

EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS Y LAS PRERROGATIVAS  
PROCESALES DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS DE  
GOBIERNO AUTONÓMICOS

*Rosario García Mabamut*

*Profesora Titular de Derecho Constitucional*

*(Universitat Jaume I de Castellón)*

SUMARIO

- 1. El Estado de las Autonomías y las prerrogativas de los consejeros autonómicos en el ámbito procesal penal*
- 2. El significado constitucional de la prerrogativa de fuero en el ámbito autonómico:*
  - A) Precisiones de relevancia constitucional*
  - B) Ambito material y temporal del aforamiento*
- 3. La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado y la prerrogativa de fuero: Algunas cuestiones pendientes*
- 4. El aforamiento y la naturaleza de la norma en el ámbito autonómico*
- 5. Una consideración final*

### ***1. El Estado de las Autonomías y las prerrogativas de los consejeros autonómicos en el ámbito procesal penal***

El impacto social que genera en un avanzado y consolidado Estado Social y Democrático de Derecho la percepción de que a los más altos responsables de la cosa pública durante el ejercicio de sus funciones –a veces, incluso más allá del ejercicio de las mismas– se les dota de auténticos privilegios personales de carácter penal y procesal que hacen quebrar, a primera vista, el principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, obliga al jurista a afrontar un análisis concienzudo de tales excepciones al principio de igualdad con el objetivo último de contribuir a dimensionar con exactitud el régimen jurídico de tales prerrogativas.

Permítaseme puntualizar que, como se desprende del título del trabajo, nuestro objeto de estudio se ceñirá a las prerrogativas de carácter procesal penal de las que gozan, en un Estado complejo como lo es el nuestro, los miembros que integran los Gobiernos autonómicos. Es más, será objeto de especial atención, por los complejos problemas que genera, como tendremos ocasión de demostrar, el fuero especial del que gozan tales sujetos.

Establecer con precisión las prerrogativas de carácter procesal penal de las que gozan los consejeros autonómicos en los distintos ordenamientos autonómicos exige tener en cuenta una serie de variables proporcionadas, fundamentalmente, por la Constitución y por las normas institucionales básicas de cada Comunidad Autónoma, esto es por los Estatutos de Autonomía.

A estos efectos debemos tener presente, con carácter previo, lo que ya de todos es conocido: Nuestra Carta Magna perfiló las líneas básicas de un sistema parlamentario de gobierno para aquellas Comunidades Autónomas que accedieron por el procedimiento previsto en el art. 151 CE.

En efecto, recordemos que el art. 152.1 de la CE viene a mandar que, la organización institucional autonómica de aquellos estatutos de Autonomía aprobados por el procedimiento previsto en el art. 151 debe basarse en una Asamblea Legislativa, en un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido de entre sus miembros y nombrado por el Rey, al que le corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad Autónoma y la representación ordinaria del Estado en ésta. Amén de mandar expresa e inequívocamente que “el Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea”.

Sin embargo, y a pesar de que la Constitución no perfiló la organización institucional ni, obviamente, las relaciones interorgánicas que debían producirse entre las Asambleas Legislativas y los Consejos de Gobierno del resto de las Comunidades Autónomas, todas ellas adoptaron en sus líneas maestras un sistema parlamentario de Gobierno en el que se cumplen las notas definitorias de tal caracterización: elección del Presidente del Gobierno por la Asamblea Legislativa, la posibilidad de remoción del Gobierno por parte de las Asambleas y el establecimiento de mecanismos de control a través de los cuales se verifica constantemente y de diversas formas la confianza depositada por la Asamblea en el Gobierno.

De las notas esenciales que definen el sistema parlamentario de Gobierno es la elección del Presidente del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas la que centrará nuestra atención. Obsérvese que si bien el art. 152.1 CE de forma expresa mandata que el Presidente debe ser elegido por los miembros de la Asamblea Legislativa de entre sus miembros, tal disposición viene reproducida por la práctica totalidad de los Estatutos de Autonomía<sup>1</sup>. A *sensu contrario*, y a pesar de que los miembros que integran el Gobierno son nombrados y separados por el Presidente del mismo en virtud del principio de confianza que les une, no se impone la voluntad estatutaria de que los Consejeros deban gozar de la condición de Diputados.

Esta última consideración adquiere una enorme relevancia a los efectos de determinar el alcance jurídico de las prerrogativas de carácter procesal penal de los miembros del Gobierno autonómico. Fundamentalmente por un dato: En el ámbito autonómico el régimen jurídico de las prerrogativas de las que gozan tales sujetos se encuentra en íntima conexión formal con el hecho de que éstos gocen o no de la condición de Diputados autonómicos. Esta afirmación viene perfectamente avalada tras la comprobación de que, sin excepción, los diecisiete Estatutos de Autonomía:

-Impiden perseguir penalmente a los parlamentarios autonómicos por las opiniones y por los votos emitidos en el ejercicio del cargo, esto es, reconocen

1. Art. 33.1 EPV; Art. 36.1 EC; Art. 15.1 EG; Art. 37.1 EA; Art. 32.1 EAs.; Art. 23.2 ER; Art.17.3 ECant.; Art. 31.1 Mur.; Art. 15.1 ECV; Art. 21.1 EA.; Art. 14.2 ECM; Art. 17.1 ECan.; Art. 30 EE; Art. 30.1 EB; Art. 16.1 EM; Art. 17.2 ECL. La Ley Orgánica del Régimen Foral de Navarra sólo señala que el Presidente debe ser elegido por el Parlamento sin especificar que debe ser elegido de entre sus miembros (art. 29.1). Sin embargo, en su Ley de Gobierno si que mandata tal condición.

la inviolabilidad<sup>2</sup>.

-Impiden la detención y la retención de los parlamentarios por aquellos presuntos actos delictivos que pudieran cometer dentro del territorio de la Comunidad Autónoma pertinente<sup>3</sup>, salvo en caso de flagrante delito.

-Atribuyen al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, para aquellos presuntos delitos cometidos dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, la capacidad de decidir sobre la inculpación, prisión, procesamiento y juicio de los Diputados autonómicos<sup>4</sup>. Para aquellos delitos cometidos fuera del ámbito territorial autonómico se establece con carácter general que la responsabilidad penal sea exigida en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En definitiva, y al igual que sucede en el ámbito nacional, se reconoce en todos los Estatutos un aforamiento de los Diputados autonómicos<sup>5</sup>.

