



Roj: STS 5373/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5373  
Id Cendoj: 28079139912016100009  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 991  
Nº de Recurso: 264/2015  
Nº de Resolución: 2614/2016  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN  
Tipo de Resolución: Sentencia

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**PLENO**

**Sentencia núm. 2.614/2016**

Fecha de sentencia: 14/12/2016

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a) Número del procedimiento: 264/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 21/11/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mercedes

Fernández-Trigales Pérez

Transcrito por: FGG Nota:

Resumen

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Jueces y Magistrados.

Imposición de una sanción de tres años de suspensión como responsable de una muy falta grave de ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales, prevista en el artículo 417.14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [LOPJ].

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 264/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mercedes

Fernández-Trigales Pérez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**PLENO**

**Sentencia núm. 2614/2016**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis María Díez Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. Pedro José Yagüe Gil  
D. José Manuel Sieira Míguez  
D. Manuel Vicente Garzón Herrero  
D. Segundo Menéndez Pérez  
D. Nicolás Maurandi Guillén  
D. Eduardo Espín Templado  
D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat  
D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo  
D. Octavio Juan Herrero Pina  
D. Emilio Frías Ponce  
D. Eduardo Calvo Rojas  
D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco  
D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella  
D. Juan Carlos Trillo Alonso  
D. José Antonio Montero Fernández  
D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech  
D. José María del Riego Valledor  
D. Diego Córdoba Castroverde  
D. José Juan Suay Rincón  
D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano  
D. José Luis Requero Ibáñez  
D. César Tolosa Tribiño  
D. Jesús Cudero Blas  
D. Francisco José Navarro Sanchís  
D. Ángel Ramón Arozamena Laso  
D. Rafael Toledano Cantero  
D. Jesús Ernesto Peces Morate  
D. Juan Gonzalo Martínez Micó  
D. Mariano de Oro Pulido y López  
D. Rafael Fernández Montalvo

En Madrid, a 14 de diciembre de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo que con el número 264/2015 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Il<sup>to</sup>. Sr. don Victoriano , representado por la Procuradora doña Esperanza Azpeitia Calvin, frente al Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial -CGPJ- de 26 de febrero de 2015 (dictado en el Expediente Disciplinario número NUM000 ).

Habiendo sido parte recurrida el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, representado por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Il<sup>to</sup> Sr. don Victoriano se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno del CGPJ que antes se ha mencionado, el cual fue admitido por la Sala, motivando la

reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se puso de manifiesto a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito que, después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó así:

«a la Sala, SOLICITO:

Que teniendo por presentado este escrito de demanda, con sus copias, Primero .- Tenga por deducida la misma en tiempo y forma, en el

recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 26 de febrero de 2015 que impuso la SANCIÓN DE TRES AÑOS DE SUSPENSIÓN y que, previa su tramitación legal,

Segundo .- Dikte en su día sentencia estimando el recurso contencioso- administrativo y **DECLARE NO SER CONFORME A DERECHO Y NULO**, el Acuerdo citado por las causas invocadas, o, subsidiariamente, declare que no ha lugar a la imposición de sanción de clase alguna al Magistrado Sr. Victoriano, disponiéndose la reincorporación a su puesto de Magistrado en la Sección DIRECCION000 de la Audiencia Provincial de DIRECCION001, con abono de todos los haberes que le hubieran correspondido de estar en el servicio activo, más los correspondientes intereses, así que se regularice las aportaciones a los derechos de pensión y clases pasivas, y se abone en el escalafón el tiempo de servicio que se hubiera dejado de computar por razón de la sanción.

#### **OTROSÍ DIGO Sobre las costas procesales**

Que por mor del art. 139 de la ley jurisdiccional, procede imponer las costas a la Administración demandada».

**SEGUNDO.-** El señor ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que le es propia, se opuso a la demanda con un escrito, en el que, después de realizar las alegaciones que estimó convenientes, suplicó:

«(...) dictar sentencia que desestime la demanda y confirme las resoluciones recurridas por ser conformes a Derecho, con condena en costas a la (parte) recurrente».

**TERCERO.-** Hubo recibimiento a prueba y, declaradas concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 21 de noviembre de 2016.

**CUARTO.-** La ponencia de esta sentencia correspondió inicialmente al Magistrado Excmo Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, pero al discrepar de la mayoría en la votación final de este fallo se designó nuevo ponente al Magistrado que antes fue indicado.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La impugnación planteada en el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el magistrado don Victoriano, se dirige contra el Acuerdo de 26 de febrero de 2015, del PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL -CGPJ-, que le impuso la sanción de tres años de suspensión como responsable de una falta muy grave de ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales, prevista en el artículo 417.14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [LOPJ].

Este acto sancionador aquí recurrido incluyó los siguientes

#### **HECHOS PROBADOS:**

«D. Victoriano, Magistrado de la Audiencia Provincial de DIRECCION001, intervino en compañía de otros magistrados y de varios profesores universitarios, en la redacción de una denominada "Constitución catalana" con la finalidad --política, que no científica-- de ponerla a disposición, o exponerla como modelo, de quienes, desde diversas instituciones públicas o privadas, habían promovido tanto la celebración de una consulta popular (el llamado "derecho a decidir"), como la independencia de Cataluña.

Con reiteración y con la finalidad de presentar el citado documento, intervino en más de cien actos públicos, organizados o promovidos, en la mayoría de las ocasiones, por la Asamblea Nacional Catalana y Omnium Cultural, con una actitud reivindicativa del citado proceso y consulta, justificando y apoyando los mismos, transmitiendo a los asistentes confianza sobre la legalidad del proceso, y animando a su participación; su participación en dichos actos, así como sus intervenciones en los mismos se caracterizaron por su finalidad política, ajenos a toda consideración científica.

*En ninguno de dichos actos ocultó su condición de Magistrado de la Audiencia Provincial de DIRECCION001 , en situación de activo».*

Ese relato fáctico fue completado en el fundamento cuarto, para justificar la tipificación aplicada, con estas afirmaciones:

*«Son las concretas circunstancias que reflejan y rodean su actuación las que conducen a la tipificación de referencia*

*1. Su intervención (elemento finalístico), dentro de un grupo heterogéneo de juristas, en la elaboración de la denominada "Constitución Catalana", con una evidente finalidad política, que no científica, por cuanto no se trata, la realizada por el Magistrado expedientado, de alguna de las actividades excluidas del régimen de incompatibilidades previstas en el apartado 5 del artículo 389 de la LOPJ . No se trata, en modo alguno, de una actuación inocua o aséptica desde una perspectiva política, como reconoce el propio expedientado. No es la creatividad científica o la investigación jurídica la finalidad pretendida con tal actuación, pues, por el contrario, tal como se reconoce, la finalidad pretendida es la puesta a disposición de la citada Constitución de quienes promovían la celebración de una consulta popular sobre la independencia de Cataluña; puesta a disposición que, incluso, se concreta, como destinatario, de la misma, el futuro Parlamento de Cataluña. Esto es, la Constitución se elabora ---se pone a disposición--- para que sirva de modelo, de instrumento o de herramienta al denominado proceso soberanista. Con independencia de su mayor o menor rigor técnico ---que, obviamente no nos corresponde enjuiciar--- lo cierto es que el borrador elaborado, entre otros, por el Magistrado expedientado, constituye un informe técnico de adhesión al denominado proceso soberanista de Cataluña.*

*2. El expedientado reconoce (parámetro temporal) que ha intervenido ---antes, pero también durante, la información Previa y Expediente sancionador--- en más de cien actos públicos, que se caracterizaban por su connotación política, que no científica; no se trata, pues, de una intervención puntual, aislada u ocasional, sino de una sistemática y reiterada participación política en la que intercala conferencias, mesas redondas, debates en medios de comunicación o manifestaciones a los mismos que, en su conjunto considerados, constituyen algo parecido a una auténtica campaña con finalidad política o electoral. Aceptada dicha cuantitativa participación, no merece la pena pormenorizar las concretas intervenciones públicas del expedientado, pues es el sistemático conjunto de las mismas lo determinante en la valoración que se realiza.*

*3. En la gran mayoría de las ocasiones (elemento subjetivo externo) los actos de referencia son organizados por las entidades Asamblea Nacional Catalana y Omnium Cultural, en el ámbito de las campañas por dichas entidades promovidos o desarrollados con los títulos de "ARA ES L#HORA" y EL PAÍS QUE VOLEM". En dichos actos, el Magistrado expedientado era acompañado, presentado --o dialogaba-, en exclusividad, por, o con, los líderes a diversos niveles, de dichas entidades. No se trataba, pues, de foros científicos, universitarios o estrictamente culturales, sino de intervenciones o actividades en las que los organizadores contaban con una clara proyección e intencionalidad política.*

*4. Dichos actos (elemento formal) se caracterizaban por una evidente escenificación política, en los que los lemas que se exhibían, la publicidad que se realizaba de los mismos, las banderas que se acompañaban, los lugares elegidos o el atrezzo que se utilizaba, eran completamente ajenos a todo acto científico o técnico, e, impropio o inadecuado, para la investigación o el debate jurídico.*

*5. La intervención en los citados actos ---o en sus participaciones mediáticas--- lo eran (elemento subjetivo interno) en su condición de Magistrado en activo de la Audiencia Provincial de DIRECCION001 , no siendo, la suya, una intervención más, sino, por el contrario, convirtiéndose en el protagonista de los actos ---a modo de una colaboración especial---, y contando su participación con una significativa relevancia. Además, el contenido de sus intervenciones se caracterizaba por un matiz reivindicativo del denominado proceso soberanista, adocrinando a los asistentes, apoyando al mismo, y justificándolo argumentativamente desde perspectivas políticas y jurídicas con propuestas tales ---en su condición de Magistrado--- como la alteración del sistema de fuentes, o con críticas a la imparcialidad del Tribunal Constitucional, que en esos momentos era el competente para decidir sobre la suspensión y, luego, la legalidad o constitucionalidad del mismo, Esto es, no obstante su condición de Magistrado con una reconocida posición institucional, se alineaba*

*--en el marco del debate político y social producido en Cataluña--- con una determinada posición, tratando de dar seguridad jurídica al mismo y de transmitir a los asistentes confianza sobre su legalidad».*

También debe destacarse que el contenido de ese artículo 417.14 de la LOPJ que ha sido aplicado es éste:

«Son faltas muy graves: (...).

14. *La ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales».*

Y ha de señalarse, así mismo, que el acuerdo plenario aquí recurrido contó con el voto particular discrepante de ocho Vocales del Consejo General del Poder Judicial.

**SEGUNDO.-** La demanda postula, en los términos que han quedado expuestos en los antecedentes, la nulidad del acuerdo sancionador o, subsidiariamente, que se declare que no ha lugar a la imposición de sanción de clase alguna al magistrado recurrente.

En apoyo de estas pretensiones aduce, en su apartado de fundamentos de derecho materiales, diez motivos de impugnación, en los que son de distinguir dos grupos diferenciados, pues mientras los cuatro primeros tienen una naturaleza formal los seis restantes suscitan cuestiones de índole sustantiva.

Esto hace que el debido enjuiciamiento de esa demanda haga aconsejable, y así se hace seguidamente, estudiar separadamente las distintas cuestiones, formales y sustantivas, que suscitan uno y otro grupo de impugnaciones.

