



*[Firma manuscrita]*

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS VOCALES ROSER BACH FABREGÓ Y ENRIQUE LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS VOCALES MA VICTORIA CINTO LAPUENTE, CONCEPCIÓN SÁEZ RODRÍGUEZ Y CLARA MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, AL ACUERDO APROBATORIO DEL INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE REGULA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS SENTENCIAS EN MATERIA DE FRAUDE FISCAL.

I

De conformidad con el artículo 631.1 de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), formulamos Voto Particular al acuerdo del Pleno Extraordinario celebrado el 11 de mayo de 2015 mediante el que se aprobó el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se regula el acceso a la información contenida en las sentencias en materia de fraude fiscal.

Nos vemos obligados a presentar este Voto Particular porque, a pesar de que dos de nuestras observaciones al borrador de informe (funcionalidad de la publicidad en los supuestos de sentencias de conformidad y eliminación de la retroactividad) fueron asumidas por el Ponente, a quien agradecemos su receptividad en esos aspectos, discrepamos profundamente del resto de las consideraciones del Informe que se ha dado por aprobado. Además, pensamos que la sede normativa en la que ha de abordarse la publicidad de las sentencias condenatorias firmes contra grandes defraudadores no es la LOPJ sino el Código Penal, sin perjuicio de las modificaciones que fueran pertinentes en otras leyes y señaladamente en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. Por último, entendemos que el Informe no obtuvo la mayoría exigida por el artículo 630.1 LOPJ.

A continuación, desarrollaremos los motivos señalados no sin antes aclarar que, por más que pueda interpretarse como *excusatio non petita*, nuestra posición atiende a la necesidad de garantizar la observancia del sistema de garantías que un Estado de Derecho legitima la intervención en los derechos fundamentales, incluidos los de quienes delinquen y, en particular, de los grandes defraudadores fiscales. No cabe duda de que el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que consagra el artículo 31 de la Constitución (CE) merece una protección adecuada. Otra cosa es cómo se brinda esa protección y a través de qué norma y en este punto nosotros estimamos que el anteproyecto ha optado por una fórmula que carece de la fundamentación que necesaria y que peca de efectismo.



Es innegable que aunque, basándose en cierta jurisprudencia, la medida de publicación de las sentencias se califique de aflictiva y se quiera negar su naturaleza sancionadora, lo cierto es que busca la imposición de un mayor castigo o reproche a conductas tipificadas como delito y eso requiere, según nuestro criterio, su previsión en el Código Penal de forma clara y directa y con las garantías que ello supone.

Este problema ha de llevarse al Código Penal en cuyo contexto ha de ponderarse la respuesta concreta y específica que deba tener, huyendo de la improvisación y oportunismo que contamina al anteproyecto cuya artificiosidad es patente y difícil de explicar al común de los ciudadanos, ya que no parece muy lógico que la represión del fraude fiscal no se afronte en el Código Penal, sino en la parte de la LOPJ dedicada a la publicidad de las sentencias.

## II

1. En efecto, la reforma que se propone en el anteproyecto informado viene a introducir un cambio sustancial, si bien referido a supuestos concretos, al régimen de publicidad de las resoluciones judiciales actualmente vigente, tal como en este sentido se recoge en el Informe, y que, por tanto, no será objeto de análisis en este punto.

2. Sí debemos señalar, en cambio, que la norma objeto del Informe establece, de forma un tanto asistemática, un principio general de "acceso público" a los datos personales contenidos en los fallos de las sentencias firmes condenatorias por delitos relacionados por la Hacienda Pública, y por otra parte, dispone en estos casos la publicación de los datos referidos en el Boletín Oficial del Estado.