Si bien éstas constituyen las prerrogativas que los distintos Estatutos de Autonomía atribuyen a sus parlamentarios autonómicos, no cabe duda que, por lo que afecta a los miembros de los Gobiernos autonómicos, en cualquier caso, aquellos consejeros autonómicos que gozan de la condición de parlamentarios autonómicos les ampara en el ejercicio de sus funciones como miembros del Gobierno de la Comunidad Autónoma las prerrogativas 2<sup>a</sup> y 3<sup>a</sup> de las anteriormente mencionadas.

Esta afirmación, por el contrario, ha venido contrastando con un hecho de notable interés. Si bien casi dos tercios de los Estatutos de Autonomía amparan expresamente que el Presidente del Consejo de Gobierno y los Consejeros durante su mandato por los actos delictivos cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma no pueden ser detenidos ni retenidos salvo en caso de flagrante delito, correspondiendo, en todo caso su inculpación, prisión, procesa-

2. Art. 26.6 EPV; Art. 31.1 EC; Art. 11.3 EG; Art. 26.3 EA; Art. 26.1 EAs.; Art. 17.7 ER; Art. 11.1 ECant.; Art. 25.2 EMur.; Art. 12.3 ECV; Art. 18.5 EAr.; Art. 10.3 ECM; Art. 10.3 ECan.; Art. 13.2 EN; Art. 24.1 EE; Art. 23.1 EB; Art. 11.5 EM; Art. 12.3 ECL.

3. Art. 31.2 EC; Art. 18.6 EAr.; Art. 14.1 EN; Art. 11.6 EM. En el resto de los Estatutos coinciden en el número del artículo recogido en la nota anterior. Conviene subrayar, por lo demás la excepción que supone el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares en cuyo art. 23.1 se omite cualquier referencia acerca del ámbito territorial en el que se perpetra el presunto acto delictivo.

4. Ibidem.

5. A lo que debe añadirse inmediatamente que el art. 57.1, 2º de la LOPJ reconoce expresamente que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.

miento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma, por contra, algo menos de un tercio de los Estatutos nada venía a disponer sobre el particular.

En efecto, obsérvese que la imposibilidad de que los miembros del Gobierno puedan ser retenidos por presuntos actos delictivos cometidos durante su mandato, salvo flagrante delito, es omitida por los siguientes Estatutos de Autonomía: Andalucía, Asturias, Cantabria, Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Navarra, Extremadura y Madrid. Debe matizarse que en el supuesto de Castilla y León y de la Rioja, tras la reforma de ambos Estatutos operadas en enero del pasado año (8/1/1999 y 7/1/99, respectivamente) se prevé expresamente tal imposibilidad<sup>6</sup>.

Por lo que al aforamiento de los miembros del Consejo de Gobierno autonómico afecta cabe subrayar un dato de enorme interés. Si bien aquellas Comunidades Autónomas que en el articulado original de sus Estatutos nada preveía expresamente sobre el particular y recordemos que sólo formaban parte de este supuesto los estatutos de la Rioja, Extremadura, Asturias y Castilla y León todos y cada uno de los mismos han incluido, en sus respectivas reformas estatutarias operada todas al inicio del pasado año, el aforamiento para los miembros del Consejo del Gobierno. En efecto, obsérvese que tras la reforma operada por la Ley orgánica 1/ 1999, de 5 de enero de 1999, el Estatuto de Asturias incluye el aforamiento en su art. 35 bis.<sup>17</sup> Idéntica situación se produce tras las reformas del Estatuto de Castilla y León (LO 4/1999, de 8 de enero de 1999) que prevé el aforamiento en su nuevo art. 21<sup>8</sup>, del Estatuto de la Rioja (LO 2/1999, de 7 de enero de 1999) que prevé el aforamiento en su art. 24. Cuatro<sup>9</sup>. 1 y 2 y

6. Vid. art. 21 ECL y art. 24 cuatro 1 ER.

7. “La responsabilidad penal del Presidente del Principado y de los miembros del Consejo de Gobierno será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias por los actos cometidos en el territorio del Principado. Fuera de éste, la responsabilidad penal será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo” (Art. 35bis. 1 EAAAs).

8. “El Presidente y los demás miembros de la Junta, durante su mandato y por los actos delictivos cometidos en el territorio de Castilla y León, no podrán ser detenidos ni retenidos sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Castilla y León. Fuera de dicho territorio la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo” (Art. 21. EACL)

9. “El Presidente y los demás miembros del gobierno durante su mandato y por los actos delictivos cometidos en el territorio de la Comunidad Autónoma, no podrán ser detenidos ni retenidos sino en supuesto de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de la Rioja” (Art. 24 Cuatro 1. ER). “Fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo” (Art. 24 Cuatro 2. ER).

del Estatuto de Extremadura (LO 12/1999, de 6 de mayo de 1999) que lo incluye en su art. 40.2<sup>10</sup>.

En materia de aforamiento cabe, además, señalar, con independencia de estudio más detallado sobre el fondo, algunas peculiaridades. En primer lugar, si con carácter general el aforamiento se realiza en favor del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, quien conocerá de los ilícitos presuntamente cometidos dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, se atribuye al Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, el conocimiento, en los mismos términos, de aquellas causas cometidas fuera del territorio de la Comunidad. Teniendo presente lo anterior, cabe destacar, no obstante, que algún Estatuto de Autonomía atribuye:

1. El conocimiento de los ilícitos criminales en los que presuntamente pudieran incurrir el Presidente y los demás miembros del Gobierno con carácter exclusivo a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, esto se excluye en cualquier caso al Tribunal Superior de Justicia superando así el criterio de orden territorial que generalmente se sigue en orden de atribución de la competencia en materia de aforamientos. Esta es la previsión del Régimen Foral de Navarra (art. 27).

2. Atribuyen el conocimiento de tales ilícitos penales en exclusividad al Tribunal Supremo pero sólo en el supuesto de que quien incurra en el mismo sea el Presidente de la Comunidad Autónoma. A esta previsión responde el Estatuto de Andalucía (art. 40.1) y el de Madrid (art. 25.1).

