



MAYO 13 2015
EL SECRE...
Jefe.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL JOSE MARÍA MACÍAS CASTAÑO AL ACUERDO DEL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE 11 DE MAYO DE 2015, EN RELACIÓN CON EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE REGULA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS SENTENCIAS EN MATERIA DE FRAUDE FISCAL.

Formulo el presente voto particular desde el más absoluto de los respetos y consideración a las valoraciones contenidas en el informe que, de hecho, ha sido aprobado con mi voto favorable. Mi discrepancia respecto de un preciso fundamento del informe incorporado durante los debates del Pleno no pone en entredicho lo que no puedo sino calificar como una seria y rigurosa labor de los servicios técnicos del Consejo, que se ha seguido de la misma seria y rigurosa defensa que el ponente del informe ha llevado a cabo en los debates del Pleno.

De la misma manera, hago también extensivo mi respeto y consideración a las valoraciones contenidas en las alegaciones que han planteado un informe alternativo y con cuyo contenido he discrepado en su práctica totalidad.

Dicho lo anterior, la complejidad de la cuestión que ha sido sometida al examen del Pleno del Consejo alcanza al presente voto particular, que no llega ser del todo concurrente, por más que no me atrevo a calificarlo como discrepante. No he querido que con un voto contrario al informe formulado de manera indiferenciada se pudiera interpretar una oposición global al mismo y a la iniciativa legislativa o prelegislativa a la que se refiere, tanto más cuanto que mi discrepancia es muy limitada. He preferido, por ello, votar a favor del informe final sostenido por la ponencia y expresar separadamente mi postura por vía de voto particular.

Abordaré separadamente los distintos aspectos que permiten definir mi postura sobre el informe finalmente emitido que, contra lo que pueda parecer con la introducción precedente, no es nada matizada.



1. El anteproyecto del Gobierno y el informe inicial presentado a la consideración del Pleno

El anteproyecto del Gobierno prevé la inclusión en la LOPJ de un art. 235 ter que dará lugar a la publicación en el Boletín Oficial del Estado de determinados datos de sentencias firmes referidas a personas condenadas por la comisión de determinados delitos y, en concreto, de delitos previstos en los arts. 257, 258, 305, 305 bis y 306 del Código Penal y art. 2 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

En líneas sustanciales y resumidas, el informe constata que en la Memoria incorporada al expediente de elaboración de la norma, y en su propia Exposición de Motivos, se ha tenido en consideración para la redacción del texto del anteproyecto la conexión o implicación incuestionable de la publicidad de las sentencias condenatorias con derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución (honor, intimidad, protección de datos); el carácter no absoluto de esos derechos y de ningún otro derecho, y la posibilidad de su limitación por el legislador a partir de otros bienes jurídicos con relevancia constitucional, bienes jurídicos que se identifican en la justificación del anteproyecto y que se concreta el derecho-deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas (art. 31 de la Constitución); la adecuación de la medida desde la perspectiva de la necesidad de protección del legítimo fin perseguido y su proporcionalidad atendida su ámbito de afectación de derechos individuales y la satisfacción que con ello se consigue para los intereses colectivos o bien común; y, por último, y en cuanto a la regulación del régimen transitorio de la Ley, la adecuación de su concreta regulación (transitoriedad de grado medio) a la naturaleza propia de la medida de publicidad de las concretas sentencias a las se refiere el proyecto, publicidad que, aun cuando conlleve un determinado grado de aflicción o gravamen, no implica propiamente una pena o sanción.

Se añade a ello la indicación de técnica legislativa relativa a la conveniencia de adecuación de las menciones de la Ley Orgánica de Protección de Datos para que guarde la debida coherencia con la nueva redacción que tendrá la LOPJ, así como algún otro aspecto menor, también de técnica legislativa.

Todos estos aspectos han sido objeto de un amplio análisis en el informe presentado al Pleno, que comparto plenamente y que excluye que tenga que ser innecesariamente reiterado en el presente voto particular.

El informe inicial, tal y como fue presentado, hubiera determinado mi voto favorable sin reserva de ningún tipo. Hasta tal punto llega el carácter poco o nada matizado de mi postura.