Según se señala en la Exposición de Motivos, la justificación de la norma que se propone descansaría sustancialmente en los siguientes puntos:

a) El principio de publicidad de todas las actuaciones públicas, que engarza con el principio de transparencia judicial y de control público del proceso.

b) El carácter no absoluto de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad, sino que son de configuración legal y como tal el legislador puede introducir excepciones y límites por razones de orden público y, especialmente, cuando colisionan con otros valores también contemplados en la constitución.

c) En el caso de los delitos relacionados con la defraudación fiscal, frente al interés del condenado, se alza el interés público, que vincula con la obligación constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

El Consejo General del Poder Judicial, en su Pleno Extraordinario de 11 de Mayo de 2015, ha acordado aprobar el presente Informe.  
MAYO 13 de Mayo 2015  
EL SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

públicos del artículo 31 CE y el derecho del conjunto de la sociedad a exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias y a luchar contra el fraude fiscal.

d) Señala que la publicación de la sentencia no tiene carácter sancionatorio, y si bien es cierto que puede tener una connotación negativa para el condenado, como la obligada presencia del acusado en el acto del juicio oral. Asimismo, se indica que el Código Penal establece que la condena por determinados delitos sea objeto de publicidad, como los supuestos de injurias o calumnias.

e) Por último la Exposición de Motivos alega razones de orden funcional como la necesidad de que tengan publicidad determinadas consecuencias penales en este tipo de condenas, como las referidas a la limitación en materia de contratación o subvenciones o ayudas públicas.

3. Sobre las justificaciones de la oportunidad y adecuación de la norma que se establece en la Exposición de Motivos estimamos que deben realizarse algunas consideraciones.

A) Según hemos visto, el Anteproyecto invoca el carácter no absoluto de los derechos fundamentales para afirmar, a continuación, nada menos que los derechos concernidos por la iniciativa son de configuración legal.

Por lo que se refiere a lo primero, es cierto que el artículo 10.1 de la Constitución (CE) tras proclamar la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, alude al respeto a la ley y a los derechos de los demás, para concluir que todo ello integra el fundamento del orden político y de la paz social. Eso quiere decir que los derechos de unos limitan y están, a su vez, limitados por los de los demás y que el legislador orgánico que asuma el desarrollo directo de los derechos (artículo 81.1 CE) ha de precisar esos límites. Ahora bien, siempre debe hacerlo procurando la máxima realización y plenitud de cada uno de los derechos y ponderando debidamente su necesidad, idoneidad, adecuación y proporcionalidad.

Con ello queremos decir que no se puede establecer una ecuación conforme a la cual, como los derechos fundamentales no son absolutos y el legislador puede establecer restricciones a los mismos, este tenga plena libertad para "configurarlos" con tal de que alegue para ello cualquier principio o bien jurídico contemplados en la Constitución.

Un planteamiento de esa especie invierte por completo la relación entre la ley y la Constitución. Y lo que es mucho más grave, convierte a los derechos fundamentales constitucionalizados cuya aplicación directa y carácter vinculante para el legislador ope Constitutione queda de manifiesto en el artículo 53.1 CE (que



alerta sobre el respeto, en todo caso, de su contenido esencial so pena de inconstitucionalidad), en simples derechos de configuración legal sometidos al arbitrio del legislador al que solo se pide que invoque una finalidad cualquiera que encuentre expresión o sea deducible de la CE.

Por consiguiente, si no queremos volver a planteamientos pretéritos, propios de constitucionalismo nominal, y asumimos que son los derechos fundamentales los que delimitan el alcance válido de la ley y no al revés, cualquier regulación legal que imponga límites a los derechos fundamentales no explicitados o claramente deducibles de la CE ha de ser recibida con mucha cautela y superar un exigente test que acredite suficientemente que el sacrificio que se imponga a los mismos tiene un mayor valor que justifica la restricción de que se trate.

Pues bien, como veremos seguidamente, el Anteproyecto no supera esa ineludible prueba sino que se mueve en un terreno extremadamente vago y difuso que lleva a la adopción de una medida que implica una injerencia en derechos fundamentales esenciales aduciendo unas finalidades que no la justifican en absoluto.

B) La explicación del prelegislador confunde o por lo menos baraja conjuntamente los conceptos de transparencia y de publicidad en el ámbito jurisdiccional.