**TERCERO.-** Las impugnaciones de índole formal y su planteamiento consisten en lo que continúa.

**1.- Caducidad del procedimiento sancionador.**

Se aduce que no se ha respetado el plazo máximo de duración de seis meses establecido en el artículo 425.6 de la LOPJ, al haber sido rebasado por el lapso temporal que medió, desde el acuerdo de 29 de abril de 2014 por el que el Promotor de la Acción Disciplinaria decidió incoar Información Previa, hasta el Acuerdo del Pleno de 26 de febrero de 2015 que impuso la sanción. Y se sostiene que no puede considerarse como fecha inicial para ese cómputo la del acuerdo de 9 de octubre de 2014 por el que el Promotor de la Acción Disciplinaria acordó incoar el expediente disciplinario.

Respecto de esto último se argumenta que los hechos a que estuvo referida la información Previa son los mismos que se incorporaron al Expediente disciplinario y, por tal razón, no puede advertirse diferencia entre una y otra actuación salvo en el "*nomen iuris del procedimiento*"; y que no se daban circunstancias que justificaran la necesidad de acudir a unas Diligencias Informativas en los términos en que se regula la posibilidad de ellas en los artículos 69.2 de la Ley 32/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC], y 12.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1983, de 4 de agosto.

Y se completa lo anterior diciendo que la figura de las Actuaciones Previas tiene sentido en aquellos supuestos en que la noticia de los hechos es imprecisa y el sujeto no está identificado, así como que es orillar la letra de la ley, en lo que establece imperativamente sobre el plazo de seis meses, acudir a tales Actuaciones Previas cuando desde el inicio los hechos son claros y señalan a una persona concreta.

**2.- Denegación de la prueba propuesta. Falta de tutela judicial efectiva causante de indefensión.**

Se combate la denegación de las pruebas solicitadas por el actor que fue decidida por acuerdo de 19 de enero de 2015 del PAD al considerarlas impertinentes e inútiles en relación con el objeto del expediente.

Unas pruebas que consistieron en lo siguiente: (a) Informe al Servicio de Inspección del CGPJ sobre que el nivel de dedicación y capacidad de resolución del demandante fue superior a la fijada en el baremo del Consejo; (b) Informe a la Presidencia de la Sección donde presta sus servicios acerca de su acatamiento a la Constitución, tanto en las deliberaciones como en las resoluciones; (c) Declaración de los demás magistrados integrantes del tribunal de que forma parte para que también se manifiesten sobre lo anterior; (d) Oficio al Ilustre Consejo de Colegios de Abogados de Catalunya para que emita dictamen sobre la consideración jurídica y profesional que merece el desempeño de la función jurisdiccional realizado por el recurrente; y (e) Emisión de informe por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya sobre si se ha recibido alguna queja sobre el demandante y cuál ha sido la resolución adoptada.

**3.- Incompetencia del Pleno del Consejo General del Poder Judicial para conocer las propuestas directas de sanción del Promotor de la Acción Disciplinaria con exclusión de la Comisión Disciplinaria. Nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Pleno. Supresión injustificada del derecho a los recursos establecidos en la ley.**

La defensa de este motivo de impugnación comienza recordando que las cuestiones de competencia son de orden público y que el esquema del procedimiento sancionador de la LOPJ, tras haberse introducido la figura del PAD (por Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), pivota entre éste y la Comisión Disciplinaria; e invoca también lo establecido en los artículos 605 y 604.1 de la LOPJ .

Después afirma que el Promotor debe presentar todas las propuestas a la Comisión Disciplinaria, que las debatirá y resolverá salvo que la sanción procedente sea la separación de la carrera judicial, en cuyo caso sería el Pleno quien resuelva; aduce también que carece de sentido que para la sanción más grave, cual es la separación, se orille la intervención de la Comisión Disciplinaria; y añade que en el actual caso litigioso, por la carga política innegable que tiene el debate, no ha sido casual la exclusión de la Comisión Disciplinaria.

La exclusión de la Comisión Disciplinaria denunciada se valora como vicio de nulidad de pleno derecho.

Y, por último, se esgrimen estas dos cosas: (i) que aquella exclusión ha cercenado la posibilidad de que la Comisión Disciplinaria considerase que no existía falta disciplinaria, no tenía la gravedad estimada por el PAD o la sanción adecuada era distinta a la separación de carrera; y (ii) y se ha privado al recurrente de la garantía de defensa que significa la posibilidad de interponer un recurso de alzada frente a la hipotética decisión de la Comisión Disciplinaria.

**4.- Vulneración de lo dispuesto en el artº 45 del Reglamento número 1/1986, de 22 de abril, de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial .**

Esta vulneración pretende derivarse del hecho de que hubo una propuesta de sanción del Promotor de la Acción Disciplinaria que no fue presentada a la Comisión Disciplinaria y de que la ponencia o propuesta del Vocal que se sometió a debate en el Pleno no se presentó por escrito sino que se informó de viva voz en cuanto a estos extremos: relato de hechos; calificación y sanción a imponer.

Y se argumenta que no existió propuesta escrita y tampoco el Pleno decidió por unanimidad permitir la falta de la misma.

**CUARTO.-** Los motivos formales de impugnación que acaban de ser reseñados no pueden ser acogidos por lo que seguidamente se expresa.

El referido a la caducidad porque el día inicial de su computo debe ser desde el acuerdo de incoación del expediente disciplinario y no desde las diligencias informativas, cuando no conste que estas se utilizaron de manera indebida y fraudulenta; y es lo cierto que aquí no hay elementos para apreciar esa incorrecta utilización.

Las diligencias informativas tienen, entre otras finalidades, evitar el desdoro y aflicción que todo expediente disciplinario conlleva, por el mero hecho de su incoación, para la persona que es sometido a él, y que no resulta del todo reparado cuando el mismo concluye en una resolución no sancionadora; y están dirigidas --las diligencias informativas-- a evitar tales inconvenientes, procurando que la incoación ---la del expediente disciplinario--- sólo se lleve a cabo cuando, en lo que hace a los hechos que vayan a ser objeto de investigación, su conocimiento tenga un cierto nivel de precisión, y los indicios sobre su certeza o imputación individual tengan un mínimo soporte objetivo que evite las denuncias gratuitas o maliciosas.

Y lo que en el caso ahora enjuiciado se constata es que las diligencias informativas estuvieron encaminadas a buscar ese mínimo soporte objetivo en relación con los hechos cuyo inicial conocimiento determinó la actuación del Promotor de la Acción Disciplinaria.

El referido a la prueba denegada en la vía administrativa porque, en esta fase jurisdiccional, mediante la estimación en parte del recurso de reposición planteado contra el auto que inicialmente acordó no haber lugar al recibimiento a prueba, se acordó ese recibimiento para la práctica de toda prueba que estuviera referida a la constancia, en los ámbitos corporativos de la Abogacía o en los órganos de gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de la existencia o no de quejas sobre la actuación jurisdiccional del recurrente en lo relativo a su imparcialidad, independencia o pérdida de confianza ante la ciudadanía.

Sin perjuicio de tener que señalarse que el comportamiento sancionado, como más adelante se pondrá de manifiesto, no ha estado referido a la actuación jurisdiccional del recurrente.

El referido a la posible nulidad de la directa elevación al Pleno de la propuesta del Promotor de la Acción Disciplinaria, porque es convincente la explicación que ofrece el acuerdo aquí recurrido sobre esta concreta denuncia (ya planteada en la vía administrativa).

Efectivamente tiene razón el Acuerdo en lo que viene a razonar sobre que, incluyendo la propuesta del Promotor una solicitud de separación de la carrera judicial, la competencia para decidir tal solicitud

correspondía en exclusiva al Pleno del Consejo y, de haberse presentado formalmente ante la Comisión Disciplinaria, esta no habría tenido otra opción que remitirla al Pleno; sobre que no resultaría de recibo un ejercicio no integral de la potestad disciplinaria que limitara el juicio a realizar en cuanto a la valoración y calificación de la solicitud del Promotor (lo que habría acontecido, en razón de su limitación competencial, si ese juicio lo hubiera realizado la Comisión Disciplinaria); sobre que no existiría incompetencia funcional, por corresponder la decisión al Pleno, ni tampoco por razón de la materia o del territorio; y sobre que, estando en el Pleno todos los miembros de la Comisión Disciplinaria, no procede plantearse la concurrencia de la causa de nulidad de la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 [LRJ/PAC ].

Lo que debe completarse diciendo que tampoco hay una limitación de las posibilidades de reaccionar contra el acto administrativo en la vía administrativa con carácter previo a la fase jurisdiccional, pues se las ofrece el acuerdo del Pleno al indicar, en el punto segundo de su parte dispositiva, la posibilidad de interponer un recurso de reposición ante el propio Pleno.

Finalmente, el referido a la propuesta del vocal que actuó como Ponente en el Pleno porque, en cuanto a los hechos imputados y su calificación, no alteró la solicitud del Promotor en términos perjudiciales para el demandante, y tampoco los demás vocales miembros del Pleno se negaron a votar dicha propuesta del vocal ponente.

**QUINTO.-** Las impugnaciones sustantivas y su desarrollo argumental, siguiendo la numeración que les asigna la demanda, están constituidas por lo que seguidamente se expresa.

**5.-** *Inexistencia de falta disciplinaria alguna. Vulneración del derecho fundamental del derecho fundamental a la libertad de expresión.*

La defensa de este motivo comienza señalando que la primera cuestión consiste en decidir si pueden tenerse por acreditadas las conductas que se describen en el relato de hechos probados que incluye el acuerdo sancionador; y a continuación la demanda indica que hay dos grupos de conductas y expone su particular valoración sobre cada una de ellas.

(A) Se dice que la primera conducta es la participación del recurrente en la elaboración de un borrador de Constitución catalana y sobre ella se realizan estas dos clases de asertos.

De un lado, que esa participación es un hecho pacífico que ha sido admitido desde el primer momento por el actor, pero realizado como puro ejercicio de creación intelectual no encargado por nadie (persona física, asociación, partido político o institución pública o privada), ni tampoco efectuado en edificios o instalaciones judiciales u oficiales.

Y, de otro, que no está probada la afirmación del relato de hechos probados de que el mencionado borrador tuviera la finalidad política de ponerlo a disposición , o exponerla como modelo de quienes habían promovido tanto la celebración de una consulta popular como la independencia de Catalunya.

Tras lo anterior se afirma que, aun tratándose de un borrador de alto contenido técnico, tiene una "vis política *innegable* (en la más noble acepción de la palabra)", pues su destinatario es la ciudadanía, no un determinado partido, asociación o institución; y que de lo que se trataba era de "*una contribución intelectual a un debate que se está produciendo en el seno de una sociedad, un debate que es anterior a este borrador*", cuya única utilidad es la que se le quiera dar por quien tenga conocimiento de tal borrador (leerlo y tirarlo a la papelera, leerlo y discrepar en su totalidad, o estimar que alguna de sus aportaciones puede ser útil).

