colegislador a que pertenezca».

Es frecuente que, ante la presencia de un aforado, los juzgados de instrucción tiendan a remitir inmediatamente las actuaciones al Supremo, sin considerar, en algunas ocasiones,

previamente, qué clase de indicios existen frente al mismo. Por ello, es reiterada la doctrina que afirma que «[...] por el juzgado de instrucción, no se aportan declaraciones de las personas implicadas en los presentes hechos, ni se hace una valoración aproximativa de la posible calificación jurídica de los hechos, en función de la participación que se atribuya a la persona aforada, por lo que carecemos de elementos para deducir la existencia de ilícito penal alguno. En consecuencia y en lo que afecta a las diligencias incoadas en esta Sala, se acuerda el archivo de las mismas, sin perjuicio de que se profundice en la investigación y si de nuevo aparecen indicios racionales de criminalidad respecto de la persona aforada, se envíe una nueva exposición debidamente razonada a esta Sala» (ATS de 24 de mayo de 2001, Causa especial 16/2001.). Y lo mismo sucede cuando existen varias personas implicadas, pues «[...] en los casos en los que se ha incoado una causa penal por los órganos ordinarios de la jurisdicción penal en averiguación de hechos que pudieran resultar constitutivos de delito, cuando la acción se dirige contra varias personas, la apertura de diligencias penales por parte de esta Sala contra personas aforadas solamente resulta procedente cuando se aprecie la existencia de indicios de criminalidad basados en un principio de prueba suficiente, sin perjuicio de que el resultado de la tramitación de la causa ante el juez de instrucción pudiera determinar otra decisión en el futuro» (Auto de 16 de mayo de 2007, Causa especial 20322/2006). Y lo que el Tribunal Supremo repite hasta la saciedad es que «[...] se está en el caso de remitir las actuaciones al juzgado de instrucción que corresponda, para la prosecución de la instrucción, sin perjuicio de que, si el resultado de las investigaciones posteriores revelan la existencia de aquellos indicios, se proceda a enviar nuevamente la causa a esta Excma. Sala, como competente por razón del fuero concurrente en la persona del citado Sr.» (Causa especial 1750/1995, ATS de 21 de julio de 1995).

A pesar de lo expuesto, el Tribunal Supremo exige que no se pueda investigar sumarialmente al aforado por el correspondiente juzgado de instrucción que conozca de la causa, sino que —en caso de existir indicios racionales de criminalidad— remita el órgano judicial exposición razonada. Así, la Sala Segunda declara: «[...] absteniéndose naturalmente el juzgado instructor de practicar diligencia alguna que tuviera como finalidad la investigación de la posible responsabilidad de la denunciada sometida a la competencia especial de esta Sala, y remitiéndonos exposición motivada, conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 309 LECrm. y 52 LOPJ, solo en el caso de que, a su entender, se dedujesen indicios de criminalidad contra la aforada que hubieren de ser esclarecidos por la actividad instructora de esta Sala».

10.1. CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LAS NORMAS QUE ATRIBUYEN LA COMPETENCIA AL TRIBUNAL SUPREMO

La doctrina resultante del ATS de 11 de junio de 2021 hace hincapié en el carácter excepcional de las normas que atribuyen la competencia al Tribunal Supremo para conocer de las causas criminales contra las personas aforadas por razón de los cargos que desempeñan. Este carácter excepcional justifica, cuando se imputan actuaciones criminales a una persona que tiene la condición de aforado, la Sala Segunda no solo exija que se indivi-

dualice 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 (cfr. AATS, Sala Segunda, dictados en Causas especiales de 27 de enero de 1998, núm. 4120/97; de 7 y 29 de octubre de 1999, núm. 2030/99 y 2960/99; de 2 de enero de 2000, núm. 2400/99; de diciembre de 2001, núm. 6/01; de 6 de septiembre de 2002, núm. 36/02; de 6 de abril de 2010, núm. 20179/2008; de 4 de julio de 2013, núm. 20250/2013; de 18 de febrero de 2015, núm. 20439/2014; de 5 de mayo de 2015, núm. 20268/2015 y de 23 de septiembre de 2015, núm. 20433/2015, entre otros). De ahí que sea menester que existan suficientes indicios de responsabilidad contra la persona aforada (*vid.* art. 2 de la Ley de 9 de febrero de 1912).

Es decir, debe analizarse si los hechos denunciados han sido inicialmente considerados delictivos y si existen indicios de la comisión de los mismos por la persona aforada ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

10.2. NOTIFICACIÓN

El art. 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que las resoluciones dictadas por jueces y tribunales, así como las que lo sean por los letrados de la Administración de Justicia en el ejercicio de las funciones que le son propias, se notificarán a todos los que sean parte en el pleito, causa o expediente, así como a quienes *se refieran* o a quienes puedan causar perjuicios cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la ley.

De ahí que pudiera arbitrarse un sistema de notificación de las resoluciones dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en causas especiales a las personas a las que se refiere, es decir, a los querrelados o denunciados, cuando se ordene la inadmisión, conforme al art. 313 de la LECrim. No es lógico, a nuestro juicio, el sistema actual, en el que los denunciados o querrelados no tienen conocimiento de tales acciones penales, si se toman en consideración los derechos que les reconoce la ley en caso de que tales imputaciones sean totalmente infundadas y falsas.