La transparencia es un valor que se predica de la gobernanza en los organismos públicos y privados y que hace referencia a la información y conocimiento de las decisiones y resoluciones que adoptan

La publicidad referida a la actividad judicial es un principio constitucional (artículo 120.1 CE) y trasciende la mera finalidad de conocimiento de las actuaciones judiciales ya que se vincula a valores esenciales intraprocesales, especialmente en el ámbito penal, como el principio de contradicción, proscripción de la indefensión o de igualdad de armas. Por ello, la publicidad de las actuaciones judiciales puede venir y viene efectivamente modulada en determinadas fases del proceso y en concretos supuestos.

Con ello queremos expresar que no existe un derecho incondicionado de terceros que no son partes en el proceso a tomar conocimiento de las actuaciones judiciales, de forma que la transparencia a la que se refiere el prelegislador en la Exposición de Motivos no puede sustentar la medida que se acuerda en la norma.

C) Estimamos que no cabe cuestionar que la publicación de los datos de carácter personal y demás identificativos de los condenados por los delitos a que se refiere el Anteproyecto tiene una clara incidencia en los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar y a la protección de datos personales de los sujetos afectados, y que por tanto resulta necesario efectuar el correspondiente pronóstico de proporcionalidad y razonabilidad de la medida limitativa de derechos.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

13 Mayo 2015  
JuPE

Cuando el legislador establece la norma limitadora ha de aportar la justificación constitucional de la misma. Así el Tribunal Constitucional ha rechazado aquellas limitaciones "que no resulten justificadas en cuanto que la limitación es una excepción puesta al normal ejercicio del derecho y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente". (SSTC 90/1989, 196/1987, 4/1988, 66/1991).

Y a tenor de lo anteriormente señalado parece evidente que ni la Exposición de Motivos ni la MAIN, de la que es mera transcripción, ofrecen auténticas razones que justifiquen la propuesta normativa, ya se adopte el punto de vista de la necesidad, ya el de la proporcionalidad de las medidas que se establecen. De hecho, aunque aluden a la jurisprudencia, no citan ninguna sentencia que avale lo que sostienen.

En el Informe se admite dicha carencia, pero a continuación y, a modo de justificación de esta insuficiencia, se cita la STS de 29 de enero de 2015, que a su vez se cita en el Informe del Consejo de Estado sobre la reforma de la Ley Tributaria, en la que se afirma que *"en la interpretación de las normas legales, cuando éstas incorporan sus propias opciones de política legislativa, los tribunales deben respetar -salvo que incluyan elementos de inconstitucionalidad- los juicios o consideraciones, explícitas o implícitas, que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones"*.

La resolución referida se refiere a las sanciones que ha establecido el legislador en materia de defensa de la competencia y nada tiene que ver con la regulación que nos ocupa. Ello sin perjuicio, de la ya mencionada vinculación directa del legislador a los derechos del Capítulo II del Título I CE y el carácter indisponible de su contenido esencial (artículo 53.1 CE), que constituyen una barrera infranqueable que aquél ha de observar cuando haga uso de la libertad de configuración. Es decir, una cosa es que los tribunales, incluso el Constitucional, hayan de respetar las opciones políticas que un sistema de constitución abierta adopte el legislador democrático en la regulación de los derechos y otra bien distinta, más bien opuesta, que dichas opciones se quieran hacer valer a costa de los derechos mismos y de las garantías que han de protegerlos en todo momento.

C) No cabe cuestionar que la medida que se propone incide claramente en la respuesta penal en los delitos contra la Hacienda Pública y que estos han adquirido en los últimos tiempos una resonancia indudable y un rechazo social indiscutible. De eso no hay duda ni, tampoco, de que esa realidad puede requerir una



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

adecuación del ordenamiento que de la respuesta necesaria a los desmanes que se están registrando.

Ahora bien, la política legislativa, cuando afecta directamente a los derechos fundamentales, como aquí ocurre, no puede guiarse por el oportunismo ni por las exigencias del clima electoral. Tampoco debe abordar la reacción ante determinados delitos so capa de la defensa de determinados fines o bienes de relevancia constitucional, sin considerar el conjunto del ordenamiento penal para salvar la contradicción que supone que la medida de publicidad que el Anteproyecto contempla para el fraude fiscal y el reforzamiento del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y la igualdad de todos los contribuyentes no se prevea para otros bienes sin duda más valiosos como la vida, la libertad personal, la libertad sexual, etc. Tal asimetría carece, a nuestro juicio, de justificación y solo se explica en el contexto, más bien la circunstancia política, en la que nos encontramos en la que lo que lo peor que se puede hacer es abdicar de la recta aplicación de los principios y reglas que definen a un Estado de Derecho por odiosas y reprobables que sean las conductas contra las que se dirige el Anteproyecto.