13 mayo 15
Jefe

Al informe, sin embargo, y durante la exposición de la ponencia en el Pleno, se han incorporado determinadas consideraciones contenidas en las alegaciones presentadas por dos vocales con la adhesión de tres más (en realidad, un contrainforme de sentido contrario a la viabilidad del anteproyecto), cuyas conclusiones no puedo compartir, y fundamentalmente porque no puedo compartir su fundamento. Ciertamente, las conclusiones que se han acogido son limitadas. Por otro lado, no niego a que con distinto fundamento podría llegar a alcanzarse conclusiones hasta cierto punto parecidas. Sin embargo, el fundamento de las conclusiones incorporadas es el que es, y su inclusión en el informe final tiñe el informe inicial, según mi muy personal juicio, de una cierta incongruencia interna que hubiese preferido que no se produjese.

Dicho esto, examinaré esas incorporaciones.

2. La supresión de las consideraciones del informe relativas al ámbito de competencia del Consejo

El informe inicial sometido al Pleno incorporaba un apartado II que, en su redacción inicial, incluía una cláusula formal y de estilo relativa al ámbito material de la competencia consultiva del Consejo. Dicho apartado se limitaba a recordar la dicción del art. 561 LOPJ y la interpretación que de ella viene haciendo este Consejo en cuanto a que ese ámbito material no puede ser desbordado en la emisión de sus informes para acabar incluyendo juicios sobre aspectos en los que la LOPJ no reconoce al Consejo competencia ni función alguna, y menos aún para incorporar juicios o valoraciones de oportunidad o política legislativa propias de la iniciativa legislativa del Gobierno o de las propias Cámaras Legislativas.

Se ha afirmado que como no existía controversia alguna sobre el alcance de la función consultiva del Consejo en relación con la cuestión sometida a examen en este preciso informe, este apartado era prescindible, y por esa razón se ha accedido a la supresión del apartado en cuestión. Yo mismo he accedido. Ahora bien, y con referirse a una cuestión en apariencia no controvertida en este preciso informe, no deja de ser un tema recurrente en los debates del Pleno, por lo que es conveniente aclarar los términos de la aceptación de la supresión.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

Efectivamente, se viene afirmando en los debates del Pleno, en una constante oposición al sentir de la mayoría entre la que me incluyo, y que respeto profundamente aunque no comparto, que este Consejo no tiene límite alguno en el ejercicio de su función consultiva, y que esta puede abarcar todo aspecto y consideración. Ello se justifica de la manera más dispar, desde el personal aprecio por la función consultiva y el interés intelectual en abordar cuestiones trascendentes, hasta un muy personal sentido de las funciones propias del Consejo que, según parece, y en lo que se refiere a la función consultiva, carece de límite alguno en sus relaciones con otros órganos constitucionales, en cuyas funciones puede inmiscuirse.

Esta es una forma de entender las funciones propias del Consejo, por cierto, delimitadas en la Constitución y la LOPJ, que no comparto. No comparto, por descontado, que el personal aprecio por abordar cuestiones de complejidad jurídica, por muy estimulante que sea la tarea para un jurista, pueda ser la justificación para aprovechar el Consejo como palestra para dar satisfacción a inquietudes intelectuales personales. Otros foros, como el académico, son notablemente más adecuados para ese fin.

Tampoco comparto que el Consejo sea el único órgano constitucional del Estado sin límites en sus funciones, y que los servidores de esos órganos no tengamos que hacer un constante ejercicio de lealtad institucional para no invadir esferas que nos son ajenas. De hecho, encuentro mucho más difícil y responsable hacer ese ejercicio que sencillamente prescindir de todo límite. Por otro lado, y como he dicho cuando he expresado mi opinión ante el propio Pleno, eso será lo que permita despejar toda sombra de sospecha en cuanto a que los vocales del Consejo podamos ser identificados como correas de transmisión en el Consejo de la acción de partidos políticos o algunas Administraciones en sus propias cuitas con la Administración del Estado, como las relativas a conflictos competenciales.