11. PETICIÓN DE FIANZA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR

El ejercicio acción popular lleva aparejada la obligación de prestar una fianza, que deberá ser proporcionada y equitativa, de tal manera que no impida a nadie, en función de su condición económica, el acceso al proceso y le niegue así su derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, el artículo 20.3 de la LOPJ establece que no podrán exigirse fianzas que, por su inadecuación, impidan el ejercicio de la acción popular.

El Tribunal Supremo se ha referido a este tema señalando que «[...] teniendo en cuenta el interés que para el restablecimiento de la justicia tienen acciones como las emprendidas por los querellantes, se estima que una fianza módica que satisface las exigencias legales y

cumple con las previsiones moderadoras de su importe (ATS de 19 de abril de 1999, asunto 2650/99). *Vid.* Recurso 20840/2017, ATS de 13 de octubre de 2017, y ATS 09/09/2020, Causa especial 20551/2020).

La prestación del *quantum* de la fianza se deja en manos del instructor designado cuando se admite a trámite la querrela por la Sala de Admisiones de Causas Especiales. Citamos, en consecuencia, el ATS de un magistrado instructor, que resume tal doctrina, dictado en la Causa especial 20339/2009, de 23 de febrero de 2010:

«Tal como prevé la norma constitucional, ese ejercicio se condiciona al cumplimiento de los presupuestos legalmente establecidos. Entre ellos, tal como dispone la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 280, se encuentra la obligación impuesta al particular de prestar fianza para responder de las resultas del juicio. Por su parte la Ley Orgánica del Poder Judicial, posterior ya a la Constitución, reguló dicho presupuesto en su artículo 20.3, imponiendo la necesidad de adecuación de la cuantía de la fianza de tal suerte que no se erija en obstáculo insalvable para el ejercicio de dicha acción popular. Se trata en definitiva de asumir la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional que, ya en una de sus primeras sentencias dejó dicho que la exigencia de una fianza no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho, siempre que su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarlo, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio, pues ello conduciría en la práctica a la indefensión que prohíbe el artículo 24.1 de la Constitución (SSTC 62/1983, de 11 de julio; y 113/1984, de 29 de noviembre). Ponderando pues las resultas del juicio constituidas, en principio, por las eventuales responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse para los querellantes, y la previsible asequibilidad de su prestación, fijo en 6.000 euros la fianza que, en metálico, debidamente consignado, deberá ser prestada por la citada entidad querellante, como presupuesto para su intervención como parte en el presente procedimiento».

12. REPRESENTACIÓN Y DIRECCIÓN CONJUNTA CUANDO SE PERSIGA UN SOLO DELITO POR VARIAS ACUSACIONES PERSONADAS EN LA CAUSA

El art. 113 de la LECrim dispone que «[...] podrán ejercitarse expresamente las dos acciones por una misma persona o por varias; pero siempre que sean dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito o falta, lo verificarán en un solo proceso y, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del Tribunal [...]».

El precepto citado permite que la autoridad judicial pueda imponer motivadamente la actuación bajo una misma representación y defensa a las diversas partes personadas en un proceso, siempre que la acción ejercitada sea la misma. Se trata de una decisión que puede ser acordada en sede judicial de forma razonada y ante las concretas circunstancias del caso enjuiciado. Esta decisión puede ser impuesta tanto en relación con los perjudicados por los

delitos como con aquellas personas que ejerzan la acción popular. El tipo penal no distingue y se refiere a «[...] dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito [...]».

Si cuando se trata de perjudicados por el delito en quienes pueden concurrir unos intereses que deben ser especialmente protegidos como perjudicados puede imponerse esta actuación bajo una misma dirección y representación, con mayor razón tal posibilidad debe ser predicada el supuesto de actores populares que, en su condición de ciudadanos no perjudicados, representan un interés menos intenso. Por ello, el ATS, Sala Segunda, de 15 de junio de 2009, Causa especial 20153/2009, señaló que la causa que puede justificar esta unificación de postulación y defensa técnica no es otra que la total coincidencia entre las distintas acciones ejercitadas o, dicho de otra modo, en la existencia de una coincidencia de intereses, lo que siempre será más fácil verificar cuando se trate del ejercicio de acusaciones populares por varias personas.

13. DESISTIMIENTO DE LA QUERRELLA EN CUALQUIER MOMENTO

Los querellantes pueden apartarse de la querrela en cualquier tiempo, conforme dispone el artículo 274 de la LECrim. Por ello, el Tribunal Supremo repite con frecuencia que, en tal caso, procede el desistimiento y el archivo de las diligencias (así se mantiene específicamente en el ATS, Sala Segunda, de 15 de enero de 2010, dictado en la Causa especial 20459/2009).