En segundo lugar, debemos subrayar la nota de absoluta excepción que aporta en esta materia el Estatuto de la Comunidad Valenciana y que, ciertamente, no afecta tanto al aforamiento como a la condición de procedibilidad que impone a la hora de acudir ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad cuando de lo que se trata es de depurar la responsabilidad penal en la que haya podido incurrir el Presidente y los miembros del *Consell*: “La responsabilidad penal de los miembros del “*Consell*” y, en su caso, la del Presidente, se exigirá a propuesta de las Cortes Valencianas, ante el Tribunal de Justicia Valenciano” (Art. 19 ECV)<sup>11</sup>.

10. La responsabilidad penal del Presidente de la Junta y los Consejeros será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, por los actos delictivos cometidos dentro del territorio. Fuera de éste tal responsabilidad será exigible ante la Sala de lo Penal correspondiente del Tribunal Supremo. (...)” (Art. 40.2 EE).

11. Conviene realzar el dato de que, hasta la fecha, el contenido de este artículo no ha cobrado virtualidad práctica.

Retomando la idea inicial cabe señalar que, por lo que respecta a aquellos Estatutos que nada dice en relación a la imposibilidad de retener a aquellos miembros del Consejo de Gobierno salvo caso de flagrante delito conviene tener en cuenta al menos dos secuencias del problema:

1. A pesar de que nada se diga en torno al Presidente del mismo las prerrogativas rigen desde el momento mismo en que todos los Estatutos prevén que este ha de ser Diputado autonómico. Hemos comprobado que absolutamente todas las normas institucionales básicas amparan la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento<sup>12</sup> para los Diputados autonómicos.

2. El problema se plantea con exclusividad para aquellos Consejeros de Gobierno que no gocen de la condición de Diputados. Ninguno de los Estatutos menciona la preceptividad de que los miembros del Consejo de Gobierno deba ser Parlamentario. Al Presidente le corresponde su designación y su cese. Las distintas leyes de Gobierno de las distintas Comunidades Autónomas tampoco establecen tal preceptividad.

## ***2. El significado constitucional de la prerrogativa de fuero en el ámbito autonómico***

Llegados a este punto convendría adentrarse en el significado constitucional de la prerrogativa de fuero en el ámbito autonómico. Ello exige, en primer lugar, realizar una serie de precisiones de relevancia constitucional y, en segundo, clarificar el ámbito material y temporal del aforamiento.

### **A) Precisiones de relevancia constitucional.**

Los Estatutos de Autonomía al prever un fuero procesal en materia penal incorporan una alteración al régimen competencial general que quiebra los criterios generales de atribución de competencia<sup>13</sup>.

12. Ciertamente cabría preguntarse si existe algún problema en aquellos Estatutos que atribuyen al Tribunal Superior de Justicia el conocimiento de los presuntos delitos cometidos dentro del territorio de la Comunidad Autónoma por los Diputados, gozando el Presidente del Consejo de Gobierno también de tal condición, cuando quien incurre es el Presidente y se prevé en el Estatuto que sobre los mismos conocerá la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En este supuesto, no cabe duda de que la regla de especialidad rige frente a la más general.

13. Es, justamente, a través del concepto de competencia por el que se establece la determinación precisa del Tribunal que viene obligado, con exclusión de cualquier otro, a ejercer la potestad jurisdiccional en cada asunto concreto. Recordemos que tres son los criterios determinantes de la competencia penal (el objetivo el funcional y el territorial) que dan lugar a otros tantos tipos de competencia.

Utilizando expresión de Almagro Nosete, “Los aforamientos, en la actualidad, son reglas especiales de competencia objetiva *“ratione materiae”* que determinan la atribución de la instrucción y/o conocimiento de un asunto penal a un tribunal de grado superior al que correspondería, según las reglas generales, cuando el sujeto imputado ejerce cargo u oficio o empleo público que lleve aneja tal prerrogativa”<sup>14</sup>.

Los diversos preceptos estatutarios al mandar que la responsabilidad penal o criminal en que pudieran incurrir los Presidentes y los miembros del Consejo de Gobierno se exigirá ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente o ante la del Tribunal Supremo, introducen una regla especial de competencia objetiva *ratione personae*.

Nos hallamos, en consecuencia, ante una regla especial, de orden procesal, de competencia objetiva *ratione personae* que hace residenciar la instrucción y enjuiciamiento de un ilícito penal a un tribunal de grado superior al que le correspondería conocer según las reglas generales. Conviene recordar, pues, que no nos encontramos ante una excención jurisdiccional que, como es sabido y en expresión de Almagro Nosete<sup>15</sup>, excluye bien con carácter pleno bien con carácter limitado a determinadas personas de la aplicación del ordenamiento penal y procesal en atención al cargo u oficio público que ostentan, configurando auténticas excenciones de responsabilidad criminal y, consecuentemente, jurisdiccional.

A partir de estas consideraciones conviene dilucidar, por un lado, si el criterio *ratio personae* de distribución de competencia objetiva pudiera entrar en contradicción con el principio de igualdad en la aplicación de las normas procesales, al tiempo que, por otro lado, si la prerrogativa de fuero prevista en los Estatutos fricciona en alguna medida con el interés directo protegido por el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

14. Almagro Nosete, J. : *Derecho Procesal*, t. II. Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 137.

Téngase presente que la competencia objetiva –que puede definirse, siguiendo a Moreno Catena, como la distribución que hace el legislador entre los distintos órganos jurisdiccionales integrados en el orden penal para el enjuiciamiento en única o primera instancia de los hechos delictivos por los que se procede– se establece, en expresión de Aragonese Martínez, en base a tres criterios: a) la mayor o menor gravedad del hecho enjuiciado, b) la naturaleza especial del objeto *-ratione materiae-* y c) la cualidad del sujeto encausado *-ratione personae-*. Vid. Moreno Catena, V.: *Derecho Procesal*, t. II. Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 104 y Aragonese Martínez, S.: *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996, pag. 99 y 100.