Como he señalado en el curso del debate, me ha sorprendido vivamente que se haya hecho cuestión de la inclusión en el informe de la cláusula de estilo relativa a la competencia del Consejo, sobre todo porque la oportunidad de la supresión se ha planteado por quienes de manera sistemática mantienen en sus votos particulares una cláusula de estilo similar pero de sentido contrario, aunque no guarde la menor relación con las cuestiones propias del voto particular. No formulo ningún juicio de valor por el hecho de que se critique lo mismo que se lleva a cabo de manera constante, pero sí expreso mi incompreensión. En cualquier caso, no he tenido inconveniente en que se suprima en el informe lo parece que es anodino para este concreto informe, pero sí quiero aclarar el sentido de mi conformidad con la supresión en cuanto que se refiere a una cuestión que no es anodina para el correcto ejercicio de las funciones del Consejo.



J. M. Macías

3. La inclusión del apartado G de las alegaciones

Al margen de la supresión del apartado II del informe inicial, se ha aceptado la incorporación, aunque modificados en algunas expresiones, de dos apartados de las alegaciones o contrainforme: uno relativo a la conveniencia de introducir algún mecanismo selectivo de los supuestos de publicidad cuando se aprecie la atenuante de reparación del daño y como fórmula de promoción de las sentencias de conformidad (apartado G), y otro relativo a la retroactividad impropia o de segundo grado que se incorpora a la propuesta normativa respecto de las sentencias que se dicten en procesos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, retroactividad que se propone que se suprima (apartado H).

Tal como entiendo el contenido de las alegaciones o contrainforme, el fundamento de esos apartados contradice frontalmente el fundamento propio del informe presentado por la ponencia. La incorporación de conclusiones del contrainforme con una simple rectificación de términos o expresiones, sin que tenga otro fundamento que el propio del contrainforme del que proceden, y sin al mismo tiempo añadir una justificación autónoma compatible con la propia del informe, supone introducir un factor de cierta incongruencia argumental que hubiese preferido que no tuviese lugar.

Para entender esta afirmación, es necesario partir del fundamento del contrainforme que, a mi juicio, se reduce a dos sofismas sobre los que se asientan sus conclusiones. Excluido el fundamento, decaen las conclusiones, cuyo mantenimiento exigiría de una fundamentación alternativa que no se ha añadido al informe final.

Como decía, los argumentos aparentes utilizados en el contrainforme para deslegitimar la iniciativa legislativa son dos.

El primero parte de un error de la Exposición de Motivos del anteproyecto, que el contrainforme exagera hasta la náusea para hacer decir al anteproyecto lo que sinceramente creo que no dice.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

Efectivamente, en la Exposición de Motivos se afirma que los derechos fundamentales afectados por la propuesta normativa (honor, intimidad, protección de datos) son derechos de "configuración legal". Naturalmente, acepto con los autores del contrainforme que esa afirmación no es afortunada, y que una cosa es que un derecho sea de "configuración legal", de manera que su propia existencia, contenido esencial y perfiles dependan de la voluntad del legislador, y otra diferente es que sea de "configuración constitucional", de manera que su existencia y contenido esencial sea indisponible para el legislador, sin perjuicio de que dentro de esos límites (existencia y contenido esencial) su "regulación legal" corresponda precisamente al legislador (art. 53.1 de la Constitución).

A mi juicio, resulta evidente y más que evidente en la justificación de la propuesta normativa que, pese a las expresiones utilizadas ("configuración legal"), se ha partido de la base de la existencia de un núcleo constitucionalmente indisponible de esos derechos, y precisamente por eso la indagación de sus límites se ha hecho de manera negativa, identificando otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes para, dentro de un juicio de ponderación presidido por los principios de necesidad y proporcionalidad, determinar hasta dónde alcanza el contenido de los derechos concernidos y hasta dónde sería posible limitarlos.

Entiendo que el contrainforme, aprovechando la expresión de la Exposición de Motivos, ha alterado el sentido de todo el anteproyecto, pretendiendo que la propuesta normativa ha considerado que los derechos fundamentales concernidos están a la disposición ilimitada del legislador, y que precisamente la propuesta normativa pretende hacer una disposición ilimitada e injustificada de los mismos con fundamento en ese presupuesto. Este planteamiento, que no es otra cosa que un juicio de valor o intenciones de la propuesta normativa, se eleva en el contrainforme a la pretendida consideración de hecho o premisa cierta e indiscutible, y es lo que lo convierte en el sofisma que permite afirmar que la iniciativa legislativa o prelegislativa está esencialmente viciada. Eso es algo que el informe de este Consejo se ha encargado de desmentir, como ya he señalado, por lo que no insisto en ello.