14. PARA RECURRIR EN SÚPLICA, HA DE ESTARSE PERSONADO EN LA CAUSA MEDIANTE QUERRELLA: ACUERDO PLENARIO

Sabido es que los autos del instructor son recurribles en reforma ante el mismo (art. 222. LECrim) y que, frente a ellos, según el tipo de procedimiento, puede interponerse recurso de apelación, incluso directamente en el nuevo marco del procedimiento abreviado (art. 766 LECrim). Contra los autos de la Sala de Admisión de Causas Especiales puede recurrirse en súplica, no en reforma, si bien con la particularidad de que para recurrir en súplica el recurrente ha de haberse personado en la causa mediante querrela. Así resulta del interesante ATS, Sala Segunda, de 28 de septiembre de 2009, en un caso en que se trataba de un actor popular que subsanó dicho requisito, y en el que mantiene que la ausencia de la subsanación «[...] traería como consecuencia la aplicación del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 25 de mayo de 2005», cuyo tenor literal siguiente: «En las causas especiales el ejercicio de la acción popular por persona no ofendida por el hecho delictivo, no puede esta recurrir en súplica si no se constituye en querellante», criterio que se corresponde con la necesidad de querellarse inicialmente para ejercitar la acción popular.

15. CONEXIDAD PROCESAL EN LAS CAUSAS CONTRA DIPUTADOS Y SENADORES

Desde antiguo (ATS de 28 de enero de 1994, Causa especial 880/1991), en la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha planteado esta cuestión. Varios son los problemas que presenta la misma. Al respecto, es preciso insistir en varias ideas:

i) El juez ordinario predeterminado por la ley es aquel a quien la jurisdicción y la competencia le son atribuidas por la Constitución (en los casos a los que se refiere el artículo 71), por la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 9.1) y por las normas establecidas en el resto del ordenamiento jurídico.

ii) Por consiguiente, cuando se trate de un diputado o senador el juez ordinario predeterminado por la ley será la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por imperativo de la citada norma constitucional y de su desarrollo legal (cfr. art. 57.2 de la LOPJ).

iii) Cuando en una causa penal existan varios acusados, basta que uno solo de ellos tenga la condición de aforado para que arrastre la competencia, para todos, a dicha Sala, en virtud del principio de conexidad (cfr. art. 17 de la LECrim).

Esta conexidad es interpretada restrictivamente por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ya que el hecho de alterar la competencia para conocer de los delitos en que hayan podido incurrir los no aforados, cuando ello sea posible, no debe extenderse, salvo supuestos excepcionales derivados de la proscripción de la ruptura de la continencia de la causa, a los no aforados, que no tienen, por tanto, ese «estatus» y que muchas veces se ven privados del derecho al recurso (apelación o casación, según los casos), al igual que los aforados, lo que, en principio, solo estos deben soportar como consecuencia indisolublemente unida a su condición. Señala el ATS de 23 de noviembre de 1994, Causa especial 2270/1994, que, salvo cuando por razón de indiscutible conexidad (artículo 17 y concordantes de la LECrim), el conocimiento de una causa, para su investigación y, en su caso, enjuiciamiento, por razón de estar en ella implicado un aforado, haya de extenderse a personas no aforadas —es procedente de acuerdo con el espíritu que preside estas instituciones—, se procurará aislar, en la medida de lo posible, la responsabilidad penal del aforado para que de ella conozca la Sala Segunda, manteniéndose la competencia para los demás en los órganos judiciales a los que por razón del lugar de comisión o de la naturaleza del delito corresponda, sin perjuicio de que, en su caso, pueda conocer de las correspondientes causas esa Sala por la vía del recurso de casación. En efecto, la condición de aforado comporta un «estatus» jurídico-político inherente al cargo que se desempeña y, en ese haz de deberes y de derechos constituye, por encima de cualquier otra consideración, una exigencia de garantía frente a la sociedad misma.

Sobre estas ideas incide en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, cuyo art. 18 regula la «Determinación y efectos de la competencia por razón del aforamiento». El precepto subraya la preferencia de la competencia determinada por razón de la persona investigada o acusada, «[...] cualquiera que sea la gravedad de la conducta atribuida al aforado», y el principio de la conservación de la continencia de la causa, pues si en una causa aparecen simultáneamente investigadas o acusadas 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. Asimismo, se destaca un criterio que ya ha sido asumido por el Tribunal Supremo en sus interpretaciones, esto es, que en el caso de diversidad de aforamientos será competente el órgano jerárquicamente superior.

Por su parte, el art. 36 del Anteproyecto de 2020 recoge las siguientes reglas.

«1. La competencia determinada por razón de la persona investigada o encausada es siempre preferente, cualquiera que sea la gravedad de la conducta a ella atribuida.

2. 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.

En caso de diversidad de aforamientos, será competente el órgano jerárquicamente superior».

Debe añadirse que, *si antes de la apertura del juicio oral* deja de dirigirse la investigación o la acusación contra el aforado, se pasarán los autos al tribunal que sea competente. Así, en el apartado 3 del art. 36 del Anteproyecto dispone: «No obstante, 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».

16. ¿QUÉ SON DILIGENCIAS «ESENCIALES»?

En el caso de las diligencias previas (Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 26 de julio de 2010, asunto 20048/09), en función de cuyo objeto y finalidad se determina su pertinencia y su necesidad, las diligencias «esenciales» solo son las que se encaminan a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento (art. 777.1 LECrim). La Sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990, de 15 de noviembre, subraya que «[...] el contenido de la instrucción judicial (o diligencias previas) ha de responder a la finalidad perseguida», es decir, a las determinaciones que actualmente prevé el art. 777.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la naturaleza del hecho, las personas participantes y el órgano competente, añadiendo que, entre las diligencias, «[...] hay que incluir no solo las necesarias para formular la acusación, sino también las que, apreciada su esencialidad por el juez, puedan favorecer al imputado a los efectos de acordar luego alguna de las resoluciones contempladas en el propio art. 789.5º».