15. Almagro Nosete, J.: *Derecho Procesal...*, pág. 113



A mi juicio, y al igual que sucede con el aforamiento previsto para los miembros del Gobierno de la nación (art. 102.1 CE), la respuesta es negativa en ambos casos. Por lo que afecta al primero, entendemos que, atendiendo a la finalidad que cumple el tratamiento diferenciado en materia de aforamiento, la quiebra al principio de igualdad nos coloca ante un trato diferenciado y no discriminatorio. En efecto, y como de todos es conocido, las prerrogativas de las que gozan numerosos sujetos de nuestro ordenamiento sólo pueden constituir trato diferenciado y no discriminatorio, y en consecuencia ajustado a Constitución, en función de que las mismas persigan no otorgar, como es lógico, un privilegio de carácter personal, lo que repugnaría al Estado de Derecho, sino que persigan garantizar, en un sentido amplio, el desempeño del normal ejercicio de las funciones que constitucional o legalmente se atribuyan a los sujetos que integran al órgano. Ello, desde luego, no puede prescindir del concreto análisis de la finalidad que, en cada caso concreto, persigue tal prerrogativa.

En este sentido, la finalidad que persigue el aforamiento para los miembros de los Consejos de Gobierno Autonómicos y contenida en los distintos Estatutos no es la de evitar en sí misma la interposición de querellas presentadas por puro oportunismo político al objeto de presionar a los integrantes del órgano de gobierno en el ámbito autonómico. Esto sólo se evita, como hemos señalado en otro foro, a través de la introducción de otras especialidades en el proceso penal<sup>16</sup>.

Con parecido argumento al utilizado en la finalidad del aforamiento de los miembros del Gobierno de la nación contenido en el art. 102.1 CE, no podemos menos que defender que, el fundamento del fuero para los miembros del Gobierno Autonómico se halla en íntima conexión a la posición institucional que ocupa el ejecutivo autonómico. Es por ello que no parece responder a la exigencia del equilibrio entre los poderes y a la exigencia de un correcto funcionamiento de las instituciones básicas de las Comunidades Autónomas que deba ser un órgano de grado inferior al Tribunal Superior de Justicia el encargado de conocer y, en su caso, de enjuiciar cualquier tipo de ilícito penal en el que presuntamente pudieran incurrir los miembros que integran el Consejo de Gobierno Autonómico, al que corresponde, no lo olvidemos, la función de dirección política de la Comunidad, funciones ejecutivas y de carácter administrativo y reglamentario, y ello por no hacer alusión al Presidente como sujeto imputado, al que

<sup>16</sup> Vid. García Mahamut, R.: “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución”, *Temas Claves de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 161 y ss.

le corresponde, en términos generales y sólo por mencionar algunas de sus funciones, la suprema representación de la respectiva Comunidad Autónoma y la representación ordinaria del Estado en la misma.

Dicho esto, tampoco cabe despreciar el argumento de que con la opción del estatuyente de introducir el aforamiento, y siempre en la línea de que su previsión está en función de garantizar el ejercicio del normal funcionamiento del ejecutivo autonómico, se pretenda proteger la independencia tanto del órgano ejecutivo como la del órgano jurisdiccional “frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña”<sup>17</sup>.

En torno a la segunda cuestión, esto es, si se produce alguna fricción entre el establecimiento del fuero procesal previsto estatutariamente, en términos de garantía constitucional del proceso penal, con el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, la respuesta ha de ser también negativa.

En efecto, dado que la predeterminación legal del juez, garantizado por el art. 24.2 CE, significa que la ley ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cual es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso, su efectiva garantía exige, además, el cumplimiento de una serie de requisitos que vienen delimitados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Atendiendo a jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional<sup>18</sup>, el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley<sup>19</sup> exige:

1. Que el órgano judicial haya sido creado previamente por ley; ley en sentido formal y con carácter general.

17 STC 22/1997, Fto. Jco. 6°. Obsérvese que utilizamos expresión literal del Tribunal Constitucional para supuestos que no son idénticos. En efecto, en el fundamento jurídico citado de la Sentencia mencionada el TC hace referencia a la finalidad constitucional que persigue el aforamiento previsto en el art. 71.3 CE para Diputados y Senadores.

18 Vid. STC 47/1983, de 31 de mayo; STC 10/1984, de 4 de noviembre y, especialmente, STC 199/1987, de 16 de diciembre.

19 Para cualquier profundización sobre el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley remitimos, con carácter general, a las obras de Ruiz Ruiz, G.: *El derecho al Juez ordinario en la Constitución española*, Cívitas, Madrid, 1991 y a la de De Diego Díez, L.A.: *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, Temas clave de la Constitución Española*, Tecnos, 1998.

2. Que esta ley haya investido al órgano judicial de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial.

3. Que el régimen orgánico y procesal del órgano judicial al que nos estamos refiriendo no permita calificarle de órgano especial o excepcional lo que exige, también, que la composición del órgano judicial venga determinado por la ley y que, en cada caso concreto, se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.

En fin, el Juez predeterminado en quien hace residenciar los Estatutos de Autonomía –Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia o Sala de lo Penal del Tribunal Supremo– el conocimiento de los presuntos ilícitos penales en que pudieran incurrir los miembros de los Consejos de Gobierno Autonómico se ajusta a la totalidad de los requisitos expuestos<sup>20</sup>.

### **B) Ambito material y temporal del aforamiento.**

Señalábamos en páginas anteriores que, salvo el Régimen Foral de Navarra y los Estatutos de Andalucía y Madrid, el criterio de la territorialidad del ilícito penal que, conjuntamente a la condición de Presidente, Vicepresidentes y Consejeros de Gobierno, constituye el elemento esencial a partir del cual los Estatutos de Autonomía atribuyen el conocimiento de estos ilícitos penales al Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas.

Tal especialidad procesal viene amparada, por lo demás, en la LOPJ. A la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma le corresponde, a tenor del mandato expreso contenido en el art. 73.3 a) LOPJ, el conocimiento de las causas penales que los Estatuto de Autonomía les reserve. A lo que debemos añadir lo dispuesto en el apartado 4 del mismo artículo, “Para la instrucción, de las causas a las que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno pre-establecido, un instructor que no forme parte de la misma para enjuiciarles”.

La opción del estatuyente deja abierta la vía, siempre y cuando el presunto delito se haya cometido en el ámbito territorial, a la posibilidad de acudir ante una segunda instancia, esto es, al Tribunal Supremo, a través del oportuno recur-

20 . Y cuya finalidad no es otra que, “garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta... y que constituye el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario” (STC 199/1987, de 16 de diciembre).

so de casación<sup>21</sup>. Lo que implica, no cabe duda, que se garantiza el derecho al doble grado de jurisdicción de todo justiciable<sup>22</sup>.