Finalmente, se añade esto:

*"Que un modelo de Constitución tiene como antecedente, como idea de partida, que se debe cambiar (..) la estructura del Estado es una obviedad, pero no se alcanza a ver dónde está el reproche a este planteamiento.*

*¿Es sancionable disciplinariamente que un juez tenga y exprese de esta manera el sentir propio respecto de su modelo de Estado?"*.

(B) Sobre la segunda conducta se manifiesta que es la intervención del actor en charlas públicas y debates, sin ocultar su condición de magistrado en activo, en los que informaba sobre el derecho a decidir, y sobre las vicisitudes que atravesaba el mismo y la legalidad mismo.

Se dice que lo consignado al respecto en el relato de hechos es tan sumamente inconcreto que no puede darse por válido para sustentar la sanción impuesta.

Se añade que fue el propio demandante quien aportó el número de actos, "más de 100", para indicar que habían sido organizados por ANC (Asamblea Nacional Catalana) y Omnium Cultural, unos, y otros muchos por asociaciones y entidades de naturaleza social".

Se señala que esas respuestas resumen que lo único que puede darse por probado es la participación en la redacción de un borrador/proyecto de Constitución Catalana para el caso de que se decidiera modificar la situación jurídico-política actual del encaje de Catalunya en España, como trabajo de creación intelectual, participando en charlas y conferencias donde en términos jurídicos ha explicado la consulta del nueve de noviembre de 2014 antes de que se conociesen las decisiones del Tribunal Constitucional.

Se aduce, abundando en lo anterior, que la participación en la redacción de un borrador/ proyecto de Constitución catalana suponía, como premisa, que se modificase la relación Catalunya/España.

Se afirma a continuación que también había suscrito el manifiesto de 33 jueces y magistrados por el "Derecho a Decidir", en el que se opinaba que en el marco de la Constitución actual era viable el derecho a la consulta que reclamaba mayoritariamente la sociedad catalana.

Y se termina así:

*"Todo lo demás, son valoraciones, no hechos, pues se ha preferido poner el acento en que sus intervenciones en los actos en que participó se caracterizaron por su finalidad política, ajenos a toda connotación científica, demonizando la finalidad política y como si cualquier interpretación legal no estuviera amparada en una previa opción político social, desde el derecho a la propiedad y su regulación, a lo que se quiera.*

*¿Por qué decir que la actual Constitución española permite, en una lectura que ponga el acento en promover la participaciones (Sic) de los ciudadanos y que los derechos de libertad e igualdad de las personas y colectivos sean reales y efectivos ( art. 9.2 , 23 y 92 CE ), hacer consultas a los ciudadanos sobre sus deseos de autogobierno significa tener intencionalidad política y la posición contraria no?.*

*Los hechos son lo que son, y no los retorizamos hasta intentar que digan otras cosas".*

**6.- Exigencia de que la concreta falta por la que se sanciona esté relacionada con hechos cometidos "en el ejercicio de sus cargos".**

La explicación de esta impugnación comienza con una transcripción de estos preceptos de la LOPJ:

*"Artículo 416.*

*1. Las faltas cometidas por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus cargos podrán ser muy graves, graves y leves.*

**Artículo 417.**

*Son faltas muy graves: (...).*

*14. La ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales".*

Efectúa a continuación un reproche al acuerdo sancionador por considerar que la falta tipificada en el artículo 417.14 de la LOPJ no exige que la ignorancia se plasme en el concreto ejercicio de sus cargos (por jueces y magistrados).

Alude a la invocación que el acuerdo sancionador hace a la doctrina de la sentencia de 14 de julio de 1999 de este Tribunal Supremo , y se efectúa esta afirmación:

*"doctrina ejemplar donde las haya, pero que está tergiversándose puesto que, precisamente, lo que sienta es que debe existir una necesaria correlación entre la falta impugnada y la afectación de la función jurisdiccional".*

Afirma que, por tanto, de la jurisprudencia citada por el acuerdo impugnado se desprende que debe existir una afectación de la función judicial o de la consideración y crédito del Poder Judicial.

Dice que el deber de guardar y hacer guardar la Constitución no tiene nada que ver con la opinión que el juez o magistrado tenga sobre la organización territorial del Estado, que es muy libre de formular mientras no lo haga en sus resoluciones judiciales; y que la exteriorización de esta opinión fuera del ejercicio jurisdiccional no puede afectar de ninguna manera a la consideración que los ciudadanos tengan del Poder Judicial.

Apunta que, en consecuencia, no es dable sancionar un ejercicio de creación intelectual y unas manifestaciones a favor del proceso que se está viviendo en Catalunya, al ser expresión del derecho que el demandante posee como ciudadano a la libertad de creación y libertad de expresión.

Señala que las referencias que el acuerdo impugnado hace a los conceptos de imparcialidad objetiva/ subjetiva y a las sospechas o apariencias de parcialidad no aportan ningún argumento para fundamentar la sanción; pues la ideología del juez no es algo censurable en sí misma y no afecta a la imparcialidad rectamente entendida, que no es sino la garantía de que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes.

Y termina con la cita de la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en los Autos de 4 de mayo y 20 de julio de 1983 , en lo que declaran sobre que la ideología es un problema privado, un problema íntimo, respecto del que se reconoce la más amplia libertad, y sobre que nadie puede ser descalificado como juez en razón de sus ideas.

**7.- Las exigencias de lealtad constitucional rectamente entendida y el derecho a la libertad de expresión y la libertad ideológica de jueces y magistrados.**

El desarrollo argumental de este motivo de impugnación se inicia con una referencia a esta declaración realizada por el acuerdo impugnado para motivar la sanción impuesta:

*"(la) pérdida de confianza de los ciudadanos, derivada, a su vez, de la pérdida de neutralidad e independencia por parte del expedientado, obligaciones derivadas del deber de lealtad constitucional a los jueces enactivos exigibles(sic), es lo que determina la inclusión de la reiterada y continuada conducta del expedientado en la infracción de referencia".*

Con ese punto de partida, se sostiene que es incorrecto sustentar una sanción disciplinaria en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, y mucho más si el tipo disciplinario aplicado es la *"ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales"*.

Se dice después que es imposible no afectar el mandato de seguridad jurídica ( artículo 9.3 CE ) y el principio de legalidad en materia sancionadora ( artículo 25 CE ) si, en lo que concierne a la participación en la elaboración del borrador de la Constitución catalana y a los pronunciamientos del demandante a favor del derecho a decidir, se resuelve que tales conductas integran claramente una infracción del deber general de lealtad y que estos hechos están tipificados precisamente en el artículo 417.14 de la LOPJ .

Se recuerdan las declaraciones del Tribunal Constitucional, en su sentencia 42/2014, de 25 de marzo , sobre que la primacía de la Constitución no puede confundirse con una exigencia de adhesión positiva; y sobre la posibilidad de admitir como constitucionalmente válido un derecho a decidir de los ciudadanos de Catalunya que no sea proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido por la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional.

Se sostiene que la Constitución no impone restricción alguna al derecho de libertad de expresión de jueces y magistrados; y que la única limitación estatutaria para ese derecho es la establecida en la tipificación del artículo 417.12 de la LOPJ (*"La revelación por el juez o magistrado de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona"*).

Y se denuncia la contradicción que significa el acuerdo sancionador aquí impugnado con la decisión de no incoación de expediente disciplinario, también adoptado por el CGPJ, respecto de la suscripción y publicidad del "Manifiesto de jueces por el derecho a decidir".

**8.- Existencia de una falta disciplinaria de infidelidad a la Constitución, ausencia de los requisitos para imponerla.**

El razonamiento que se expone para defender este motivo arranca de lo establecido en el artículo 417.1 de la LOPJ .

« **Artículo 417.**

Son faltas muy graves:

1. *El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el artículo 5.1 de esta ley, cuando así se apreciare en sentencia firme».*

Se afirma a continuación que la infidelidad a la Constitución viene expresamente prevista en un precepto concreto y determinado, el anterior artículo 417.1 LOPJ , y es definida con unos determinados requisitos: uno subjetivo constituido por un incumplimiento consciente; y otro de procedibilidad.

Se señala que en los "*Hechos Probados*" no se refleja la existencia de esa previa sentencia firme.

Se aduce que no puede resultar admisible que, ante la imposibilidad de subsumir los hechos en la falta disciplinaria del artículo 417.1 de la LOPJ , se configure una nueva falta de infidelidad a la Carta Magna sorteando la exigencia de la procedibilidad exigida; y que esto se efectúe situando la conducta imputada dentro del tipo de ilícito disciplinario definido en el artículo 417.14 de la LOPJ e identificando, con esta finalidad, el genérico deber de lealtad constitucional como uno de los concretos deberes judiciales a los que se refiere este último precepto.

Se recuerda la jurisprudencia que ha declarado que la garantía material del principio de legalidad en materia sancionadora conlleva las exigencias, en lo que hace a la descripción de la conducta que encarne el ilícito sancionado, que esta haya sido efectuada en una ley escrita, previa y cierta (se citan la STS de 20 de diciembre de 1989 y la STC 42/1989, de 7 de abril ).

Se explica, en lo que concierne a la tipicidad, que esta exige, además de una descripción concreta, precisa e inequívoca de la conducta prohibida que es sancionada, la previsibilidad o predictibilidad de que dicha conducta será considerada como infractora; y se citan respecto de ese requisito de la predictibilidad las sentencias de 12 de diciembre de 2001 y 17 de febrero de 2004 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Se defiende que, a tenor de las anteriores premisas, debe concluirse que la subsunción de la conducta imputada en la falta disciplinaria del artículo 417.14 de la LOPJ resulta, en términos de tipicidad, absolutamente forzada y no satisface el principio de predictibilidad.

Se añade que la tipificación elegida en el acto sancionador (la del artículo 417.14 LOPJ ), por exigencia de los principios constitucionales de legalidad y reserva de ley en materia sancionadora conduce al resultado contrario a que ha llegado el CGPJ; y se subraya a este respecto que la jurisprudencia constitucional sobre el deber de fidelidad que deriva del artículo 9.1 de la CE es constante en declarar que no implica un deber de adhesión ideológica a la norma fundamental sino exclusivamente el respeto a las reglas del juego que en ella se establece, pues la Constitución española, a diferencia de las Constituciones de otros países (como la alemana), no consagra un principio de democracia militante.

Se indica también que el magistrado expedientado podía tener la seguridad de que, de acuerdo con la anterior doctrina jurisprudencial, colaborar en la redacción de una Constitución Catalana, o en cualquier propuesta que supusiera un cambio total o parcial de la CE, nunca sería motivo de reproche disciplinario.

Y se termina aduciendo que con la "creación" deformada de un deber judicial de fidelidad a la Constitución se contradice frontalmente lo declarado por el Tribunal Constitucional y no se supera el test de predictibilidad y calidad de la ley que exige el TEDH.

**9.- No concurre la falta disciplinaria de ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales.**

Lo principalmente esgrimido en este motivo es que, al margen de los óbices de tipicidad que median para incluir los hechos imputados en la falta del artículo 417.1 de la LOPJ , tampoco es de apreciar el elemento de "*ignorancia inexcusable*" que dicho tipo requiere para que pueda ser apreciada la infracción que describe, porque se trata "*de un elemento de carácter subjetivo que apunta a la "inexistencia de intencionalidad que se pretende sancionar"*."