La relevancia y la necesidad se determinan, por tanto, en función de lo que el juez instructor estime como tal para dictar una de las cinco resoluciones previstas en el art. 789 de la vigente LECrim. Con meridiana claridad, la STC de 4 de julio de 1988 (en el mismo sentido se pronunció la STC 191/1989, de 16 de noviembre) declaró que las diligencias previas del art. 789 de la LECrim (hoy 777 y 779) constituyen una instrucción inicial indiferenciada solo para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento aplicable, conducente a las salidas que el propio artículo señala en sus reglas 1ª a 5ª. Por definición —añade la sentencia citada— tales

diligencias son, según la ley, solo las esenciales y no pueden utilizarse para otros fines que los señalados en el precepto ni por más tiempo del que se precisa para ello («sin demora»), so pena de convertirse por una inaceptable corruptela en un nuevo procedimiento que desvirtúe su naturaleza.

17. SECRETO DE LAS ACTUACIONES

Las instrucciones en materia de aforados no difieren, naturalmente, del resto de instrucciones sumariales; por ello, en ocasiones los magistrados y magistradas instructores de la Sala Segunda del Tribunal Supremo necesitan dictar autos de estas características. Reproducimos a continuación un pasaje de un auto dictado por un instructor en una relevante causa (nos referimos al ATS de 16 de julio de 2009, Causa especial 20343/2009) en el que se exponen las líneas jurídicas que permiten adoptar este tipo de medidas: «[...] los razonamientos expuestos, la naturaleza de los delitos perseguidos y el carácter de las diligencias de prueba que se están practicando unido a la situación en que se encuentra el procedimiento seguido ante [...] determinan que se estime racional, lógica, fundada, necesaria y respaldada legalmente la medida de decretar el secreto de estas diligencias por el plazo de treinta días».

A tal efecto, ha de señalarse que la LECrim establece, como un instrumento más de investigación en la fase instructora, la posibilidad de decretar el secreto de las actuaciones en la forma, modo y condiciones establecidas en el artículo 302 de dicho cuerpo legal sin que ello afecte al Ministerio Fiscal, dado que no es una parte personada más, sino un órgano constitucional del Estado.

Se afecta así la regla general de publicidad procesal que, como garantía institucional, establece el artículo 120.1 de la Constitución, principio de acuerdo con el cual las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones previstas en la ley de procedimiento; y tiene también su reflejo en el derecho a un proceso público (artículo 24 C.E.) y en el derecho a recibir información libremente. Así, pues, las excepciones a la publicidad deben establecerse con reserva de ley, deben estar justificadas, y la medida prevista debe guardar la debida congruencia con el resultado perseguido.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 176/1988, de 4 de octubre, el secreto tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones iniciales pueda ocasionar interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación y constituye una limitación del derecho de defensa que no implica indefensión porque no impide a la parte ejercerlo plenamente cuando se alce el secreto al haber satisfecho su finalidad.

De ahí que el tiempo de duración del secreto de las actuaciones no sea un dato relevante a la hora de valorar la eventual indefensión, ya que este posible resultado no depende del plazo en que se mantenga el secreto, sino de la ausencia de justificación razonable en el

mismo y de que no se conceda al acusado la oportunidad posterior para defenderse frente a las pruebas en él practicadas.

En la Causa especial 20483/2015, el ATS de 23 de diciembre de 2015 declara: «La prórroga del secreto de las actuaciones no está prevista como tal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reseñado (STC 176/88) que «[...] tal laguna no impide al juez de instrucción proteger el valor constitucional que justifica el secreto del sumario si el plazo ha resultado insuficiente para hacer efectiva plenamente esa protección e, igualmente, que resulta inaceptable que la prórroga del plazo máximo del secreto sumarial ocasione, por sí sola y sin más condicionamiento, un resultado de indefensión».

18. EL PROBLEMA DE LA APERTURA DEL JUICIO ORAL

La decisión de resolver acerca del sobreseimiento o la apertura del juicio oral corresponde en el procedimiento abreviado precisamente al magistrado instructor (arts. 779 a 783 de la LECrim), no al tribunal competente para el enjuiciamiento, como sucede en el proceso ordinario (arts. 622 ss. de la LECrim). Se trata de una diferencia de indudable significación y trascendencia, pues en el procedimiento ordinario, después del auto de conclusión del sumario (art. 622 de la LECrim), el instructor remite lo actuado al tribunal al que compete decidir si revoca la conclusión (art. 630 de la LECrim), si decreta el sobreseimiento libre o provisional (arts. 632 y 634 ss. de la LECrim) o si ordena la apertura de la fase del juicio oral (arts. 632 y 649 ss. de la LECrim). En el procedimiento abreviado, el esquema de la fase intermedia se invierte: se atribuye al juez de instrucción la competencia para decidir, una vez concluida la fase de investigación, si el proceso debe finalizar en ese momento definitiva o provisionalmente con auto de sobreseimiento o si, por el contrario, debe continuar con el trámite de presentación de los escritos de acusación; y aun así, a la vista de la acusación decide si abre el juicio oral o sobresee (art. 779, 782 y 783 de la LECrim). En el procedimiento ordinario, el auto de apertura del juicio oral en el procedimiento ordinario carece de recurso; solamente es susceptible de recurso el auto de transformación del procedimiento —de previas a abreviado—.