Obsérvese, por lo que afecta al tipo de ilícitos penales que debe conocer el órgano judicial competente que, el establecimiento de la prerrogativa de fuero en materia penal no se ha hecho depender en las previsiones estatutarias de la calidad de un determinado tipo de ilícitos penales<sup>23</sup>. Los estatutos, con alcance general, atribuyen el conocimiento al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal Supremo de cualquier presunto acto delictivo imputado, digámoslo con carácter genérico, a los miembros del Consejo de Gobierno, del que se pudiera derivar responsabilidad criminal<sup>24</sup>, con independencia de la naturaleza de la impu-

21. Recordemos que procede el recurso de casación “por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra: a) las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia...” (art. 847 LECrim.).

22. Cabe señalar que, desde otra perspectiva, sin embargo, Mir Puig alega en el marco del análisis del art. 38 EAC, y a partir de la defensa de que la responsabilidad penal del Presidente de la Generalitat de Cataluña precisaba de un tratamiento sistemático y cualitativamente diferente a la de los Consejeros, “que se atribuya el conocimiento de todos los posibles hechos punibles del Presidente al Tribunal Supremo y, en cambio, el enjuiciamiento cometido por los Consejeros al mismo Tribunal o al Tribunal Superior de Justicia correspondiente, según se trate de hechos cometidos fuera o dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, es una diferencia de poca importancia y desde un punto de vista autonómico podría incluso considerarse menos garantizadora de la posición del Presidente –si se entiende que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad puede ser más sensible a los intereses autonómicos que un Tribunal central como el Supremo– “*La cursiva es nuestra*. Mir Puig, S.: “Responsabilidad penal del Presidente de la Generalidad y de los Consejeros. Art. 38 EAC”. *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Vol. III, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 1990, pág. 431.

23. Obsérvese que en materia de responsabilidad civil si se ha matizado, por ejemplo en el EE, que de las demandas de responsabilidad civil por hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones conocerá de los mismos el Tribunal Superior de Justicia (Art. 40.2 EE).

24. Opinión que también comparte, entre otros, Moreno Catena, V.: “Comentario al art. 18 EG”. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, Dir. J.L. Carro Fernández-Valmayor. MAP, Madrid, 1991, pág. 214; Bosh Benítez, O.: “Comentario al art. 18 Ecan”. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Canarias*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 155. En el mismo sentido, y a pesar de que en el caso Navarro, como ya hemos apuntado la responsabilidad criminal del Presidente y la de los miembros de la Diputación Foral se exige ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Santamaría Pastor J.A. defiende que el carácter objetivo del aforamiento opera respecto de todo tipo de delitos. Vid. “Comentario al art. 27 Lorafna”. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Navarra*, Dir. J.A. Santamaría Pastor, MAP, Madrid, 1992, pág. 275. Idéntica opinión es defendida por Cámara Villar, G.: “El poder ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía”, *El Estatuto de Andalucía: El Gobierno y la Administración*, Ariel, Barcelona, 1990, pág. 45.

tación<sup>25</sup>. La única condición necesaria es la de ostentar, en ese momento, la condición de Presidente o de miembro del Consejo de Gobierno<sup>26</sup>.

Si la especialidad de fuero sólo cobra vigencia durante el tiempo que los miembros del Consejo de Gobierno ostenten tal condición<sup>27</sup>, ello implica el conocimiento, por parte de la Sala competente, de aquellos presuntos ilícitos penales en los que pudieran haber incurrido los aforados con anterioridad a la toma de posesión de su cargo. En este supuesto la fundamentación del aforamiento se encuentra en íntima conexión con el cargo que actualmente ocupa el sujeto aforado<sup>28</sup>.

Por contra, una vez cesado en el cargo, aunque el ilícito penal por el que se iniciara el proceso penal se sitúe en el espacio temporal en el que el sujeto ostentaba la condición de miembro del Consejo de Gobierno, la especialidad del fuero no actuaría.

### ***3. La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado y la prerrogativa de fuero: Algunas cuestiones pendientes***

Una cuestión de orden jurídico de relevancia y que se suscita en el ámbito de la especialidad de fuero en materia de responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno Autonómico, trae causa desde la aprobación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LOTJ) y sus posteriores modificaciones.

25. Esto es, con independencia de si el presunto ilícito deriva de las funciones propias del ejercicio del cargo o si, por el contrario, forma parte del ámbito de las actividades privadas del miembro del Consejo de Gobierno inculcado. Todo ello sin perder de vista, como ya se ha matizado, el ámbito territorial en el que se haya presuntamente cometido el delito.

26. Cuestión diversa será la respuesta que se de a la problemática que plantea la *perpetuatio iurisdictionis*. Como es sabido, la *perpetuatio iurisdictionis* supone, utilizando expresión de Hinojosa Segovia, aquella ficción de acuerdo con la cual, todos los hechos que fundaron la jurisdicción y la competencia permanecen inalterados aunque en realidad hayan cambiado. (Hinojosa Segovia, R. *Derecho Procesal Penal*... pág. 697).

27. No cabe excluir la posibilidad de que el Consejero imputado haya dimitido como tal pero, sin embargo, ostente la condición de miembro de la Asamblea Autonómica. En este supuesto, la especialidad de fuero seguiría actuando por vía expansiva del aforamiento previsto en el respectivo Estatuto para los miembros de la Asamblea. Si esta fuera la situación, debemos tener presente, no obstante, que el fundamento de tales aforamientos incide en funciones diversas y, en consecuencia, susceptible de producirse una mutación entre la protección de diversas funciones: la función parlamentaria y la función gubernativa.

28. Cuestión esta, por lo demás, reiterada tanto por la jurisprudencia del TS como por la del TC.

En efecto, obsérvese que si bien la competencia objetiva del Tribunal del Jurado viene delimitada a través del establecimiento de delitos concretos sobre los que éste debe conocer, la Ley no excluye expresamente del juicio del Jurado *ratio materiae* a los sujetos aforados que hayan podido incurrir en los delitos que de forma tasada el TJ es competente para conocer y enjuiciar.