No olvidemos que la intervención legislativa jurídico-penal está sometida a intensas y estrictas condiciones éticas derivadas de la propia Constitución. Toda intervención penal, en la medida que supone una limitación o afectación de derechos fundamentales, debe respetar los principios de protección que atenderían a las pautas delimitadoras de los contenidos de tutela del derecho penal; en segundo lugar, los principios de responsabilidad que identifican los presupuestos que deben concurrir en un comportamiento para que pueda exigirse responsabilidad criminal; y, por último, los principios de la sanción que atenderían a los fundamentos de la reacción sancionatoria contra las conductas típicas.

Sobre este cuadro de principios limitadores de la actividad legislativa, el Tribunal Constitucional ha establecido diferentes estándares de control aplicados a los juicios de constitucionalidad promovidos contra diferentes leyes penales y sancionatorias. Y en particular, en relación con el principio de proporcionalidad de las penas, el Tribunal Constitucional ha exigido la necesidad que la previsión sancionatoria permita identificar una clara relación de adecuación a las finalidades pretendidas. Lo que en materia de adecuación constitucional de la respuesta penal se traduce en que no se aprecie un exceso de coacción que convierta la norma en arbitraria y que socave los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho (STC 55/1996), o un desequilibrio excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas constitucionalmente indiscutibles.

Desde esta perspectiva, la respuesta prelegislativa que se informa acerca de la previsión de publicar las sentencias condenatorias por delitos contra la Hacienda



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

13

Mayo

15

*J. V. P. e.*

Pública en el Boletín Oficial del Estado no responde a los límites axiológicos que derivan del artículo 25 de la Constitución.

No puede discutirse, a nuestro entender, que la publicación supondría una suerte de consecuencia accesoria de la sentencia condenatoria, que por su efecto intensificador del efecto aflictivo que conlleva toda pena debe ser analizada desde los límites y finalidades del artículo 25 CE. Y, en consecuencia, debe identificarse con claridad una adecuada relación entre el medio y el fin pretendido que, en todo caso, debe ser conforme a los límites constitucionales.

En tal sentido, debemos concluir que la propuesta no justifica en modo alguno en qué medida la publicidad erga omnes de sentencias condenatorias puede suponer un instrumento eficaz de prevención general. Pero aun cuando en términos hipotéticos pudiera sostenerse que la publicación favorece el efecto desaliento de conductas defraudatorias futuras tal respuesta deja sin contestar la pregunta esencial: si dicha publicación, verdadera pena de exposición pública, resulta conforme a los principios de proporcionalidad y de reinserción y resocialización que establece la Constitución.

El principio de proporcionalidad reclama que nadie debe ser condenado a más penas y más consecuencias penales que las que resulten estrictamente determinadas por su culpabilidad por el hecho.

El defraudador debe ser sancionado en atención a la gravedad de su conducta a las penas que correspondan, pero resulta constitucionalmente muy discutible que a sus expensas pueda construirse un instrumento de política criminal de tipo simbólico con finalidades exclusivas de prevención general desligado de forma absoluta de los marcadores específicamente penales de medición y determinación de la pena y, desde luego, de las finalidades constitucionales de reinserción y resocialización.

D) En consonancia con lo expuesto, se observa una absoluta falta de justificación del por qué en este tipo de delitos y de delincuentes deban establecerse fórmulas de publicitación de la condena, que implican que además de la libertad o el patrimonio puedan comprometer otros bienes e intereses jurídicos merecedores de máxima protección y que no deben quedar afectados por la responsabilidad penal declarada en sentencia.