El segundo pilar del contrainforme ha consistido en afirmar que la publicación de una sentencia condenatoria es una pena, o cuando menos una pena accesoria, lo que de manera directa conduce al art. 25 de la Constitución como parámetro conforme al cual debe formularse el juicio ponderativo de necesidad y proporcionalidad en relación con los intereses en conflicto. No habiéndose tenido en consideración en la justificación de la norma el art. 25 de la Constitución, nuevamente se concluye que la iniciativa legislativa o prelegislativa estaría esencialmente viciada.



[Firma manuscrita]

Naturalmente, que la publicación de una sentencia sea una "pena" o una "pena accesoria" vuelve a ser una premisa que pretende plantearse como cierta e indiscutible sin otra explicación que la autoridad del contrainforme en el que se hace esa afirmación.

La debilidad del argumento así expresado se ha hecho evidente, y se ha intentado remediar afirmando que, sin necesidad de ahondar en el concepto de "pena" o "sanción", la publicación de la sentencia sí que es, cuando menos, una medida "aflictiva" o de "gravamen", y que ello justificaría igualmente su tratamiento como "pena" o "sanción" a los efectos de la ponderación de los intereses en juego, esto es, desde la perspectiva del art. 25 de la Constitución, o a los efectos de las limitaciones a la retroactividad de las normas, esto es, desde la perspectiva del art. 9.3 CE. No parece haberse advertido que, con semejante argumento, se han convertido en "penas" y "sanciones" los tributos (que son aflictivos o imponen un gravamen), la no atribución de la custodia de un menor en un proceso matrimonial (que para el progenitor privado de ella es aflictivo) la adopción de medidas cautelares en todo tipo de proceso (que acaban suponiendo una aflicción correlativa al beneficio que experimenta quien las obtiene) o la condena en costas en un proceso contencioso-administrativo (que para el condenado supone una aflicción).

Con semejante forma de razonar, o mejor, de no razonar, sustituyendo las categorías dogmáticas por afirmaciones apodícticas, toda disposición de un poder público que contradiga la comprensible aspiración de un ciudadano a ser feliz se convierte en una pena o sanción sometida a las exigencias del art. 25 de la Constitución, aspiración que, con ser legítima, y yo mismo la tengo, no alcanza a convertirse en el derecho fundamental consagrado en dicho precepto, ni a ser parte del mismo.

La pena o sanción supone la privación de un bien o derecho como consecuencia de la comisión de un delito, falta o infracción, que cumple una función reprobadora o retributiva propia de los fines de prevención general y especial que le son propios y sin perjuicio de la función reeducadora y de reinserción social a que deben orientarse las penas privativas de libertad de conformidad con el art. 25 CE. La naturaleza de la pena es la propia de una consecuencia sustantiva del delito, y por carecer de esa naturaleza sustantiva no constituye pena el proceso de investigación o instrucción necesario para determinar si procede el enjuiciamiento (por muy aflictiva que pueda llegar a ser la condición de "imputado"), ni la medida cautelar de prisión preventiva (por muy aflictiva que pueda ser, que lo es y mucho) ni el acto del juicio (por muy aflictiva que sea la condición de "acusado"), ni la sentencia que ponga fin al mismo (como acto procesal y abstracción hecha



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

de sus pronunciamientos de condena o absolución), como tampoco lo es, en fin, el acto procesal de notificación de esa sentencia ni tampoco, a mi juicio, un eventual acto de publicación de conformidad con la Ley.

Precisamente porque la eventual publicación de una sentencia condenatoria no tiene la naturaleza de pena es por lo que no se recoge en el catálogo de penas del Código Penal (art. 33 del Código Penal), y precisamente por ello también la ubicación constitucional del alcance que deba darse a la publicidad de una sentencia no encuentra su acomodo en el art. 25 de la Constitución, sino en su art. 120. Y esa es la razón también por la que, en definitiva, la determinación del alcance que deba darse a la publicidad de una sentencia no se contiene en el Código Penal, sino que se contiene en la LOPJ y en la legislación procesal, y concretamente, con carácter general, en los arts. 235 y 266 LOPJ.