La LOTJ dispone literalmente lo que sigue: “El juicio del Jurado se celebrará sólo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, de los Tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado. En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional” (art. 1.3 LOTJ). “Si, por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado será un Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, respectivamente”(art. 2.1, párrafo segundo, LOTJ).

Del tenor literal de estos artículos surge inmediatamente una pregunta, ¿puede el TJ enjuiciar, en el ámbito del Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia, al Presidente y a los demás miembros del Consejo de Gobierno por la comisión de un ilícito penal de los que corresponda conocer al TJ<sup>29</sup> –y siem-

29. Atendiendo a lo dispuesto en el art. 1.2 de la LOTJ, de conformidad con la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, el TJ será competente para el conocimiento y fallo de los siguientes delitos que sistematizaremos siguiendo a Gimeno Sendra: a) Delitos de homicidio previstos en los arts. 138 a 140 del CP. b) Delitos contra el libre ejercicio de los derechos fundamentales: los de allanamiento de morada previstos en los arts. 202 y 204 del CP y las amenazas previstas en el art. 169.1º del CP. c) Delitos contra el patrimonio social y el incumplimiento de deberes cívicos: la omisión del deber de socorro (arts. 195 y 196 del CP) y los delitos medioambientales de incendios forestales contenidos en los arts. 352 y 354 del CP. d) Delitos cometidos por funcionarios: la infidelidad en la custodia de presos (art. 471 del CP) y de documentos (arts. 413 a 415 del CP), el cohecho (arts. 419 a 426 del CP) y algunos delitos de caudales públicos contemplados en los arts. 432 a 434, los delitos de fraude, exacción ilegal (arts. 436 a 438 del CP), negociación prohibida (arts. 439 a 440 del CP) y tráfico de influencias (arts. 428 a 430 del CP). (Vid. Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1996, pág. 742).

Debemos añadir que, atendiendo a lo previsto en el art. 5.2 LOTJ, la competencia del TJ, además, se extiende al enjuiciamiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos: a) que dos o más personas reunidas cometan simultáneamente los distintos delitos; b) que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello y c) que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad. No obstante, precisa el mismo art. 5.2 que, en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación, así como aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa. También atribuye la ley (art. 5.3 LOTJ), en el supuesto de que un solo hecho pueda constituir dos o más delitos,

pre que se den los presupuestos de orden procesal penal previstos por la LOTJ?.

Contestar a esta cuestión exige tener presente que, si bien los Diputados, Senadores y miembros del Gobierno gozan de la prerrogativa de fuero amparado por la propia Constitución (arts. 71.3 CE y 102 CE), el resto de los aforamientos reconocidos en nuestro ordenamiento están contenidos en norma de rango infra constitucional. Sin ánimo de extendernos sobre estos supuestos, que ya hemos analizado en otro foro<sup>30</sup>, y admitiendo que el Juez ordinario predeterminado por la ley para conocer de los ilícitos penales, en el supuesto de que incurran en ellos Diputados, Senadores y miembros del Gobierno de la Nación, es la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su composición ordinaria<sup>31</sup>. Parecería claro, desde esta perspectiva, que los aforamientos contenidos en todas a aquellas leyes, como resulta obvio, de carácter orgánico, se han de interpretar conforme a lo dispuesto por una ley orgánica posterior que expresamente prevé que por razón de la materia y a pesar de que los sujetos gocen de la especialidad de fuero, es el Tribunal del Jurado constituido en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o en la del Tribunal Superior de Justicia el competente para enjuiciar tales ilícitos penales<sup>32</sup>.

la competencia al TJ para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento. Asimismo, cuando diversas acciones y omisiones constituyen un delito continuado se atribuye la competencia al TJ si éste fuere de los atribuidos a su conocimiento (art. 5.3 LOTJ).

30. Remitimos en este punto a nuestro trabajo: “La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno...”, págs. 135 y ss.

31. Esto es, excluyendo al Jurado. Posición en la que abunda el reciente Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 1999. Cabe señalar que, en sentido contrario, se pronuncian, Gimeno Sendra, V. y Garberí Llobregat, J.: *Ley orgánica del Tribunal del Jurado...* op. cit., pág. 66 y Gómez Colomer, J.L.: “Constitución y Proceso Penal”, *Temas Claves de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 90.

32. En esta línea se ha pronunciado también la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en un recurso de casación presentado por un miembro del Ministerio Fiscal, quien alegaba, entre otras, la vulneración al derecho fundamental al juez predeterminado por la ley, por haber sido juzgado por delito de cohecho por el Tribunal del Jurado ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. La Sala desestimó tal pretensión alegando que “la atribución que el art. 73 (LOPJ) hace a las “Salas de lo Civil y lo Penal” de los Tribunales Superiores de Justicia de la instrucción y fallo en única instancia de las causas seguidas contra miembros del Ministerio Fiscal por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo -a salvo la competencia del Tribunal Supremo- debe entenderse modificada en su contenido por los artículos 1 y 2 de la también Ley Orgánica del Jurado al disponer para determinados delitos, como por ejemplo el de cohecho, que el enjuiciamiento se haga por nueve jurados y un Magistrado que los presidirá, previniendo expresamente que en el caso de los aforados ante los Tribunales Superiores de Justicia este Presidente será un Magistrado de su Sala Civil y Penal” (STS 1193/1999, Fto. de Derecho Primero, 3).

En esta línea de razonamiento y teniendo presente que los Estatutos de Autonomía son leyes orgánicas de naturaleza especial, cabe preguntarse si una interpretación conjunta de la LOTJ y los Estatutos de Autonomía salva el problema.

A mi juicio el problema no queda del todo salvado. Téngase presente que el Juez ordinario predeterminado por la ley, por voluntad del estatuyente es la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia, si el ilícito se comete en el ámbito territorial de la Comunidad y, fuera de ella, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La composición de ambas Salas son diferentes a la composición de una Sala compuesta por nueve Jurados y un Magistrado-Presidente del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia<sup>33</sup>.

Si la voluntad del estatuyente ha sido precisamente mandar al órgano que culmina la organización judicial en el ámbito autonómico o al órgano jurisdiccional superior de todos los órdenes el conocimiento de tales ilícitos no cabe, simplemente, aducir que la Sala de lo Penal del Tribunal Superior o del Supremo queda integrado por el Tribunal del Jurado incardinado en él<sup>34</sup>.