Lo anterior se completa diciendo que la conducta imputada no puede estimarse motivada por el desconocimiento porque se trató de una actitud deliberada e intencional.

Se añade que la aplicación del artículo 417.14 de la LOPJ el acuerdo impugnado no la vincula a un deber en concreto y sólo la refiere al deber de fidelidad a la Constitución derivado del artículo 318 de la LOPJ .

Y se finaliza diciendo que de la tipificación realizada han quedado excluidos los deberes y prohibiciones del artículo 395.2 de la LOPJ .

**10.- Inexistencia de falta disciplinaria susceptible de ser sancionada.**

Se invocan las consideraciones que el Voto particular realiza sobre la atipicidad de la conducta del demandante; insistiendo en que la elaboración de un borrador/proyecto de Constitución para Catalunya y

las declaraciones del magistrado recurrente a favor del derecho a decidir, e incluso las realizadas sobre la legitimidad de la desobediencia civil, se han desarrollado al margen de la función jurisdiccional y, por consiguiente, lo están fuera del ámbito de aplicación de los artículos 5.1 y 417.1 de la LOPJ .

**SEXTO.-** La reseña de las impugnaciones sustantivas que acaba de hacerse en el anterior fundamento de derecho (FJ) pone de manifiesto que las cuestiones de esa índole que han de resolverse en el actual proceso jurisdiccional son las siguientes.

(1ª) Si el único hecho que puede darse por probado, de los que han sido imputados en el acuerdo sancionador, es el puro ejercicio intelectual de sugerir un debate en la sociedad catalana sobre lo que podría ser una Constitución para el caso de que dicha sociedad y su territorio alcanzare la independencia.

(2ª) Si resulta necesario, para apreciar la existencia de cualquier falta disciplinaria prevista en la LOPJ para jueces u magistrados, que la conducta que pretenda sancionarse haya sido realizada mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional o, fuera de este ejercicio, a través de comportamientos que afecten a la función jurisdiccional o a la consideración o crédito que dicha función debe tener ante la sociedad.

(3ª) Si preconizar el derecho a decidir de Cataluña es compatible con la lealtad constitucional, al no comportar esta una adhesión positiva que impida defender, en el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad ideológica y de libertad de expresión, opiniones contrarias al concreto orden jurídico que constituye la Constitución española.

(4ª) Si la conducta de infidelidad a la Constitución Española tiene una específica tipificación en el concreto ilícito disciplinario que define el artículo 417.1 de la LOPJ ; y, por tal razón, la aplicación de la diferente falta disciplinaria, descrita en el artículo 417.14 del mismo texto legal , debe ser calificada como subsunción de dicha conducta de infidelidad constitucional en un tipo disciplinario en el que no tiene cabida sin que resulte forzada, tanto la exigencia de tipicidad que es inherente a la garantía material del principio de legalidad en materia sancionadora reconocido en el artículo 25 CE , como la predictibilidad que resulta necesaria para dar debida satisfacción a la tipicidad.

(5ª) Cuál es la significación que ha de darse al elemento de "*ignorancia inexcusable*" que se incluye en el ilícito disciplinario descrito en el artículo 417.14 de la LOPJ .

**SÉPTIMO.-** La solución a la primera de esas cuestiones que han sido apuntadas exige recordar cuál es la principal significación y cuáles son los aspectos más esenciales del concepto actual de Constitución democrática.

En este sentido, debe de decirse que la principal idea que la Constitución comprende no es sólo un texto jurídico que define la estructura del Estado, el cometido que corresponde a sus principales poderes u órganos y los derechos que los ciudadanos pueden hacer valer frente al propio Estado; comporta algo más: la identificación de quién es el concreto sujeto colectivo que democráticamente la aprueba y en cuya voluntad se asienta el principal fundamento de su validez jurídica.

Esta idea de Constitución va, pues, aparejada a todo lo siguiente: a la idea de soberanía (equivalente a la superior capacidad o poder de constituir y autoorganizar una comunidad política diferenciada e independiente de cualquier otra); a la identificación del concreto sujeto colectivo que ostenta la titularidad de ese poder soberano; y a la delimitación del territorio en el que quedará circunscrita esa comunidad política diferenciada que se erige en Estado independiente y distinto de cualquier otro.

Debe también afirmarse, en directa línea de continuidad con lo que antecede, que merece la calificación de efectivo proceso constituyente toda actuación de hecho realizada por quienes, asumiendo la convicción de ser titulares de la capacidad y poder soberano para autoorganizar una comunidad política diferente e independiente de cualquier otra, se encaminan a conseguir ese objetivo y a elegir unos representantes que elaboren el texto de la Constitución. Y debe añadirse que el proceso constituyente puede suponer la refundación de un Estado ya existente o la creación de uno nuevo e independiente.

Trasladado lo anterior a la vigente Constitución de 1978, ha de subrayarse que el Estado que mediante ella "*se constituye*" abarca España en su totalidad, esto es, a todas las colectividades y territorios que en ella se integran ( artículos 1.1 y 2); y que el sujeto constituyente titular de la soberanía plasmada en esa Constitución es todo el pueblo español (artículo 1.2).

Lo que debe completarse diciendo que su Título X regula el necesario procedimiento y los requisitos que inexcusablemente han de ser cumplidos para llevar a cabo cualquier reforma constitucional, incluida la que afecte a su totalidad. Un procedimiento y unos requisitos que pasan por que toda reforma constitucional sea

aprobada por las cámaras que forman las Cortes Generales y ratificada, en su caso, mediante referéndum, por todo el pueblo español.

**OCTAVO.-** Las consideraciones que acaban de hacerse son las que deben tenerse presentes para decidir esa primera cuestión atinente a si puede tenerse por cierta la imputación, efectuada al demandante en el relato de hechos probados del acuerdo sancionador, de haber participado por la vía de los hechos en un proceso encaminado a constituir Catalunya en un Estado independiente de España que tuviera como única fuente de legitimidad la sola voluntad de la población catalana, al margen o, mejor dicho, en contra de lo dispuesto por la Constitución española de 1978.

La respuesta a ese interrogante tiene que ser afirmativa por todo lo siguiente.

Lo primero que debe señalarse es que es una obviedad, constatable por la notoriedad de la información ofrecida por los distintos medios de comunicación sobre la Asamblea Nacional Catalana y el llamado Proceso Soberanista de Catalunya, que dicha organización ha actuado como catalizador de un movimiento ciudadano dirigido a lograr la independencia de Catalunya y su configuración como un Estado distinto e independiente de España a través de una Constitución que únicamente sea aprobada por instancias catalanas; y que se ha erigido en representación de dicho movimiento ciudadano para actuar como interlocutor del Gobierno de la Generalitat de Catalunya en aras de que, exclusivamente desde las instituciones políticas de Catalunya, se desarrolle el proceso constituyente dirigido a alcanzar esa meta de independencia.

Un proceso en el que han sido hitos del mismo la *"Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña"*, aprobada por resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, de 23 de enero de 2013 (cuyo principio primero, titulado "Soberanía", fue declarado inconstitucional y nulo por la sentencia 42/2014, de 25 de marzo del Tribunal Constitucional); las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y personas residentes en Cataluña, para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014 (declaradas inconstitucionales por la sentencia 138/2015, de 11 de junio, del Tribunal Constitucional); y la resolución I/XI del Parlamento de Cataluña de 9 de noviembre de 2015 sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015 (cuya inconstitucionalidad y nulidad fue declarada por la sentencia 259/2015, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional).

Lo segundo a destacar es que las propias alegaciones de la demanda reconocen, en efecto, la participación del demandante en actos públicos (más de cien), promovidos por la Asamblea Nacional Catalana y otras organizaciones, en los que el propio actor ha defendido personalmente ante una numerosa concurrencia que la voluntad de la ciudadanía de Catalunya es un elemento bastante, por sí solo, para formar, con su territorio y población, un nuevo Estado distinto al que actualmente es España; actos en los que, con la presencia y colaboración activa del recurrente, se insta a los asistentes a exteriorizar una voluntad de configuración soberana de un Estado propio para Catalunya, y en los que el actor, no sólo ha defendido la posibilidad de un texto de Constitución catalana que plasme ese nuevo Estado, sino que ha ofrecido un borrador o proyecto de la misma que pueda ser utilizado para llegar a ese resultado.

Lo cual evidencia que no se está ante un mero debate o intercambio de ideas, sino ante la intervención activa para lograr un proceso constituyente en Catalunya que finalice con la clausura en su territorio de la actual Constitución española y la aprobación de un nuevo texto constitucional que la sustituya. Un proceso constituyente, además, que no pretende ser canalizado por el procedimiento de reforma constitucional regulado en el Título X de la Constitución española sino a través instancias políticas exclusivamente catalanas, y en abierta vulneración de lo establecido en el artículo 1.2.

Es especialmente significativo, y así debe destacarse, que en ningún pasaje de su demanda manifiesta el actor que en esos actos en los que participó defendiera, para definir el futuro político de Catalunya, una reforma de la Constitución española que fuese realizada siguiendo los procedimientos y requisitos de su Título X.

**NOVENO.-** La decisión sobre el resto de las cuestiones apuntadas en el anterior fundamento quinto aconseja también unas primeras reflexiones sobre el modelo de convivencia que es el Estado de Derecho, proclamado en el artículo 1 de la Constitución española; sobre los mandatos de obligatoriedad que, para asegurar su efectividad, incluyen los apartados 1 y 3 del artículo 9 del propio texto constitucional [que, respectivamente, disponen que *"Los ciudadanos y poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento"* y que *"La Constitución garantiza el principio de legalidad"*]; y sobre la significación y el papel que corresponde al poder judicial para asegurar esa obligatoriedad.

No sin antes recordar que ese sometimiento a la ley y al Derecho, por lo que hace a la Administración pública, se reitera en los artículos 103 y 106 de la misma Carta Magna y, en lo que particularmente se refiere a los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, se reitera en la declaración de su artículo 117 de que están "sometidos (...) al imperio de la ley".

Ese modelo de organización social que es el Estado de Derecho, como es bien sabido y resulta de los preceptos constitucionales que acaban de mencionarse, es, pues, un orden de convivencia plasmado en normas *vinculantes* para todos, ciudadanos y poderes públicos; que ciertamente faculta para exteriorizar opiniones contrarias al mismo, pero no tolera, por parte de quienes ostentan poderes públicos, comportamientos contrarios a sus mandatos imperativos, ni tampoco acciones dirigidas a su modificación al margen de los procedimientos de elaboración normativa establecidos en la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

Asimismo debe subrayarse, aunque sea una obviedad, que el poder judicial, mediante el ejercicio de la potestad de declarar cuál es el derecho aplicable a casos concretos y de llevar a la práctica lo así decidido (en eso consiste la potestad jurisdiccional constitucionalmente otorgada de juzgar y ejecutar lo juzgado), es precisamente el órgano del Estado encargado de hacer realidad que el Derecho no sea una un conjunto de afirmaciones retóricas sino un orden de convivencia vinculante y de obligada observancia para todos.