Un sector doctrinal ha hecho notar que el significado de esta diferencia va más allá de la simple búsqueda de la celeridad procedimental. Desde la perspectiva de la *imparcialidad judicial*, el legislador pretende lograr en ese aspecto mejores garantías que las que ofrece el procedimiento ordinario. En efecto, sentada como premisa que la decisión judicial de sobreseer o de abrir el juicio oral de un proceso entraña siempre un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, siquiera sea con carácter provisional y sobre bases indiciarias, el legislador ha querido que esa tarea corresponda al instructor —que no tiene competencia para el enjuiciamiento—, preservando al órgano judicial —que sí lo tiene— del peligro de prejuzgar la pretensión y perder con ello su imparcialidad para conocer de los mismos hechos en el juicio oral y decidir en sentencia de fondo.

Por ello, en nuestro sistema actual esta facultad nunca debería corresponder tribunal sentenciador, que será después sala de enjuiciamiento.

En la regulación propuesta por el Anteproyecto de 2020, corresponderá al juez de la audiencia preliminar tomar esta decisión (art. 810.2: «En la fase intermedia actuará como juez de la audiencia preliminar el magistrado de la referida sala al que, por turno preestablecido, corresponda»).

Por lo que respecta a los recursos de reforma y apelación previstos contra las decisiones del juez de garantías y del juez de la audiencia preliminar, conocerá de ellos una Sala de Recursos compuesta por tres magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, en sus respectivos casos (art. 810.3).

19. ENJUICIAMIENTO MEDIANTE SISTEMA DE JURADO: ACUERDO PLENARIO

Dentro del ámbito de actuación del Tribunal Supremo, en nuestra historia judicial no ha sido desconocido el Jurado. Si se repasa la Constitución de 1931 (art. 99), la responsabilidad civil y criminal de los jueces, magistrados y fiscales, excluidos los magistrados de aquel Alto Tribunal (el párrafo segundo del art. 99 disponía: «La responsabilidad del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del fiscal de la República será exigida por el Tribunal de Garantías Constitucionales»), se exigían ante el Tribunal Supremo por medio de un «Jurado especial» constituido en el seno del mismo.

Pues bien, a pesar de que el art. 2.1, párrafo segundo, de la LOTJ determina que, si por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo, el magistrado que lo presida será un magistrado del propio TS. La incidencia de tal norma en el marco constitucional fue objeto de un Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional, de fecha 27 de noviembre de 1998 («El enjuiciamiento de los diputados, senadores (art. 71.3 CE) y miembros de la presidencia y demás miembros del Gobierno (art. 102.1 CE) se tramitarán ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo según las normas de procedimiento contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal»). Tanto la ponencia como la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1995, de 27 de diciembre, sostenían que el enjuiciamiento de los diputados y senadores (art. 71.3 Constitución española) y los miembros de la presidencia y del Gobierno de la nación (art. 102.1 CE) deberían tramitarse ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo según las normas del procedimiento contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este fue, finalmente, el Acuerdo adoptado, al que siguió, ya como pronunciamiento jurisdiccional, el ATS, Sala Segunda, de 9 de febrero de 1999.

Para mantener dicha tesis se argumenta que la previsión normativa de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 57) no es sino una transcripción fidedigna de los mandatos constitucionales contenidos en los arts. 71.3 y 102.1 de la Constitución, que establecen que

la responsabilidad criminal del presidente y los demás miembros del Gobierno y la de los diputados y senadores será exigible ante la «Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». El rango constitucional de dichas normas impide su modificación por la referida Ley Orgánica, cuyo art. 57 tampoco ha sido modificado. De manera que el enjuiciamiento no se realizará mediante Tribunal del Jurado, sino por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, conforme a las normas procesales y de reparto establecidas.

No se escapa, empero, que esta cuestión debió decidirla, en opinión de la doctrina científica, Tribunal Constitucional (Pérez-Cruz Martín, 2020: 779-780). Pero debe señalarse también, como ya hemos dicho, que el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 excluye al Tribunal del Jurado del ámbito de las causas especiales relativas a aforados.

En efecto, el art. 815.3 del Anteproyecto de 2020 dispone: «En ningún caso el enjuiciamiento podrá tener lugar ante el Tribunal del Jurado».

20. ARTÍCULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO

Dentro de la denominada fase intermedia, el procedimiento ordinario cuenta con los llamados artículos de previo pronunciamiento regulados en el art. 666 LECrim, el quinto de los cuales es la «[...] falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a las leyes especiales». Como se sabe, tales cuestiones pueden proponerse en el plazo de tres días, a contar desde el de la entrega de los autos para la calificación de los hechos; en el procedimiento abreviado, se abre camino una interpretación —que cuenta con claro apoyo legal— que residencia tales cuestiones, como previas, antes de la celebración del juicio oral (art. 793.2 de la LECrim).