33. La Fiscalía General del Estado, en su Circular 3/1995, ha utilizado parecido argumento cuando la premisa es la de que el TJ deba enjuiciar a los sujetos directamente aforados por mandato constitucional expreso. Por su parte, el Tribunal Supremo, en el Auto al que nos referíamos, y cuyo resultado compartimos, pero no por el proceso deductivo que emplea, ha señalado que, “teniendo en cuenta que el art. 57 de la LOPJ no ha sido modificado por la Ley del Jurado, la discordancia que parece ofrecer el meritado precepto en relación con el contenido del art. 2.1º.2 de la LO 5/1995 se desvanece en tanto que el órgano jurisdiccional permanente y predeterminado es la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la cual en modo alguno puede identificarse con un órgano jurisdiccional “*ad hoc*” compuesto por los nueve jurados que han de emitir el veredicto aunque sean presididos por un Magistrado de dicha Sala”. A lo que añade seguidamente, y ello es lo más curioso “Argumento “*ex abundantia*” a favor de la tesis acogida en esta resolución, lo constituye el dato de que la previsión normativa de la LOPJ no es sino una transcripción fidedigna de mandatos constitucionales, en cuanto los arts. 102.1 y 71.3 de la CE establecen, respectivamente, que la responsabilidad criminal del Presidente y de los demás miembros del Gobierno y la de los Diputados y Senadores será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”(ATS, Sala de lo Penal, de 9 de febrero de 1999).

34. Posición contraria es defendida por Granados Calero. En un análisis referido exclusivamente al ámbito valenciano, entiende que dado que el Estatuto valenciano no determina la naturaleza del juicio al que le corresponde conocer el Tribunal Superior de Justicia “bien puede resolverse que la causa pase al tribunal del Jurado competente en razón del aforamiento de la persona inculpada, para su definitivo encausamiento”. A juicio del mismo “Llegar a una interpretación opuesta, equivaldría a tanto como constatar que el Jurado carece de atribuciones competenciales respecto a los miembros de las diversas Cámaras Legislativas, lo que resulta contrario a la voluntad del legislador y al propio texto de la LO 5/1995” (Granados Calero., F.: “Los parlamentarios autonómicos y el Tribunal del Jurado”, Corts. *Anuario de Derecho Parlamentario*, 1997, núm.3, págs. 50 y 51.).



En fin, dado que las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas no son simples leyes orgánicas, y de ahí que su proceso de elaboración y modificación se haya sujeto a un procedimiento cualitativamente diferente del resto de las leyes orgánicas, no podemos aceptar, desde una perspectiva estrictamente jurídica, el simple argumento de que la LOTJ modifica o complementa lo dispuesto por el estatuyente. Sujeto, por otro lado, bien diferente al legislador orgánico. Todo ello a pesar de que se pudiera esgrimir que la legislación procesal es competencia exclusiva del Estado<sup>35</sup>.

Planteémoslo de otro modo, si la LOTJ se hubiese aprobado con anterioridad a los Estatutos de Autonomía ¿el estatuyente hubiese aceptado en materia de aforamientos que los miembros del Consejo de Gobierno, por aquellos delitos de los que es competente para conocer el TJ, fueran juzgados por el TJ integrado en la Sala de lo Penal del Tribunal Superior o Supremo?. Dado que los Estatutos podrían perfectamente, en tal caso, haber omitido tal posibilidad, entendemos que el mismo razonamiento cabe aplicarse a la solución del problema. Sin embargo, utilizando este argumento idéntica solución no puede darse a aquellos estatutos que han introducido el aforamiento tras la aprobación de la LOTJ.

No cabe, por otro lado, olvidar que si el legislador estatutario, al menos aquél anterior a la aprobación de la LOTJ, ha optado por introducir una regla especial en materia de distribución de competencias quebrantando así el principio de igualdad de trato ello viene perfectamente fundamentado por la necesidad, y, utilizaremos expresión literal del Tribunal Supremo, “de asegurar el enjuiciamiento de precisas personas en el seno de un concreto y estable órgano jurisdiccional del máximo rango legal, distinto del Tribunal del Jurado que, aunque sea mucho más que un simple procedimiento de enjuiciar, se conforma según su criterio orgánico, con una peculiar estructura jurisdiccional con específica composición, esquema territorial y ámbito competencial propio”<sup>36</sup>.

En fin, del mismo modo que no rige aforamiento alguno para aquellos Consejeros de Gobierno autonómico cuyos Estatutos no reconocen especialidad

35. Sin embargo, el TC expresamente ha reconocido que frente a la posibilidad de que el Estatuto de Autonomía hubiera podido regular esta materia (refiriéndose a la posibilidad de que el EAAs. pudiera haber dispuesto el aforamiento para los miembros del Consejo de Gobierno del Principado), ello, “no permite entender que hubiera podido habilitar a la Ley Autonómica para regular materias que son de la competencia exclusiva de la legislación del Estado” (STC 159/1991, Fto. Jco. 3º).

36. ATS, Sala de lo Penal, de 9 de febrero de 1999, Fto. Jco. Unico.

procesal alguna al silenciar los mismos tal posibilidad, debemos interpretar que frente a la voluntad expresa del legislador estatutario de mandar tal aforamiento debe permanecer el mismo en los términos en los que inicialmente el estatuyente previó.

#### ***4. El aforamiento y la naturaleza de la norma en el ámbito autonómico***

No quisiera finalizar este trabajo sin abordar una cuestión que, afectando al fuero procesal, a día de hoy ha dejado de adquirir relevancia desde el momento mismo que no existe un solo Estatuto que no prevea la especialidad procesal en la que consiste el aforamiento. Sin embargo, y como ya hemos dejado constancia, ello no siempre fue así. Es más, no nos hemos adentrado en ningún momento en las causas que han condicionado tal situación y que a mi juicio tiene bastante que ver con la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 6/1984 del Presidente y del Consejo de Gobierno de Asturias.

En efecto, en páginas anteriores hemos subrayado el hecho significativo de que la Ley Orgánica 7/1981 por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Asturias no contenía precepto estatutario alguno que amparase la prohibición de detener durante su mandato al Presidente y a los demás miembros del Consejo de Gobierno, por los presuntos actos delictivos, salvo flagrante delito. A la vez que tampoco estableció especialidad procesal alguna en materia de distribución de competencia.