Y a todo lo anterior debe añadirse que la efectiva vigencia de ese modelo de convivencia que es el Estado de Derecho hace imprescindible una colaboración social y un sentimiento colectivo favorable a la misma, que pasa por hacer bien visible que aquellas conductas realizadas en contradicción con el ordenamiento no son jurídicamente irrelevantes o indiferentes; y, sobre todo, que resultan de manera muy especial constitucionalmente intolerables en jueces y magistrados, por encarnar el poder público que la Constitución configura como principal garante de que el Derecho consista, efectivamente, en un orden de convivencia obligatorio y vinculante.

**DÉCIMO.-** Otras reflexiones convenientes respecto de esas cuestiones que aún están pendientes de resolverse son las atinentes a todo lo que sigue.

**I.-** La primera y principal es la significación del juramento o promesa del deber de guardar la Constitución que han de prestar los miembros de la Carrera Judicial por imperativo de lo establecido en el artículo 318 de la LOPJ .

De tal exigencia debe decirse que no se trata de una simple fórmula o ceremonia litúrgica vacía de contenido, pues constituye el compromiso jurídico asumido por el juez sobre la observancia de la Constitución en la totalidad de sus comportamientos que guarden relación con ese papel que constitucionalmente tiene asignado de ser el principal garante del Estado de Derecho; esto es, no sólo cuando actúe en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino también en todas sus actuaciones externas que puedan generar en la ciudadanía una desconfianza, no solamente en la Administración de Justicia (según ya declaró la sentencia de esta Sala 14 de julio de 1999, dictada en el recurso 617/1999 ), sino también en la efectiva o real vigencia del orden jurídico "*obligado y vinculante*" en que esencialmente consiste el modelo de convivencia que es el Estado de Derecho.

Es lo que explica que ese artículo 318 de la LOPJ proclame en términos generales dicho deber de observancia de la Constitución por parte de jueces y magistrados y no lo circunscriba a su estricta actuación jurisdiccional; y es lo que también permite entender que el compromiso asumido a través del juramento o promesa sea configurado, en el artículo 322.1 del mismo texto legal , como un requisito inexcusable para la pertenencia a la Carrera Judicial, de manera tal que la negativa a prestarlo "*se entenderá una renuncia al cargo y a la Carrera Judicial*".

Siendo de añadir que dicho artículo 318 de la LOPJ lo que hace es reiterar, para jueces y magistrados, como poder público que son, esa sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que, de manera incondicional y sin salvedades, proclama el artículo 9.1 de la Carta Magna para particulares y poderes públicos.

Y la conclusión que resulta de lo que antecede es que la observancia de la Constitución, con el alcance que acaba de ser explicado, es el primer y principal deber judicial del estatuto jurídico aplicable a jueces y magistrados; un deber estatutario, ha de decirse, que se asume libremente cuando voluntariamente se accede a la Carrera Judicial.

**II.-** La segunda reflexión está referida a las tres cuestiones siguientes.

(1) La primera cuestión tiene por objeto el diferente ámbito de aplicación que corresponde a las dos distintas faltas muy graves que define el artículo 417 de la LOPJ en sus apartados 1 ( *"El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el artículo 5.1 de esta Ley , cuando así se apreciare en sentencia firme"*) y 14 ( *"La ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales"*).

Para decidirla deben tenerse presentes tanto las descripciones legales de una y otra falta como el contenido de ese artículo 5.1 al que remite el 417.1:

*«La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos» .*

Y la interpretación conjunta de todas esas normas lo que pone de manifiesto es que esas dos faltas muy graves contemplan dos incumplimientos de deberes de jueces y magistrados de signo muy distinto, por quedar exteriorizados mediante comportamientos así mismo diferentes.

La del artículo 417.1, como resulta de su consideración conjunta con ese transcrito artículo 5.1, tipifica como ilícito disciplinario el incumplimiento de la específica obligación de observancia de la Constitución que haya sido realizado en la concreta tarea judicial de interpretación y aplicación normativa, es decir, cuando los jueces y magistrados actúen en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Mientras que el artículo 417.14 contempla, cuando haya acaecido con el nivel de reprochabilidad que señala este mismo precepto, todo incumplimiento de cualquier deber legal, contenido en el estatuto jurídico aplicable a jueces y magistrados, que haya de ser observado tanto en su estricta actuación jurisdiccional como fuera de ella y no sea reconducible a otro tipo disciplinario.

(2) La segunda cuestión versa sobre que los deberes del estatuto jurídico aplicable a jueces y magistrados están referidos a las muy diferentes modalidades de conducta que pueden realizar mientras son miembros de la Carrera Judicial, y a que el legislador ha considerado conveniente establecer limitaciones u obligaciones en todas esas variadas facetas que puede tener su comportamiento.

Así, esos deberes y limitaciones afectan principal y directamente a la actuación estrictamente jurisdiccional de jueces y magistrados. Pero también se proyectan sobre determinadas conductas sociales o públicas de los mismos que, pese a ser ajenas a la función jurisdiccional, pueden poner en peligro la independencia y neutralidad que es inexcusable en ella; o comprometer la imagen externa que a estos efectos deben ofrecer ante la ciudadanía los miembros del Poder Judicial para que no resulte quebrantada, como elemento esencial que es para el correcto y eficaz funcionamiento del Estado de Derecho, la confianza social de que los jueces cumplen debidamente su papel de aplicar el orden jurídico de manera independiente, neutral y objetiva. Y tales deberes y limitaciones conciernen así mismo a la responsable dedicación profesional que deben desarrollar en su faceta de empleado público, en términos comunes o semejantes a los de otros empleados públicos.

Siendo de concluir, como colofón final de lo que acaba de expresarse, que todos esos deberes referidos a las diferentes facetas que puede tener la actuación de un juez o magistrado merecen la calificación de *"deberes judiciales"*.

(3) La última cuestión versa sobre los elementos típicos presentes en la descripción de la falta muy grave que se incluye en el artículo 417.14, y cuya concurrencia resulta necesaria, en la conducta de un juez o magistrado, para que la misma pueda ser subsumida en ese ilícito disciplinario. Unos elementos que son éstos tres:

- una actuación u omisión que, por venir imperativamente impuesta en el estatuto jurídico aplicable a jueces y magistrados, merezca la calificación de *"deber judicial"*;
- la dejación de dicho deber judicial; y
- la reprochabilidad de esta dejación a título de *"ignorancia inexcusable"*.

III.- La tercera reflexión que procede hacer es que la antes mencionada sentencia de 14 de julio de 1999 de esta Sala aborda un incumplimiento constitucional cometido por un magistrado en una conducta realizada fuera de su ejercicio jurisdiccional, constituida por un comportamiento capaz de quebrantar esa confianza social en el poder judicial que se ha venido considerando básico del sistema democrático.

Pero no agota las posibilidades de esa clase de incumplimientos ni, consiguientemente, descarta otros.

Entre otros posibles incumplimientos constitucionales realizados por un juez o magistrado por comportamientos realizados fuera del ejercicio jurisdiccional, deben incluirse los que, por exteriorizar conductas públicas abiertamente contrarias al orden constitucional provenientes de quien ante los ojos de los ciudadanos debe ser el principal garante del Derecho, sean capaces de quebrantar esa otra confianza social, no ya directamente referida a la independencia o neutralidad de los jueces, sino a que es una realidad la efectiva vigencia de ese "*orden jurídico obligatorio*" en que consiste el Estado de Derecho que nuestra Constitución acoge en su artículo 1 ; una confianza social igualmente imprescindible para el correcto funcionamiento de dicho modelo de convivencia.

**UNDÉCIMO.-** Las consideraciones y reflexiones que han sido efectuadas en los dos anteriores FFJJ ya permiten abordar la solución de las cuestiones que quedan pendientes de decidir de esas que fueron enunciadas en el FJ séptimo.

Para ello ha de recordarse, retomando lo que ya antes se expresó, cuál es la concreta conducta imputada al recurrente en el acuerdo sancionador y que aquí se tiene por acreditada.

La primera precisión que en este sentido debe hacerse es que no se han perseguido o castigado sus ideas u opiniones expresadas sobre cuál debe ser el futuro de Catalunya; sobre cuál sería, en su criterio, el mejor esquema constitucional o modelo político para dar satisfacción a los intereses de sus ciudadanos y territorio; o sobre si la decisión sobre dicho esquema y modelo debe corresponder en exclusiva a los ciudadanos catalanes en ejercicio de un derecho de autodeterminación que les debe ser reconocido en su total plenitud.

Ésas son ideas que el demandante puede expresar y divulgar sin límite ni condicionamiento alguno, porque ciertamente están amparadas en los derechos fundamentales de libertad ideológica y de libertad de expresión y opinión que reconocen los artículos 15 y 20 de la Constitución .

Y la segunda precisión que procede es que lo que aquí ha sido objeto de la sanción disciplinaria que se combate en el actual proceso jurisdiccional es un comportamiento muy distinto a la expresión de ideas u opiniones políticas.

Lo castigado ha sido unirse a la línea de acción desarrollada por unas agrupaciones ciudadanas, estructuradas mediante formas jurídicas asociativas o corporativas, que defienden y difunden esas ideas y desarrollan actuaciones dirigidas a conseguir el máximo número de adhesiones sociales al proyecto de que Catalunya se convierta en un Estado independiente (conductas, ambas, de las que debe predicarse su total legitimidad constitucional); pero que, ha estado encaminada también, con base en el apoyo popular así conseguido, a pedir a las actuales instancias políticas autonómicas que, con la intervención exclusiva de dichas instituciones territoriales catalanas, realicen un proceso soberanista que finalice en un Estado independiente de España y configurado con una Constitución propia distinta a la vigente Constitución española de 1978.

Es decir, lo castigado no ha sido la participación del recurrente en la actividad de divulgación o expresión de las ideas o convicciones políticas realizada por esas organizaciones, sino su colaboración en la acción que han desarrollado para llevar a cabo, por la vía de los hechos, un proceso constituyente que ignora el postulado constitucional de que el sujeto constituyente es el pueblo español en su totalidad y omite los requisitos y trámites que para toda reforma constitucional se establecen en la Carta Magna de 1978.

**DUODÉCIMO.-** La sanción que ha sido impuesta al actor por esos concretos hechos que acaban de señalarse, impide apreciar, en el acuerdo sancionador del CGPJ que en el actual proceso jurisdiccional se impugna, esos dos reproches que realiza la demanda, referidos, uno, al indebido encuadramiento de la conducta del recurrente en el tipo disciplinario del artículo 417.14 de la LOPJ ; y, el otro, a la imputación que se hace al Consejo de haberse apartado incorrectamente del ilícito del artículo 417.1 para eludir, así, el requisito de procedibilidad que en él se establece.

Basta recordar, al respecto de lo que acaba de afirmarse, lo que antes se razonó sobre el distinto ámbito de aplicación que corresponde a una y otra falta muy grave.

Asimismo debe decirse que es correcta la aplicación que se ha hecho del ilícito descrito en el artículo 417.14 porque, efectivamente, en el comportamiento castigado concurren y están presentes los elementos de tipicidad que figuran en dicho precepto legal.

(1) Hay un inequívoco "*deber judicial*", cual es el de "*guardar (...) fielmente y en todo tiempo la Constitución*" ( artículo 318 de la LOPJ ) que, como ya se dijo, es el primer y principal deber del estatuto jurídico aplicable a los jueces y magistrados; y se extiende tanto a sus actuaciones jurisdiccionales como a sus

actuaciones públicas con incidencia en la confianza social sobre lo que debe ser el funcionamiento del Estado de Derecho (en los términos que antes ya fueron explicados). Un deber que lleva inherente el no realizar conductas que sean abiertamente contrarias a la Constitución.