En este sentido y en relación con la afectación a los derechos al honor y a la intimidad, no se puede compartir la justificación que de la misma se realiza en el Informe en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se cita (en cuanto a la concurrencia de los requisitos de veracidad de la información y relevancia pública de la misma) por cuanto dicha doctrina viene referida a la publicación sentencias como manifestación del derecho a la información ex artículo 20 CE. No puede identificarse publicitación obligada con derecho a la información.



La propuesta, por otra parte, no permite apreciar con la claridad exigible, tal y como se ha avanzado, qué razón en términos relacionales –módulo que siempre debe utilizarse cuando se trata de analizar una previsión normativa a la luz del principio de igualdad ante la ley que garantiza el artículo 14 CE- justifica la publicación en el BOE de sentencias condenatorias por delitos contra la Hacienda Pública frente a otros delitos más graves también contra intereses generales o contra intereses y bienes jurídicos individuales merecedores de especial protección. O, en el mismo sentido, cuáles son las razones que han de determinar alterar el actual régimen general de publicidad para una categoría de infracciones penales, cuando el acceso a los datos al Registro Central de Penados es con carácter general limitado.

En este punto merece destacarse que el Informe del Consejo de Estado del Anteproyecto de modificación de la Ley General Tributaria, que proponía un nuevo artículo 160 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con un contenido muy similar al que ahora se informe, señalaba lo siguiente:

*“En cuanto el requisito de necesidad, el Consejo de Estado entiende que no existen razones que justifiquen, en todos los casos, la necesidad de la publicación de los fallos de las sentencias firmes condenatorias cuando incluyan los datos personales. Con ello se subordinaría el derecho fundamental a la intimidad a los fines que se persiguen con la presente medida, que no pueden ser otros -debido a los delitos a los que se hace referencia- que el aumento de la recaudación tributaria y la disuasión de la comisión de delitos contra la Hacienda Pública”.*

E) En esta misma línea argumental estimamos que no es sostenible desde un punto de vista de la argumentación racional comparar, como se hace en la Exposición de Motivos, la “connotación negativa” que puede tener para el condenado la publicidad que se propone en la norma con la presencia preceptiva del acusado en el juicio oral y su publicidad. Tampoco lo es asimilarla con a la publicitación de las sentencias condenatorias por delitos por delitos de injurias y calumnias señalando que en estos casos no se configura como parte de la sanción.

F) Tampoco pueden ser atendidas las razones de índole funcional que se expresan en la propuesta relativas a la efectividad de las consecuencias que derivan de las condenas en estos tipos delictivos referidas a la contratación pública o la obtención de subvenciones o ayudas, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico cuenta con otros instrumentos para hacer efectivas estas y otras consecuencias penales sin necesidad de publicitarlas erga omnes.





**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

13 Mayo 2015  
vefe

G) El Informe ha acogido como ya hemos dicho, nuestra consideración sobre la falta de valoración del impacto que puede tener la aplicación de la norma a la generalidad de los supuestos a los que se refiere.

Así, resulta difícil encajar el plus de sanción que supone la publicación de las sentencias en aquellos casos, muy frecuentes en la práctica diaria de los tribunales, en los que se aprecie la atenuante de reparación del daño. La minoración de la pena, en muchos casos como muy cualificada, no es compatible con la sanción añadida de la publicidad.

En esta línea, el conocimiento por parte del acusado de que la sentencia se va a publicar en todo caso puede ser un elemento disuasorio para que los procesos penales finalicen por conformidad.

Y resultará ciertamente contradictorio que cuando, medie una relevante reparación del daño, y por tanto se estime que existe un menor desvalor del resultado, y se imponga una pena privativa de libertad no superior a los dos años para permitir su suspensión, se acuerde el mecanismo de la publicidad a modo de mayor sanción.

Parece que debería tenerse en cuenta el interés público en fomentar sentencias de conformidad por lo que implican de reducción de costes judiciales y, sobre todo, de reparación del daño y reducción, en consecuencia, del desvalor de resultado de la conducta.

Creemos que el prelegislador tampoco ha tomado en cuenta los efectos negativos para el crédito empresarial que puede suponer la publicación en el BOE de una condena penal por un delito contra la Hacienda Pública para una empresa penalmente responsable o para un particular empresario individual. La hiperpublicidad de la condena puede suponer graves consecuencias para la reputación y, por ende, para la viabilidad de la empresa.