Por contra, el Estatuto, como la práctica totalidad de los Estatutos de Autonomía, de forma expresa mandataba que una ley de la Junta aprobada por el voto favorable de la mayoría de sus miembros, determinará, amén de otras cuestiones como el cese, atribuciones, etc., el estatuto personal del Presidente del Principado de Asturias (art. 32.4 EAAs.). El art. 33.2 EAAs., estableció, en parecidos términos, la misma previsión para los miembros del Consejo de Gobierno<sup>37</sup>.

Fruto de todo ello se aprueba la Ley Autonómica 6/1984 del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado. Ley que, por otro lado, encargándose de cumplir el mandato estatutario de regular, entre otras, el estatuto del Presidente

37. “La Junta, por mayoría de sus miembros, regulará las atribuciones del Consejo de Gobierno, así como el estatuto, forma de nombramiento y cese de sus componentes” (art. 33.2 EAAs.).

y de los Consejeros, venía a disponer en su art. 39 lo que sigue: “1. La responsabilidad criminal de los Consejeros será exigible por los actos delictivos cometidos dentro del territorio de la Comunidad ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Fuera del territorio del Principado, la responsabilidad penal será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. 2. La responsabilidad civil de los Consejeros será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia”.

En este contexto, conviene recordar los motivos que llevaron al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional el art. 39 de la Ley 6/1984 del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional se produce a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad que plantea el Pleno de la Audiencia Territorial de Oviedo constituido en Sala de Justicia contra el citado art. 39 frente a una causa penal que se seguía contra un Consejero del Gobierno del Principado por un presunto delito cometido dentro del territorio autonómico.

El motivo fundamental de inconstitucionalidad que aduce la Audiencia Territorial se centra en la infracción de los principios de competencia y jerarquía normativa, al entender que una ley autonómica no podía crear un fuero privilegiado para los miembros del Consejo de Gobierno. Ello lo justifica en base a un doble argumento. Por un lado, destaca que el art. 39 de la Ley 6/1984 establece un aforamiento no previsto por el Estatuto de Autonomía, lo que supondría una modificación del mismo efectuada de modo contrario al art. 147.3 CE e invoca, en tal sentido, la doctrina establecida en la STC 36/1981. Por otro lado, sostiene que el precepto cuestionado infringe el art. 149.5<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup> CE así como el art. 122 CE, en cuanto determinan la competencia exclusiva del Estado para establecer las normas referentes a la Administración de Justicia, las leyes procesales, la organización de los Tribunales y la determinación de su competencia.

El Tribunal Constitucional, por su parte, no admite que la falta de previsión estatutaria del fuero implicase que el art. 39.1 de la Ley Autonómica modificara lo dispuesto en el EAAs. Respecto al estatuto de los Consejeros, dado que el mismo no contenía previsión alguna acerca de su fuero procesal. Ahora bien, “el hecho de que el establecimiento del fuero de los Consejeros del Principado por el art. 39.1 de la Ley 6/1984 no vulnere el EAAs., no implica necesariamente que esa innovación legislativa pueda ampararse en un título competencial de la Comunidad Autónoma”<sup>38</sup>. A partir de aquí el TC delimita la cuestión y se centra

38. STC 159/1991, Fto. Jco. 3º

en el argumento de la Audiencia relativo a la incompetencia del legislador autonómico para dictar una norma en esta materia.

De la naturaleza del precepto cuestionado y ante la omisión estatutaria aduce el máximo interprete que “el art. 39.1 de la Ley 6/1984 no puede considerarse como expresión de la competencia autonómica de organización del autogobierno (art. 10.1 a) EAAs) (...). El mencionado título competencial comprende, ciertamente, la regulación del Estatuto de los Consejeros, pero con las limitaciones derivadas de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado, que el legislador autonómico no puede invadir al efectuar aquella regulación. Dicho título competencial es el que el art. 149.1 6ª CE atribuye con carácter exclusivo al Estado la materia de legislación procesal, en relación también a lo previsto en los arts. 117.3 y 122.1 CE, en cuanto al establecimiento de la normativa orgánica de los Tribunales y a la determinación de su competencia: ello incluye el establecimiento del fuero jurisdiccional penal de los integrantes del ejecutivo autonómico asturiano, toda vez que el aforamiento constituye uno de los objetos de regulación de la legislación procesal”<sup>39</sup>.

En fin, “resulta constitucionalmente inaceptable que una Ley autonómica, como la Ley 6/1984 del Principado de Asturias, proceda por sí misma a establecer *ex novo* el fuero jurisdiccional penal de los miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, siendo así que se trata de una materia que pertenece a la exclusiva competencia estatal”<sup>40</sup>.

La inconstitucionalidad del aforamiento en materia penal quedaría solventada, según parece desprenderse de esta Sentencia, no ya desde el instante en el que el Estatuto de Autonomía ha previsto tal especialidad procesal –en el supuesto concreto, cuando se trata de depurar las oportunas responsabilidades penales en las que pudiera incurrir tanto el Presidente como los Consejeros del Principado– sino, y conjuntamente, desde el momento en el que la LOPJ atribuye, cuando así lo determinen los Estatutos de Autonomía, el conocimiento de la causa bien por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma respectiva (art. 73.1, a) LOPJ), bien por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 57.1, 2ª LOPJ). Claro que, el resultado de tales premisas jurídicas conduciría a sustraer la posibilidad efectiva de aplicar los aforamientos previstos por los estatuyentes cuando el legislador orgánico decidiera suprimir tales previsiones. Solución ésta que en modo alguno compartimos.

39. STC 159/1991, Fto. Jco. 4º.

40. *Ibidem* .

### ***5. Una consideración final***

Obsérvese que a partir de la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias el resultado práctico no ha sido otro que, si en el momento de la aprobación de los Estatutos de Autonomía eran sólo cuatro los Estatutos, de los diecisiete, los que no contemplaban expresamente una prerrogativa especial de fuero, hoy, tras las reformas de los mismos, todos contemplan el aforamiento de los miembros de los Consejos del Gobierno autonómicos. Clara tendencia al alza en esta materia.