Planteadas formalmente la cuestión, si el tribunal estima procedente el artículo por falta de autorización para procesar a un diputado o a un senador, mandará subsanar inmediatamente este defecto, quedando entretanto en suspenso la causa, que continuará en su estado una vez concedida la autorización.

Sin embargo, si se deniega tal autorización, una vez remitido el oportuno suplicatorio a la Cámara correspondiente, será nulo todo lo actuado y se sobreseerá libremente la causa (que ha de entenderse respecto al parlamentario encausado, no respecto a los restantes acusados o procesados).

El Anteproyecto de 2020, en el propuesto art. 815, dispone al efecto lo siguiente:

- «1. Antes de dictar el auto de apertura del juicio oral, el juez de la Audiencia Preliminar del Tribunal Supremo recabará la autorización del Congreso de los Diputados o del Senado para proceder al enjuiciamiento de la persona aforada.
2. Si la autorización fuera denegada, se archivará la causa respecto de la persona aforada hasta que sea comunicado al tribunal el cese del aforamiento».

La LECrim contempla esta causa en relación directa con la competencia para el enjuiciamiento, ya que, en realidad, lo primero que tiene que hacer la sala enjuiciadora al existir un parlamentario procesado es declinar su competencia a favor del Tribunal Supremo para que se proceda a la petición del oportuno suplicatorio. Únicamente mantendrá su competencia en aquellos casos en los que se formule la pretensión de autorización previa para otros cargos públicos que, en realidad, no ostenten tal aforamiento y, por consiguiente, la cuestión deba ser analizada por la correspondiente Audiencia Provincial, lo que puede ser objeto de un artículo de previo pronunciamiento.

El Anteproyecto de 2020 —art. 816— mantiene tal conclusión: «Las solicitudes de autorización a la que se refieren los dos artículos anteriores revestirán la forma de suplicatorio y a él se acompañarán, con carácter reservado, las peticiones realizadas por el fiscal y las partes y la resolución adoptada por la autoridad judicial».

21. EL PROYECTADO PROCEDIMIENTO PARA AFORADOS DE 2020

El Título III, Capítulo I («Disposiciones generales») del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 regula el procedimiento contra personas aforadas. En cuanto a su ámbito de aplicación, el art. 808 dispone: «Las disposiciones de este título serán de aplicación a los procedimientos que se sigan ante el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia contra personas aforadas».

El Anteproyecto se refiere a las personas aforadas al Tribunal Supremo en el texto constitucional (arts. 71 y 102) y en la LOPJ (art. 57).

Respecto a los Tribunales Superiores de Justicia, han de consultarse los respectivos estatutos de autonomía (que, en ocasiones, también atribuyen la competencia a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) y, en el caso de los magistrados, jueces y fiscales, la LOPJ.

El Anteproyecto prevé que la instrucción corra a cargo del Ministerio Fiscal, de manera que, cuando en virtud de denuncia o atestado llegue a conocimiento del fiscal la noticia de la comisión de una infracción penal cometida (presuntamente) por una persona aforada, dictará un decreto acordando iniciar el procedimiento de investigación, que remitirá a la sala competente por razón del aforamiento (art. 809.1).

También puede suceder (así lo prevé el art. 809.2) que, cuando en el curso de un procedimiento de investigación que inicialmente no se haya dirigido contra una persona aforada resulten indicios que permitan atribuirle la realización del hecho punible, el fiscal practique con ella la primera comparecencia, remitiéndola a la sala competente por razón del aforamiento.

Sorprende, sin embargo, el hecho de que el apartado 3 de dicho precepto, dedicado a las querellas, parece limitarlas a las interpuestas en caso de delitos de injuria o calumnia contra particulares, pues en tal supuesto la querella del acusador privado se dirigirá directamente a la Sala competente por razón del aforamiento.

Y decimos que sorprende, en primer lugar, porque la inviolabilidad como garantía de que gozan los parlamentarios en sus votos y opiniones impedirá la prosecución de muchas de esas querellas; en segundo lugar, porque se abre una posibilidad de que se presenten querellas directamente dirigidas a la sala, que no tiene facultades de instrucción; y, finalmente, porque parecen excluirse las querellas para el resto de los temas. A nuestro juicio, habría sido más adecuado suprimir esta excepción y que tales querellas siguieran el régimen general de perseguibilidad en materia de aforados.

21.1. COMPETENCIA JUDICIAL EN LAS ACTUACIONES PREVIAS AL JUICIO ORAL

El art. 810 del Anteproyecto de 2020 dispone en su apartado 1 que, recibido el decreto de iniciación, el escrito de primera comparecencia o la querella a la que nos hemos referido anteriormente, el letrado de la Administración de Justicia determinará, de acuerdo con un turno preestablecido, el magistrado de la sala que haya de actuar como juez de garantías. Y para la fase intermedia, el apartado 2 prevé que actuará como juez de la audiencia preliminar el magistrado de la referida sala al que, por turno preestablecido, corresponda.