H) Por último, también se ha incorporado al Informe el apartado relativo al análisis del régimen transitorio, porque aunque formalmente es evidente que las consideraciones dogmáticas acerca de la prohibición de la retroactividad no es criticable, el foco del análisis debe ponerse en la ponderación de los derechos y principios constitucionales en juego. Y si la justificación de la publicación de estos datos la encuentra el Informe en la proporcionalidad entre la lesión al derecho a la intimidad por la prevención y disuasión de conductas que puedan suponer el incumplimiento de la obligación de contribuir del artículo 31 CE, y si el único fundamento de la publicidad de los datos de las sentencias es que contribuyen a disuadir del incumplimiento de ese deber, es claro que esa finalidad solamente se



puede conseguir de manera prospectiva, porque nadie puede cambiar lo que hizo en el pasado por una modificación normativa posterior.

Por todo ello, el régimen transitorio razonable pasaría por afectar a los delitos que se cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica, ya que respecto a los anteriores no se puede argüir la justificación de que disuaden de incumplir el artículo 31 CE.

En definitiva, el razonamiento sobre el régimen transitorio no se ha realizado atendiendo a las dos perspectivas que deben emplearse en este caso, la de la retroactividad y la de la fundamentación y proporcionalidad de la lesión a los derechos a la intimidad, el honor y a la protección de los datos personales.

### III

Por último, no podemos concluir este Voto Particular sin denunciar que, en nuestra opinión, no se alcanzó la mayoría requerida en el artículo 630.1 LOPJ para aprobarlo pues la votación arrojó un empate a 10 votos y 1 voto en blanco. Dado que estábamos presentes los 21 integrantes del Pleno no se obtuvo la mayoría simple de los votos de sus miembros que es de 11 votos. De hecho, tampoco hubo empate que dirimir pues el número de votos favorables al Informe fue de 10 mientras que hubo 11 que no lo apoyaron. El Informe no fue, en consecuencia, aprobado.

No se puede ignorar que el artículo citado ha impuesto que la mayoría simple lo sea de votos, pero en atención al número de los miembros presentes. Referencia que sirve para fijar el umbral mínimo que debe superarse para obtener la mayoría exigida. Además, la norma que examinamos no descarta en absoluto el cómputo de los votos en blanco (que no se pueden equiparar sin más a los favorables), ya que solo están prohibidos los votos nulos y las abstenciones (artículo 630.2 LOPJ).

Tampoco sería admisible que se pusiera el acento en el adjetivo *simple* que emplea el repetido artículo 630.1 LOPJ para oponerla a una supuesta mayoría *absoluta de los presentes*. De asumirse esa tesis, habría mayoría *simple* (de los presentes) cuando los votos a favor de una opción sean más numerosos que los emitidos en apoyo de otra u otras y sin tener en cuenta los votos en blanco. Por su parte, la mayoría (de los presentes) sería *absoluta* cuando los sufragios positivos que respalden una alternativa representen más de la mitad de los votos posibles sin discriminar en este caso los votos en blanco, que sí computarían para determinar en donde se sitúa el listón que marca esa mitad.



Madrid, 13 Mayo 2015

*[Firma manuscrita]*

Descartamos esta posición que, por otro lado, no ha sido explícitamente formulada, y que, a nuestro juicio, subvertiría los criterios hermenéuticos comúnmente admitidos en nuestro ordenamiento.

Es contrario al tenor literal del artículo 630.1 LOPJ que se ignore el número de los miembros presentes en la votación para determinar dónde se sitúa la mitad de los mismos y así saber cuándo existe mayoría. Paradójicamente, esta postura, que obvia la referencia expresa del artículo 630.1 LOPJ a los presentes, sí los considera allí donde la norma no los menciona pues, insistimos, en la LOPJ no aparece en lugar alguno la mención a la mayoría absoluta de los presentes sino que siempre se habla de la mayoría absoluta a secas (artículos 589.2 y 4 y 606.3 y 5 LOPJ) y nadie discute que, como es común a ese tipo de mayoría en nuestro ordenamiento jurídico-público, se refiere siempre a los miembros de derecho del órgano de que se trate.