(2) Hay en el comportamiento del demandante antes mencionado un incumplimiento constitucional que es igualmente inequívoco; pues es abiertamente contradictorio con esos postulados constitucionales que tantas veces se han subrayado sobre quién es el único sujeto constituyente en nuestra Carta Magna y sobre los requisitos y procedimiento que en esta se establecen para toda reforma constitucional.

(3) Como también hay en la conducta castigada el elemento de "*ignorancia inexcusable*" según la interpretación más usual que de él hace la dogmática y la jurisprudencia sobre el derecho sancionador. Una interpretación que individualiza dicho elemento en el "*no saber*" o "*no conocer*" todo aquello que, en la normativa jurídica directamente aplicable al específico sector de actividad en el que se mueve el infractor, constituye algo elemental; y que, parafraseando a algún sector doctrinal, se resume en "*no saber lo que, por ser quien se es, no se puede dejar de saber*".

Y ese desconocimiento de lo elemental concurre en los hechos aquí enjuiciados porque el demandante ha demostrado en su comportamiento, y ratificado en la argumentación desarrollada en su demanda, que no sabe todo lo siguiente: que el Estado de Derecho es un orden de convivencia obligatorio y vinculante; que la Constitución es la primera y principal norma de nuestro ordenamiento jurídico y proclama lo anterior; que en ella hay unos preceptos que de manera absolutamente clara dicen quién es el sujeto constituyente y el camino que necesariamente ha de seguirse para la reforma constitucional; y que el primer y principal deber judicial del Estatuto jurídico del juez es guardar la Constitución y no realizar conductas que, por ser abiertamente contrarias a lo que establecen sus normas imperativas, puedan generar en la ciudadanía un sentimiento de desconfianza sobre la efectiva vigencia del modelo de convivencia que es el Estado de Derecho.

**DECIMOTERCERO.-** Todo lo que acaba de razonarse hace que hayan de fracasar también estos otros motivos de impugnación esgrimidos por el actor.

El referido a la indebida exigencia de una adhesión positiva a los valores de la Constitución por lo siguiente: no se impone al actor una militancia activa o apologética de esos valores, sino que no realice conductas contrarias a sus normas que materialicen un incumplimiento del deber de observancia que le incumbe como principal deber judicial del Estatuto que le es aplicable desde que asumió voluntariamente su acceso a la Carrera Judicial.

Y el referido a la tipicidad porque, siendo claro este esencial deber judicial que acaba de recordarse y que su comportamiento es inequívocamente contradictorio con las normas de la Constitución, no es de compartir la impredecibilidad que ha sido esgrimida para sostener que no se ha cumplido la garantía que en este sentido es inherente al elemento de tipicidad.

**DECIMOCUARTO.-** Procede, pues, desestimar el recurso contencioso-administrativo; y se está en el caso de aplicar, en cuanto a costas, la excepción a la regla general de su imposición que incluye el artículo 139 de la Ley reguladora de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Ilmo. Sr. don Victoriano frente al Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 2015 (dictado en el Expediente Disciplinario número NUM000 ), al ser este acuerdo conforme a Derecho en lo que ha sido objeto de discusión en este litigio.

2.- No hacer especial imposición de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Luis María Díez Picazo Giménez D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. Pedro José Yagüe Gil D. José Manuel Sieira Míguez D. Manuel Vicente Garzón Herrero D. Segundo Menéndez Pérez D. Nicolás Maurandi Guillén D. Eduardo Espín Templado D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Octavio Juan Herrero Pina D. Emilio Frías Ponce D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella D. Juan Carlos Trillo Alonso D. José Antonio Montero Fernández D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde D. José Juan Suay Rincón D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano D. José Luis Requero Ibáñez D. César Tolosa Tribiño D. Jesús Cudero Blas D. Francisco José Navarro Sanchís D. Ángel Ramón Arozamena Laso D. Rafael Toledano Cantero D. Jesús Ernesto Peces Morate D. Juan Gonzalo Martínez Micó D. Mariano de Oro Pulido y López D. Rafael Fernández Montalvo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

## **VOTO PARTICULAR**

**FECHA: 14/12/2016**

**VOTO PARTICULAR CONCURRENTES que formula el Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez a la sentencia del Pleno de la Sala dictada en el recurso núm. 264/2015.**

Con absoluto respeto a la sentencia mayoritaria y a los Exmos. Sres. Magistrados de la Sala formulo el presente voto particular en base a lo siguiente:

**PRIMERO.-** Mi discrepancia de la sentencia mayoritaria tienen su origen en el hecho de que, en mi opinión, la sentencia mayoritaria parece centrar su razón de decidir no en lo que considero es la cuestión central objeto de debate, que no es otra que la de si la conducta enjuiciada puede subsumirse en el tipo previsto en el artículo 417.14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que contempla como falta muy grave "La ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales", sino en el contenido de lo que sin duda constituye el posicionamiento público sobre un tema objeto de debate político, el llamado proceso independentista de Cataluña, como si lo relevante fuera la materia sobre la que el recurrente se posicionó haciendo uso de su condición de Magistrado de manera pública y no el hecho abstractamente considerado de participar en actos públicos posicionándose de manera pública sobre temas de naturaleza política haciéndose ostentación de la condición de Magistrado en activo.

Si el hecho de que un Juez o Magistrado en activo se posicione públicamente sobre temas de carácter político, que además son objeto de debate, haciendo uso de su condición de Magistrado es una conducta incardinable en el tipo previsto en el artículo 417.14 de la L.O.P.J., lo será con independencia de cuál sea la cuestión concreta sobre lo que se efectúa dicho posicionamiento.

**SEGUNDO.-** Mi discrepancia alcanza también a la referencia que en la sentencia mayoritaria se hace a determinados párrafos del texto del acuerdo recurrido, que se utilizan para apoyar el modo de argumentar en ella, olvidando otras citas que en mi opinión son igualmente relevantes y en cuyo contenido el acuerdo sancionador se apoya para no imponer la sanción más grave.

En efecto el acuerdo sancionador afirma que "Igualmente, procede excluir la sanción legal más grave, esto es, la reparación del servicio..... a la vista de la naturaleza de la infracción."

"Debemos excluir pues, la sanción más grave de separación del servicio por cuanto las intervenciones del expediente lo han sido siempre en un tono moderado y ajeno a cualquier incitación más allá del relacionado con el convencimiento intelectual de sus convicciones políticas".

Tal afirmación, contenida en el acuerdo sancionador, que además se utiliza como fundamento para adoptar la decisión de no imponer la sanción más grave prevista en la Ley, me parece incompatible con el tenor de la sentencia mayoritaria en la que se afirma una conducta encaminada no solo a defender la posibilidad de un texto de constitución catalana, sino también en instar a los asistentes a los actos en que participaba el recurrente a exteriorizar una voluntad de configuración soberana de un Estado propio para Cataluña, sosteniendo literalmente que: "lo cual evidencia que no se está ante un mero debate o intercambio de ideas, sino ante la intervención activa para lograr un proceso constituyente en Catalunya que finalice con la clausura en su territorio de la actual Constitución española y la aprobación de un nuevo texto constitucional que la sustituya. Un proceso constituyente, además, que no pretende ser canalizado por el procedimiento de reforma constitucional regulado en el Título X de la Constitución española sino a través instancias políticas exclusivamente catalanas, y en abierta vulneración de lo establecido en el artículo 1.2." (de la Constitución )

Afirma también la sentencia, en línea con el eje de la argumentación que desarrolla, del que discrepo por las razones antedichas, que: "Lo castigado ha sido unirse a la línea de acción desarrollada por unas

agrupaciones ciudadanas, estructuradas mediante formas jurídicas asociativas o corporativas, que defienden y difunden esas ideas y desarrollan actuaciones dirigidas a

conseguir el máximo número de adhesiones sociales al proyecto de que Catalunya se convierta en un Estado independiente (conductas, ambas, de las que debe predicarse su total legitimidad constitucional); pero que ha estado encaminada también, con base en el apoyo popular así conseguido, a pedir a las actuales instancias políticas autonómicas que, con la intervención exclusiva de dichas instituciones territoriales catalanas, realicen un proceso soberanista que finalice en un Estado independiente de España y configurado con una Constitución propia distinta a la vigente Constitución española de 1978. " olvidando que en el acuerdo recurrido se afirma textualmente que: "Se le sanciona más al contrario, porque, en su condición de Magistrado, ha llevado a cabo una actuación continuada, reiterada y unidireccional que acredita la pérdida objetiva de su neutralidad política, esencial y, exigible a todo Juez o Magistrado en activo; con ello, con su reiterada actuación, obvio es, que ha ignorado, de una manera inexcusable, el cumplimiento de dicho deber judicial de neutralidad que, en el ámbito político y judicial, constituye el exponente más evidente de la independencia judicial, y que cuenta con el conocido respaldo constitucional previsto en el artículo 117.1 de la Constitución Española de 1978 , pues dicho precepto exige que la justicia se administre por jueces "Independientes... y sometidos únicamente al imperio de la ley". Es por ello que el propio texto constitucional señala que los Jueces y magistrados "mientras se hallen en activo" no podrán "pertenecer a partidos políticos o sindicatos" (artículo 127.1), añadiendo, el mismo precepto, en el apartado 2, que "la ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos."

**TERCERO.-** Comparto con la sentencia mayoritaria que en el tipo del núm. 14 del artº 417 de la L.O.P.J . cabe incluir conductas consistentes en la intervención, haciendo uso de la condición de Magistrado, en el debate político adoptando un posicionamiento público en relación con temas de tal naturaleza que pongan o puedan poner de relieve la línea ideológica del Juez o Magistrado en cuestión, generando con ello de manera razonable desconfianza en la opinión pública sobre su independencia en el ejercicio de función jurisdiccional.

Creo que efectivamente es así porque los jueces tenemos un deber de mantener hacia el exterior una postura pública de neutralidad política, y que ese deber resulta de los artículos 117 y 127 de la constitución y del 395 de la L.O.P.J . en cuanto establece entre otras prohibiciones que no podrán los jueces o Magistrados concurrir en su condición de miembros del Poder Judicial, o cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial, excepto aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados por el Consejo General del Poder Judicial, a lo que ha de unirse al hecho de que a los Jueces o Magistrados en época electoral la única actividad que les esta permita es la mera emisión del voto ( art. 395.2 LOPJ ), y si eso es así y tal limitación a la adopción de posturas políticas de manera pública no es excepcionable en los períodos de máxima participación política de los ciudadanos, con más razón debe aplicarse en otros periodos temporales con un nivel de vivencia política muy inferior.

Partiendo de esta premisa, que en mi opinión no constituye una interpretación extensiva en perjuicio, en este caso, de quienes son titulares de un Poder del Estado, y asumiendo que la expresión "ignorar" no significa sólo desconocer por falta de ciencia, sino también hacer caso omiso a una prohibición o a un mandato imperativo, creo que la conducta enjuiciada pone de relieve que el recurrente ignoró al desarrollar la conducta enjuiciada su deber como Magistrado de mantener una postura pública de neutralidad política, infringiendo con no sólo ese deber de neutralidad sino también su deber de observancia de la Constitución.