21.2. CONTINUACIÓN DE LAS DILIGENCIAS

El fiscal practicará la primera comparecencia con la persona aforada en la forma prevenida en el artículo 557 del Anteproyecto, sujetándose la tramitación posterior de la causa a las reglas generales del procedimiento ordinario.

No obstante, en caso de delito privado se dará traslado de la querella a la persona aforada y el procedimiento continuará por los trámites del Título II del correspondiente Libro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 811).

21.3. REGULACIÓN DE LA PRIMERA COMPARECENCIA CON EL AFORADO

Desde el momento en que de las actuaciones resulten indicios que permitan atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada, el fiscal la convocará a una primera comparecencia para comunicarle que la investigación se dirige contra ella.

En la citación que se realice se le informará de que deberá comparecer asistida de abogado, advirtiéndole que, si no lo hace, será designado un abogado de oficio para su defensa.

Así, el art. 557 del Anteproyecto regula de forma general la comparecencia, y dispone que, al iniciarse la misma, el fiscal preguntará a la persona investigada sus datos personales, le informará de los derechos que le asisten y le requerirá para que designe un domicilio en España donde practicar las notificaciones o una persona que las reciba en su nombre, advirtiéndole que la citación realizada en la persona o en el domicilio designados permitirá la celebración del juicio oral en su ausencia en los casos y con los requisitos previstos en la ley.

A continuación, le informará de manera clara y precisa de los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica provisional. De todo ello se dejará constancia en el acta.

Finalmente, el fiscal preguntará a la persona investigada si desea prestar declaración en ese momento, procediéndose, en su caso, a la práctica de esta diligencia en la forma prevista en el Capítulo III del Título I del Libro III.

Cuando, por la complejidad de la investigación, la información verbal no asegure la adecuada comprensión de los hechos investigados ni de su calificación provisional, se comunicarán estos extremos por escrito a la persona investigada, dejando constancia de ello en el acta de la comparecencia.

21.4. LAS DIVERSAS AUTORIZACIONES DURANTE LA INSTRUCCIÓN

i) Autorización para adoptar una medida cautelar personal

El art. 814.1 del Anteproyecto de la LECrim 2020 dispone que la solicitud y adopción de una medida cautelar personal respecto de un diputado o senador se realizará conforme a lo establecido en el Libro II.

Ahora bien, en los casos de aforados, el juez de garantías, el de la audiencia preliminar o la sala de enjuiciamiento del Tribunal Supremo, según la fase del procedimiento en que la medida cautelar deba ser adoptada, recabará la autorización del Congreso de los Diputados o del Senado sin perjuicio de la ejecución inmediata de la medida en los supuestos de urgencia.

Nada se dice del contenido de tal regulación en el supuesto de los aforado ante un Tribunal Superior de Justicia, pero ello es consecuencia de que las asambleas autonómicas no pueden autorizar que se proceda contra un parlamentario, por lo que tampoco pueden autorizar una medida cautelar de contenido personal.

Por supuesto, si se deniega la autorización, se alzarán la medida cautelar acordada de forma urgente.

Tampoco se dice nada de la autorización para la adopción de medidas de injerencia en los derechos fundamentales del aforado, por lo que entendemos que no procede ningún tipo de autorización de las asambleas legislativas en este sentido.

ii) Autorización para el enjuiciamiento

El apartado 1 del art. 815 del Anteproyecto de 2020 establece que, antes de dictar el auto de apertura del juicio oral, el juez de la audiencia preliminar del Tribunal Supremo recabará la autorización del Congreso de los Diputados o del Senado para proceder al enjuiciamiento de la persona aforada.

Respecto a la forma, el art. 816 señala que las solicitudes de autorización revestirán la forma de suplicatorio y que a él se acompañarán, con carácter reservado, las peticiones realizadas por el fiscal y las partes y la resolución adoptada por la autoridad judicial.

Si la autorización fuera denegada, se archivarán la causa respecto de la persona aforada hasta que sea comunicado al tribunal el cese del aforamiento (art. 815.2).

Quiere con ello decirse que corresponde al juez de la audiencia preliminar del Tribunal Supremo —y no ya a la sala de admisión, como hasta ahora— recabar la autorización de la respectiva Cámara, resolución que consideramos susceptible de ser impugnada mediante los recursos pertinentes, a los que luego nos referiremos.

Por otro lado, y como ya hemos expuesto, tal petición de autorización que no es necesaria cuando se trata de parlamentarios autonómicos o magistrados aforados.

El Anteproyecto de 2020 retoma los derroteros del Anteproyecto de 2011 y modifica nuestro sistema actual de cierre del caso por sobreesimiento libre, en la medida en que determina que, si la autorización fuera denegada, se archivará la causa respecto de la persona aforada hasta que sea comunicado al tribunal el cese del aforamiento (art. 815.2). En ese caso, el Tribunal Supremo tendrá que remitir de nuevo la causa al fiscal para la prosecución de la instrucción sin adoptar, pensamos, ningún tipo de resolución al respecto —ni siquiera, a nuestro juicio, la prescripción por no pertenecerle ya desde el punto de vista procesal—.

21.5. JUICIO ORAL

El art. 812 del Anteproyecto de 2020 dispone que, cuando el juez de la audiencia preliminar acuerde la apertura del juicio oral, remitirá las actuaciones a una sala de enjuiciamiento del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia, que estará compuesta por cinco magistrados, salvo en los supuestos indicados en el artículo 817 de esta ley.