Por otra parte, la interpretación que hipotéticamente está detrás de la actitud del Pleno supondría que en la práctica el número de votos necesarios para alcanzar la mayoría absoluta pudiera ser distinto para cada votación en función del número de miembros presentes en ella. Tal tesis carece de sustento en la LOPJ en la que la mayoría absoluta no se modula ni es variable sino que siempre tiene que ser la misma (11 votos para el Pleno) ya que, repetimos, ha de estar referida al número legal de miembros del órgano en el que se produce la votación.

De hecho, la diferencia entre las dos clases de mayoría más habituales, la simple y la absoluta, estriba, precisamente, en el colegio que se toma en consideración, variable en el primer caso y fijo en el segundo. En efecto:

- En la simple el cómputo se realiza sobre el universo que determine la norma que regule la votación pero que será inferior, en todo caso, al del número legal de miembros del órgano. Podrá ser (1º) el de los miembros presentes, como ocurre en el artículo 630.1 LOPJ, (2º) el de los votos emitidos, quedando excluidas de cómputo las abstenciones, (3º) el de votos válidos, descartándose los nulos pero no los emitidos en blanco, (4º) salvo que la norma los excluya, o (5º) una combinación de estas alternativas. Dado que la referencia al conjunto no es fija sino variable, la mayoría simple se puede obtener con distinto número de votos.
- En la absoluta el colegio del que se predica está formado, necesaria e ineludiblemente, por todos los miembros de derecho del órgano, con independencia de cuántos participen en la votación y de los votos nulos o en blanco que se emitan. En consecuencia, la mayoría absoluta siempre requiere el mismo e invariable número mínimo de votos que, en el caso del Pleno del Consejo, es de 11.



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

Es notorio que en el asunto que nos ocupa el Pleno no ha aplicado ninguna de las dos clases de mayoría expuestas sino una tercera y distinta: la mayoría relativa.

- El campo de juego de esta modalidad de mayoría es el de la elección entre tres o más alternativas (en nuestro caso a favor de cada uno de los candidatos o en blanco) y sirve para identificar la que es mayoritaria entre ellas, abstracción hecha de si representa o no la mayoría simple o la absoluta. Por eso, no puede sustituir a ninguna de las dos. Es más, este tipo de mayoría se emplea frecuentemente para tratar de obtener en una primera fase (o vuelta) una mayoría absoluta (o incluso superior a esta) y, de no alcanzarse tal mayoría, para seleccionar las dos opciones más votadas con la finalidad de llegar, en una segunda vuelta o *ballotage*, a una votación binaria o dual en la que se elige definitivamente entre las dos alternativas que concurren y que se dirime en favor de la que obtenga la mayoría de los votos, representen estos o no la mayoría requerida en la primera vuelta.

La *mayoría relativa* no es extraña al Consejo General del Poder Judicial. Prueba de ello es el artículo 586.3 LOPJ dedicado nada menos que a la elección del Presidente del Consejo. Según este artículo, "*si en una primera votación ninguno de los candidatos resultare elegido, se procederá inmediatamente a una segunda votación exclusivamente entre los dos candidatos más votados en aquella, resultando elegido quien obtenga **mayor número de votos.***"

Es esta una regla subsidiaria de carácter especial que define con claridad la mayoría precisa en segunda vuelta y que, en ese caso, no tiene que llegar siquiera a la mitad de los miembros presentes, pues la finalidad de la norma es facilitar la elección del Presidente, aun a costa de que el candidato más votado acceda al cargo con un respaldo solo *relativamente* mayoritario.

Sin embargo, dado que no existe una regla igual para los demás acuerdos previstos en la LOPJ, es obligado aplicar la establecida con carácter general en el artículo 630.1 LOPJ.