Ahora bien, entiendo, en base al principio de igualdad que tal interpretación de la norma no cabe limitarla a determinadas conductas en función de la materia sobre lo que el Juez o Magistrado se posicione políticamente de manera pública poniendo en riesgo la confianza de la ciudadanía en la independencia del Poder Judicial, ni tampoco resulta determinante el número mayor o menor de ocasiones en que lleve a cabo dicha conducta.

D. José Manuel Sieira Míguez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**VOTO PARTICULAR**

**FECHA: 14/12/2016**

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Manuel Vicente Garzón Herrero A LA SENTENCIA NÚMERO 2614/2016 RECAÍDA EN EL RECURSO 2/264/2015 DE FECHA 14 DE DICIEMBRE DE 2016.**

Todo procedimiento sancionador es susceptible de examen desde dos perspectivas. De un lado, el examen de la conducta infractora, de otra parte, el procedimiento seguido por el órgano sancionador para la imposición de la sanción.

A) Desde la perspectiva de la conducta del sancionado, el punto de partida básico del asunto que decidimos, y que tiene una importancia trascendental en todos los planteamientos que el litigio permite, es el de examinar y valorar los actos constitutivos presuntamente de la infracción denunciada. Esta cuestión crucial, salvo referencias genéricas no ha sido objeto de la atención debida.

Siendo esto así, es claro, en mi opinión, que el planteamiento inicial del ponente del asunto D. Segundo Menéndez Pérez, cobra una relevancia singular, pues difícilmente puede juzgarse acerca de la conducta del sancionado, sin previamente precisar los parámetros en los que esa conducta es lícita, y, consecuentemente, delimitar el deber de lealtad constitucional exigible a los jueces, así como la infracción de ese deber que su conducta ha supuesto.

La omisión de este análisis incide, también, en el tipo sancionador aplicado pues es evidente que para que exista «negligencia inexcusable de los deberes judiciales» es preciso determinar previamente cuáles son los deberes judiciales conculcados, lo que, desde mi punto de vista no se ha hecho, cuestión que es objeto de análisis en otro de los votos particulares que se formulan a la sentencia mayoritaria.

El esfuerzo llevado a cabo por el ponente a efectos de llenar esta laguna, descriptiva de la conducta infractora del sancionado, no me parece suficiente. En primer lugar, porque tal actividad corresponde a los órganos sancionadores y no a los judiciales, que no pueden suplir en este punto las carencias en que hayan incurrido los órganos sancionadores.

En segundo término, porque la imputación que se hace al sancionado, es imprecisa, tanto en sus contenidos, como en el reproche efectuado.

En los hechos probados, la resolución sancionadora afirma: «D. Victoriano , Magistrado de la Audiencia Provincial de DIRECCION001 , intervino, en compañía de otros Magistrados y de diversos profesores universitarios, en la redacción de una denominada "Constitución catalana" con la finalidad -política, que no científica- de ponerla a disposición, o exponerla como modelo, de quienes, desde diversas instituciones, públicas y privadas, habían promovido tanto la celebración de una consulta popular (el llamado "derecho a decidir"), como la independencia de Cataluña».

Con reiteración, y con la finalidad de presentar y difundir el citado documento, intervino en más de cien actos públicos, organizados o promovidos, en la mayoría de las ocasiones, por la Asamblea Nacional Catalana y Omnium Cultural, con una actitud reivindicativa del citado proceso y consulta, justificando y apoyando los mismos, transmitiendo a los asistentes confianza sobre la legalidad del proceso, y animando a su participación; su participación en dichos actos, así como sus intervenciones en los mismos se caracterizaron por su finalidad política, ajenos a toda connotación científica.»

Esta parquedad de los hechos probados constituye, a mi juicio, una severa deficiencia de la resolución sancionadora, pues difícilmente merece reproche y sanción una conducta cuyos contenidos no son descritos.

En sus fundamentos la resolución se refiere a la «pérdida de la neutralidad política» que la conducta descrita supone que «infringe y comprometen su imparcialidad e independencia».

Al argumentar así se incurre en evidentes confusiones, pues la «independencia» hace referencia a la posición estructural del poder judicial y de todos sus miembros con respecto a los otros poderes del Estado, en tanto que la imparcialidad alude a la posición de neutralidad del juez con respecto a las partes de cada proceso concreto, circunstancia que, evidentemente, en este caso no concurre.

Se contraponen, también de modo inadecuado en mi opinión, la actividad política con la científica o de investigación como si esta fuera una especie de floritura dialéctica carente de efectos prácticos, lo que claramente no es así.

En cualquier caso, la conducta descrita por la resolución impugnada no merece reproche sancionador a la vista de la STC, Sección 1ª, 42/2014, de 25 de marzo (rec. 1389/2013 ) ECLI:ES:TC:2014:42 donde se afirma: «Ahora bien, la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión

positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de "democracia militante", esto es, "un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución" ( STC 48/2003 , FJ 7; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17 ; 235/2007, FJ 4 ; 12/2008, FJ 6 , y 31/2009, de 29 de enero , FJ 13). Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que "no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional" (entre otras, STC 31/2009 , FJ 13). El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable ( STC 103/2008 , FJ 4). Y afirma asimismo: "Respecto a las referencias al

'derecho a decidir' cabe una interpretación constitucional, puesto que no se proclaman con carácter independiente, o directamente vinculadas al principio primero sobre la declaración de soberanía del pueblo de Cataluña, sino que se incluyen en la parte inicial de la Declaración (en directa relación con la iniciación de un 'proceso') y en distintos principios de la Declaración (segundo, tercero, séptimo y noveno, párrafo segundo). Estos principios, como veremos, son adecuados a la Constitución y dan cauce a la interpretación de que el 'derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña' no aparece proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de 'legitimidad democrática', 'pluralismo', y 'legalidad', expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el 'derecho a decidir'."».

Ha de enfatizarse y subrayarse el hecho de que la inexistencia de ese deber de adhesión alcanza a todo el texto constitucional, forma de Estado, derechos fundamentales, estructura de los poderes del Estado, y, por supuesto, el derecho de autodeterminación, con el límite de que las modificaciones pretendidas se ajusten a los procedimientos establecidos en el mismo texto legal.

Pudiera objetarse que, pese a ello, esta actividad, permitida a los ciudadanos está vedada a los jueces. Pero tampoco esta tesis puede ser aceptada a la vista de los AATC 62/1983 y 358/1983 en los que señala que: «Nadie puede ser descalificado como juez en razón de sus ideas y, por tanto, en el caso presente no resultaría constitucionalmente posible remover a los magistrados recusados, aun cuando fuesen ciertas las actitudes que se les atribuyen.».

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha proclamado en el auto de 14 de octubre de 2013 que también los jueces pueden gozar del derecho de expresar libremente sus ideas y opiniones, sin perjuicio de los deberes de discreción y reserva cuando estas guarden relación con los asuntos sometidos a su juicio.

La sentencia altera sustancialmente los términos del debate afirmando: «Lo castigado ha sido unirse a la línea de acción desarrollada por unas agrupaciones ciudadanas, estructuradas mediante formas jurídicas asociativas o corporativas, que defienden y difunden esas ideas y desarrollan actuaciones dirigidas a conseguir el máximo número de adhesiones sociales al proyecto de que Catalunya se convierta en un Estado independiente (conductas, ambas, de las que debe predicarse su total legitimidad constitucional); pero que ha estado encaminada también, con base en el apoyo popular así conseguido, a pedir a las actuales instancias políticas autonómicas que, con la intervención exclusiva de dichas instituciones territoriales catalanas, realicen un proceso soberanista que finalice en un Estado independiente de España y configurado con una Constitución propia distinta a la vigente Constitución española de 1978.» y añade «Es decir, lo castigado no ha sido la participación del recurrente en la actividad de divulgación o expresión de las ideas o convicciones políticas realizada por esas organizaciones, sino su colaboración en la acción que han desarrollado para llevar a cabo, por la vía de los hechos, un proceso constituyente que ignora el postulado constitucional de que el sujeto constituyente es el pueblo español en su totalidad y omite los requisitos y trámites que para toda reforma constitucional se establecen en la Carta Magna de 1978.».

En mi opinión, este planteamiento novedoso, y distinto del antes examinado incurre en contradicciones insalvables. A la hora de delimitar la conducta sancionable del demandado el eje de ella ya no se centra en los actos contrarios al orden constitucional sino en «unirse a la acción desarrollada por agrupaciones ciudadanas ...» lo que modifica radicalmente la conducta infractora pues lo sancionado ya no son los actos llevados a cabo por el juez contrarios a la Constitución sino el haberse unido a la acción desarrollada por unas agrupaciones ciudadanas con esta finalidad ..., lo que es radicalmente distinto.

Además, y derivado de todo lo anterior, se observa que el tipo sancionador aplicado tiene difícil encaje en el texto invocado, pues el mismo se configura como un tipo negligente, en el que, pese a los esfuerzos de orden gramatical que se efectúan en la sentencia, tienen difícil encaje las actuaciones dolosas, que es lo que aquí sucede, pues si la conducta del sancionado es desde su inicio dolosa, e inexcusable, no se comprende la conducta observada por los órganos encargados del control de las conductas judiciales contrarias a los deberes judiciales, cuestión a la que enseguida me referiré.

B) Además de lo expuesto, los órganos sancionadores han incurrido desde mi punto de vista en infracciones procesales manifiestas.

Desde hace muchos años, y con nulo éxito, aunque creo que es cuestión de una importancia superlativa y que gravita de manera muy perjudicial sobre nuestra vida pública, vengo advirtiendo de la absoluta necesidad de impedir que la aplicación de la ley sea un elemento que la Administración pueda usar potestativamente a su conveniencia. En este sentido afirmaba en el voto particular formulado a la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, 2115/1998, de 30 de marzo (rec. 3817/92 ) ECLI:ES:TS:1998:2115: «Se viene sosteniendo y afirmando, como hace la sentencia de instancia, que el principio de igualdad no puede ser invocado, válidamente, para proteger situaciones infractoras de la legalidad, y que el principio de igualdad sólo puede ser invocado con éxito desde la legalidad. Naturalmente que dicho principio ha de ser mantenido, confirmado y ratificado, pues ninguna comunidad que pretenda regir su actuación por normas jurídicas puede afirmar lo contrario.

El fondo de la cuestión estriba, en mi opinión, en que tal afirmación es tan rotunda como insuficiente y no solventa el problema concreto planteado. De lo que se trata, en un supuesto como el contemplado, es de decidir si la correcta aplicación de una norma, en un supuesto de hecho contrario a ella, constituye una desviación de poder si quien la actúa omite deliberadamente igual aplicación en otras situaciones idénticas, como parece que es el caso. En el asunto enjuiciado, la cuestión se centra en si la aplicación de una norma urbanística, que prohíbe un tipo de chimeneas, es susceptible de discriminación, actuándose en un supuesto e ignorándose en otros sustancialmente idénticos, y si tal resultado debe ser avalado por los Tribunales.