Se entiende así que el Consejo de Estado informara en su momento que la sede adecuada para esta reforma fuese la LOPJ, y concretamente sus preceptos relativos a la publicidad de las sentencias, conclusión que comparto sin reservas.

A mi juicio, la propuesta normativa no hace otra cosa que delimitar legítimamente el alcance de la publicidad de las resoluciones judiciales, dentro del margen del margen de apreciación que corresponde al Gobierno en su competencia de iniciativa legislativa, y a las Cámaras en el ejercicio de la potestad legislativa si llegasen a aprobar esa iniciativa, ampliando los términos de la publicidad posible de una sentencia previstos con carácter general en los arts. 235 y 266 LOPJ con fundamento en circunstancias correctamente ponderadas que ponen de manifiesto la existencia de un interés general que justifica esa mayor amplitud de conocimiento de la sentencia como, por cierto, se ha hecho ya, y de antiguo, para materias que nada tienen que ver con el Derecho Penal y que mal pueden asociarse con actuaciones penales, lo que evidencia la desconexión de la publicidad con la noción de pena.

Efectivamente, que una sentencia condenatoria civil (ahora mercantil) en materia de competencia desleal puede ser objeto de publicación para general conocimiento por existir un interés general que lo justifica es algo previsto, desde hace ya mucho tiempo, en el art. 32.2 de la Ley de Competencia Desleal y 221.2 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que ello implique ninguna suerte de ejercicio encubierto de jurisdicción penal por el juez civil-mercantil.

La publicación de la sentencia, por aflictivo que pueda ser para el condenado, no es una pena ni una pena accesoria, y el art. 25 de la



10 Mayo 2015
El Sr. J. M. Macías Castaño

J. M. Macías Castaño

Constitución no puede ser el parámetro de contraste de la propuesta normativa examinada en el informe, como tampoco el art. 9.3 de la misma Constitución.

Así las cosas, y en lo que se refiere al apartado G del contrainforme que se ha incorporado a la ponencia aprobada, relativo a la restricción de los supuestos de publicidad en caso de haberse apreciado atenuante de reparación del daño y como fórmula para promover sentencias de conformidad, resulta claro, a mi juicio, que no puede tener el erróneo fundamento en el que pretende apoyarse. Por otro lado, y no habiéndose proporcionado ningún otro fundamento autónomo que justifique esa conclusión desde un punto de vista de corrección jurídica, entiendo que a la postre lo que se ha hecho con su incorporación es invadir de manera injustificada, aunque haya sido inadvertidamente, el margen de apreciación u oportunidad que corresponde a quienes tienen atribuida la iniciativa legislativa y la potestad legislativa, que no es este Consejo.

Esta es la conclusión a la que llego que, por cierto, me hace ver la conveniencia de que el Consejo se recuerde constantemente en sus informes, aunque sea utilizando una cláusula de estilo, cuál es el ámbito de su función consultiva, incluso cuando esta no sea una cuestión aparentemente controvertida. Pero esa es una cuestión cerrada sobre la que no voy a volver.

4. La inclusión del apartado H de las alegaciones

En relación con este aspecto seré breve, porque no es más que una consecuencia de lo que ya he razonado en el apartado anterior: la conclusión de las alegaciones o contrainforme que se ha incorporado a la ponencia del informe finalmente aprobado no tenía otro fundamento que la errónea calificación de la publicidad de las sentencias como pena o sanción, que es lo que justificaba, con fundamento en los arts. 9.3 y 25 CE, que se sostuviese que no cabía margen alguno para la retroactividad prevista en la propuesta normativa.

Decaído ese argumento, y dentro de los debidos márgenes de proporcionalidad, la retroactividad impropia o de segundo grado sería constitucionalmente lícita, y cuestionarla sin un fundamento adecuado supone inmiscuirse en el margen de apreciación de quienes tienen atribuida la iniciativa legislativa y la potestad legislativa que, insisto, no es el Consejo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

Por las razones expresadas, y en mi muy personal opinión, considero que lo jurídicamente acertado hubiese sido, en el correcto ejercicio de la función consultiva que tiene atribuida este Consejo, aprobar la propuesta de informe inicialmente sometida a la consideración del Pleno sin ninguna alteración y en los términos que he dejado expresados en el apartado 1 de este voto particular.

Madrid, 12 de mayo de 2015.

José María Macías Castaño