La interpretación que combatimos se opone, también, al espíritu de la norma interpretada ya que el propósito de la Ley Orgánica 4/2013 al abandonar la mayoría cualificada de los 3/5 para los nombramientos fue, tal y como expresa su preámbulo, evitar el bloqueo que la exigencia de tan alta mayoría supuso en el anterior mandato del Consejo. Pero esa finalidad de desbloqueo y de reducción de la mayoría cualificada no debe llevarse al extremo opuesto y confundirse,



13 Mayo 15  
VCE

violentando el enunciado legal, con la ~~asunción de una~~ regla tan extraordinariamente flexible que en la práctica suponga que baste con que en cualquier votación una propuesta tenga un solo voto más que la otra u otras que se hayan formulado, sin importar la proporción que aquélla represente con respecto al número de miembros presentes, llegando a ser en realidad una minoría relativamente mayoritaria en comparación con las demás todavía más minoritarias.

La naturaleza del Consejo, como órgano de garantía de la independencia judicial (STC 238/2012, de 13 de diciembre), no permite relajar las mayorías hasta ese punto. Por ello, estimamos que ha de entenderse que la reforma de 2013 no hace sino retornar al régimen original de la LOPJ de 1985 y, concretamente, al anterior artículo 137.1 LOPJ que siempre fue interpretado en el sentido que defiendo.

Sea como fuere, la reducción al absurdo es la manera más elocuente de poner al descubierto la falacia en que parece fundarse la comprensión del artículo 630.1 LOPJ que queremos refutar.

Así, dado que, según el artículo 600.4 LOPJ, el quórum mínimo para adoptar acuerdos es de 10 Vocales, más el Presidente, y que, de conformidad con el artículo 598.2ª LOPJ, el voto de este dirime los empates, con la interpretación que rechazamos, cabría nombrar al Vicepresidente del Tribunal Supremo y elegir al Promotor de la Acción Disciplinaria por tan solo 5 votos de un total 21. Un poco más del 23% de los miembros del Consejo, cifra insignificante para unas decisiones de esa trascendencia y que contrasta sobremanera con los 3/5 de los miembros del Consejo que se exigen para destituirlos.

El dislate al que conduciría la lectura del artículo 630.1 LOPJ que comentamos (mayoría de votos sin tener en cuenta el número de miembros del órgano que están presentes) se puede dar más fácilmente de lo que parece. Todo dependerá de lo que se haga con los votos en blanco y, en los supuestos en los que las alternativas de votación sean múltiples, de la entidad de la dispersión o del reparto del voto entre tres o más candidatos, sin que, tampoco, se pueda descartar la concurrencia de ambos factores (votos en blanco y dispersión del voto).

En efecto, si aquellos (los votos en blanco) fueran numerosos y no se computaran, pese a no ser favorables, sería suficiente una exigua mayoría de 7 u 8 votos o, incluso, menor, sobre un total de 20 o 21 miembros presentes, para que prosperara una opción claramente minoritaria. Problema que se agravaría hasta el extremo cuando los votos, además de los emitidos en blanco, se distribuyesen entre diversas opciones ya que la interpretación sostenida por la mayoría daría por aprobada una propuesta con tan solo 2 votos o, en caso de empate con el candidato que reciba el respaldo del Presidente, con el solo, único y solitario voto de este.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

Será muy difícil que este último disparate, pues no puede llamarse de otra manera, llegue a materializarse en la práctica pero no es, ni mucho menos, imposible. Es una hipótesis que acoge y admite la interpretación de la que discrepo y que debería llevar a la reflexión. De hecho, solo se diferencia de la situación real y efectiva que se dio en la aprobación del Acuerdo que motiva este Voto Particular en cuanto al grado de la desviación con respecto a la mayoría exigida en el artículo 630.1 LOPJ pues en ninguno de los casos, el hipotético y el real, se logra la mayoría de los miembros presentes.

En consecuencia, al no haberse alcanzado la mayoría legalmente exigida en la votación del acuerdo al que se refiere este Voto Particular no debió darse por aprobado el Informe del que discrepamos.

Madrid, 12 de mayo de 2015

LOS VOCALES

Roser Bach Fabregó

Enrique Lucas Murillo de la Cueva

Concepción Sáez Rodríguez

Mª Victoria Cinto Lapuente

Clara Martínez de Carega García