Con esta determinación, la sala de enjuiciamiento estará compuesta de cinco magistrados en los supuestos de aforados ante un Tribunal Superior de Justicia, y de siete magistrados en los casos de aforados ante Tribunal Supremo («El juicio oral de diputados y senadores tendrá lugar ante una sala de enjuiciamiento del Tribunal Supremo compuesta por siete magistrados»).

Por supuesto, los magistrados que hayan actuado como juez de garantías o como juez de la audiencia preliminar o que hayan formado parte de la sala de recursos no podrán participar en el enjuiciamiento posterior del hecho (art. 810.3 del Anteproyecto de 2020).

21.6. RECURSOS

i) De reforma y apelación durante la instrucción

De los recursos de reforma y apelación previstos contra las decisiones del juez de garantías y del juez de la audiencia preliminar conocerá una sala de recursos compuesta por tres magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, en sus respectivos casos.

ii) Frente a la sentencia dictada tras el juicio oral

El Anteproyecto de 2020 (art. 812) diferencia los medios de impugnación en función del órgano judicial que haya dictado la sentencia —un Tribunal Superior de Justicia o el Tribunal Supremo—.

Si la ha dictado este último, la sentencia dictada por la sala de enjuiciamiento del Tribunal Supremo no será susceptible de recurso alguno.

Sin embargo, contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

¿Quiere esto decir que no hay casación? ¿Pasa a ser el Tribunal Supremo un órgano de apelación, función que no desarrolla en sus actuaciones en materia procesal? Entendemos que el sistema de recursos se haya diseñado de este modo para salvaguardar el derecho a la doble instancia, pero, conforme a lo declarado ya por el Tribunal Constitucional (STC 51/1985, de 10 de abril), y como ya se ha visto, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo no lo tienen. Consideramos, en consecuencia, que el Tribunal Supremo no puede convertirse en un órgano de apelación para estos casos, y de casación para todos los demás. El artículo 2, apartado 2. el Protocolo nº 7 a la Comisión de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales dispone con toda claridad lo siguiente: «El derecho de toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal, a que el tribunal superior examine la culpabilidad o la condena, tiene como excepción, entre otras, la de haber sido juzgado en primera instancia por la más alta jurisdicción».

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA-GARCÍA GONZÁLEZ, Ángel Manuel (1992): *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- ÁLVAREZ-LINERA y URÍA, César (1981): «Notas sobre el llamado “Fuero Parlamentario”» *Diario La Ley*, t. 2.
- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (1993): «Consideraciones sobre la naturaleza de la inmunidad parlamentaria y la necesidad de objetivar los criterios para la concesión de los suplicatorios. (Un comentario a la STC 206/1992, de 27 de noviembre, “caso González Bedoya”», *Revista de las Cortes Generales*, 28, 101-120.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (1989): «El grado de suficiencia en la motivación del suplicatorio y la Doctrinal del Tribunal Constitucional. (Comentario a la S. 206/1992, de 27 de noviembre)», *Revista de Cortes Generales*, 17, 33-66;
- FERREIRO BAAMONDE, Xulio Xosé (2005): *La víctima en el proceso penal*, Madrid: Marcial Pons.
- GIMENO SENDRA, José Vicente (1992): «La acción popular, el jurado y los tribunales de escabinos», en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la Legislación penal (Derecho Penal y Constitución)*, t. I, Madrid: Edersa
- GOMEZ COLOMER, Juan Luis y Iñaki ESPARZA LIEBAR (2009): *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch..
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel (1994): «Procesos penales contra aforados», *Cuestiones de Derecho Procesal Penal. Cuadernos de Derecho judicial*, 10. Madrid: CGPJ.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (1993): «La inmunidad parlamentaria: nota a la STC 206/1992, de 27 de noviembre. El Tribunal Constitucional en un callejón sin salida», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 13, 97-114;
- ORTEGO PÉREZ, Francisco (2008): «Límites al ejercicio de la acción penal popular (a propósito de la STS de 17 de diciembre de 2007)» *Justicia. Revista de Derecho procesal*, 3-4, 383-406.

- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús (1995): «Anotaciones a la composición y competencia de los arts. 1 a 5 de la LO 5/1.995 *in datada*», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 3-4.
- (1996): «La competencia del Tribunal del Jurado», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 8(3).
 - (1998): «La competencia del Tribunal del Jurado (arts. 1 y 5 LOTJ)», en *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva. La competencia del Tribunal del Jurado. Revista del Poder Judicial*, 49.
 - (2020): *Derecho procesal penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ GIL, Julio (1998): *La acusación popular*, Granada: Comares.
- PUNSET BLANCOM, Ramón (2001): «Las garantías parlamentarias», en *Id. Estudios Parlamentarios*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 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-Wolters Kluwer.
- TIEDEMANN, Klaus (1999): «Indemnidad, inmunidad y acusación de funcionarios en el Derecho Constitucional y en el Derecho Procesal Penal alemán y extranjero», *Revista de Derecho Procesal*, 1, 111-122.

Fecha de recepción: 3 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2021.