Lo primero que llama la atención en la situación contemplada, y en tantas otras que resultan semejantes, es que el instrumento igualitario por excelencia "la norma" se convierte, mediante su no uso, en el mecanismo provocador de la desigualdad por antonomasia, pues es el uso de ella en un caso, y su no uso en otros, lo que produce desigualdad entre los diversos destinatarios de la norma.

Hasta el momento, la desviación de poder, dada su naturaleza esencialmente finalística, entre los diversos elementos del acto administrativo, ha visto reducida su operatividad por razones probatorias, al no ser fácil la prueba de la finalidad contraria a la norma que el agente de la Administración se propone con los actos a los que se atribuye "desviación de poder".

En otras ramas del derecho también se ha producido esta problemática y la jurisprudencia no ha vacilado en acudir a instrumentos procesales para facilitar la operatividad de ciertas instituciones que de otra forma eran inservibles a fin de adaptarlas a las necesidades de los tiempos. Es sabido que en materia de responsabilidad extracontractual, por ejemplo, la jurisprudencia dio un giro notable cuando decidió que el causante del daño era quien debía acreditar su ausencia de culpa, modificando la anterior doctrina que exigía, para la apreciación de la responsabilidad, la prueba de la culpa del agente causante del daño.

Del mismo modo, entendemos que cuando se producen situaciones patentemente discriminatorias en la aplicación de la norma, la Administración viene obligada a razonar y explicar de modo suficiente cual es la razón de esa discriminación, ya sea esta la imposibilidad de perseguir todas las infracciones cometidas, ya los diferentes hechos en que se asientan situaciones aparentemente iguales, o, cualquier otra causa o razón que sea suficientemente razonable. Si no lo hace habrá de concluirse que la aplicación de la norma en un caso, y no en otro, lo que pretende no es el fin que la norma persigue, sino otro distinto, lo que constituye motivo para la apreciación de la desviación de poder. En rigor, ni siquiera es necesario acudir al mecanismo de inversión de la carga de la prueba, basta con la correcta aplicación de las reglas existentes sobre la carga de la prueba. Es una obviedad que en situaciones aparentemente discriminatorias, como la del asunto que decidimos, corresponde la carga de la prueba a quien afirma que pese a la apariencia de discriminación esta no se da en la realidad. Resulta excesivo, en mi opinión, exigir, como sostiene la tesis mayoritaria, la prueba no sólo de que hay chimeneas en el municipio tan ilegales como la que es objeto del recurso, sino (y en esto está el exceso) que en estas chimeneas no concurre alguna causa o circunstancia que justifique el diferente tratamiento jurídico. Es decir, a quien invoca la discriminación se le obliga a probar la discriminación (hecho positivo) y que en los favorablemente discriminados no existe justificación de la discriminación (hecho negativo).

En el asunto que analizamos el Ayuntamiento ha seguido un procedimiento, de oficio, en el que el acuerdo inicial es el ahora impugnado, pero se han producido otros (ordenar introducir la chimenea dentro del edificio y demolerla) para, finalmente, volver al acuerdo inicial. Esta actitud cambiante del Ayuntamiento centrado en la chimenea controvertida, sin adoptar ninguna medida con las chimeneas que incurren en idéntica infracción, y a veces más grave, a las que se refiere el acto de reconocimiento judicial, es demostrativa de un actuar administrativo que no persigue el imperio de la ley sino finalidades diversas, pues en todo el proceso de lesividad, y pese a que la desviación de poder fue esgrimida desde su inicio, no se ha alegado circunstancia alguna que justifique el distinto actuar administrativo. La desviación de poder que estimo que debió apreciarse no se sustenta en eventuales motivaciones políticas, que, ciertamente, son intrascendentes, sino en la falta de justificación de la diferente actuación administrativa, en los distintos casos comparados. La única referencia que se contiene a estos extremos justificadores está en el escrito de conclusiones del Ayuntamiento, donde se dice: "Que efectivamente, existen otras chimeneas exteriores en el municipio como prueba la parte demandada, pero se olvida de probar otra circunstancia que la interesaba en su escrito de contestación, como era el de determinar "el momento de construcción" de estas otras chimeneas. Tal alegación supone reconocer los hechos constitutivos de la desviación de poder pero negar su existencia por la falta de prueba de un hecho, el de la fecha de la construcción de las distintas chimeneas, que, por lo que antes hemos razonado, debía haber alegado y probado la Corporación demandante, pues ese extremo, el de la fecha de construcción de las diversas chimeneas y chalets es un dato que, además de tener naturaleza obstativa forzosamente, ha de encontrarse en poder de la Corporación demandada.».

La doctrina reseñada es perfectamente aplicable al supuesto que decidimos, pues aquí también se produjeron actuaciones judiciales, finalmente sobreesididas, que, aunque de contenido no exactamente igual al llevado a cabo por el recurrente, tenían semejanza sociológica, política y profesional con la realizada por el demandante, por lo que debió justificarse la razón de su distinto tratamiento disciplinario, lo que habría sido muy útil a la hora de delimitar el alcance de los deberes judiciales en el punto debatido y el reproche de la falta de lealtad constitucional, que la resolución sancionadora formula y la sentencia mayoritaria confirma.

Ese distinto tratamiento de conductas similares, aunque no idénticas, exige el rechazo de la actuación administrativa.

Pero el recurso que decidimos plantea, además, la absoluta necesidad de que la limitación reseñada, la imposibilidad de que las normas sean aplicadas de modo potestativo por la Administración, se extienda también al ámbito temporal. Efectivamente, un procedimiento sancionador no es una opción que la Administración pueda ejercer a su arbitrio «cuando» estime y «tenga» por conveniente. El ejercicio de esa potestad debe actuarse en el lapso temporal que sea razonable, pero en modo alguno puede aceptarse que el órgano titular de la potestad disciplinaria puede actuar a su arbitrio «cuando» estime oportuno.

Es decir, la inacción podrá tener alguna justificación política y ser un método adecuado para resolver problemas de esa naturaleza, pero es manifiesto que el derecho no la consiente. El tiempo en las relaciones jurídicas es un parámetro de primera magnitud. También lo es la inacción, pues cuando no se actúa debiendo hacerlo se incumple un deber, incumplimiento que inexorablemente debe tener consecuencias jurídicas.

En el asunto que decidimos, y a la vista de los hechos acaecidos, es evidente que el actor intervino en más de 100 actos (en algún lugar se dice 150), todos ellos con publicidad encaminados a culminar el proceso de independencia de Cataluña. Pese a esta abundancia tanto de hechos como de notoriedad nadie adoptó ninguna medida que impidiera este incumplimiento permanente, notorio y grosero de los deberes judiciales de cumplimiento inexcusable.

Estaban obligados a ello, porque tienen facultades inspectoras sobre las actuaciones judiciales de los jueces, el mismo Consejo General del Poder Judicial, la Junta de Gobierno y el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por lo menos.

Siendo esto así, como lo es, y habiéndose tardado más de 6 meses en poner en marcha el procedimiento sancionador, parece evidente que la denominada «ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales» que se imputa al sancionado no puede considerarse tal, pues si así fuese no se entiende el comportamiento de dichos órganos al permitir la conducta del sancionado contraria a principios básicos de conducta judicial y que se produjo a su vista, ciencia y paciencia, sin reacción alguna.

Las diligencias informativas solo se convirtieron en procedimiento sancionador, llamativamente, después de la denuncia del Ministerio Fiscal -quién también debió tener conocimiento de los hechos desde su origen, a efectos de formular la necesaria denuncia- y cuando estaba cercano a transcurrir el plazo de 6 meses de duración de las «diligencias informativas».

Desde esta perspectiva, es indudable que la naturaleza de las diligencias llevadas a cabo en las denominadas «diligencias informativas» no fueron distintas a las que conformaron el procedimiento sancionador y no podían serlo porque los hechos fueron públicos y notorios y ninguna actividad específica y distinta se realizó en las diligencias informativas. De este modo el procedimiento sancionador se habría iniciado cuando se abrieron las «diligencias informativas» lo que arrastraría una duración superior a 6 meses con la consiguiente declaración de caducidad. Es más, las diligencias informativas solo se convirtieron en procedimiento sancionador, llamativamente, después de la denuncia del Ministerio Fiscal -quién también debió tener conocimiento de los hechos desde su origen, a efectos de formular la necesaria denuncia- y cuando estaba cercano a transcurrir el plazo de 6 meses de duración de las «diligencias informativas».

En consecuencia, en mi opinión el recurso debió ser estimado y anulada la sanción impuesta.

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **VOTO PARTICULAR**

**FECHA: 14/12/2016**

#### **VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON Segundo Menéndez Pérez FRENTE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO 2/264/2015 , AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.**

Con el máximo respeto hacía el criterio de la mayoría de los magistrados de la Sala, basado en las sólidas razones jurídicas que todos ellos expusieron a lo largo de la deliberación, he de disentir, sin embargo, del fallo finalmente adoptado, al entender que la conducta que hubiera debido considerarse probada no es constitutiva de la infracción tipificada en el art. 417.14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Dicho fallo, a mi juicio, debió ser estimatorio de la pretensión de anulación del acuerdo impugnado y desestimatorio de la de restablecimiento de la situación jurídica individualizada, al no estar acreditado en qué fue afectada por tal acuerdo.

Mi distinto criterio se fundamenta en las razones que expuse en aquel acto de la deliberación, que no llego a ver desvirtuadas por las argumentaciones que expone la sentencia de la que respetuosamente discrepo, por lo que, como anuncié entonces, formulo este voto particular, al amparo y de conformidad con lo dispuesto en el art. 260.1 de la LOPJ.

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Comparto los fundamentos de derecho de la sentencia que rechazan los motivos de impugnación de carácter formal o procedimental. Esto es, los referidos a la caducidad del procedimiento sancionador; a la nulidad por omisión de la intervención previa de la Comisión Disciplinaria; a la ausencia de propuesta escrita; y a la situación de indefensión producida por la denegación de algunos medios de prueba.

Mi discrepancia arranca de la imprecisa descripción en el acuerdo recurrido de la conducta que sanciona, y descansa, por ello, en consideraciones dirigidas, primero, a precisar la conducta que hubiéramos debido tener por acreditada y, segundo, a valorar si tras esas precisiones y desde ellas resulta posible afirmar, o no, el incumplimiento de los concretos deberes judiciales a los que se refiere aquel acuerdo.

**SEGUNDO.-** Hay en efecto en dicho acuerdo, y especialmente en el apartado en que relata los "hechos probados", una descripción de aquella conducta que entiendo imprecisa, incompleta y carente de importantes matices. Por las siguientes razones:

A) En los acuerdos del Promotor de la Acción Disciplinaria (PAD) de fechas 9 de octubre de 2014 (que decide incoar el expediente disciplinario), 29 de diciembre del mismo año (que formula el pliego de cargos) y 5 de febrero de 2015 (que contiene su propuesta de resolución), se incluye en los hechos que consideran acreditados uno del siguiente tenor: el Sr. Victoriano llega incluso a considerar y calificar de legítimo el incumplimiento de las leyes y de la Constitución Española.

Sin embargo, ese "hecho" no se incluye en el relato de "hechos probados" que contiene el acuerdo recurrido; ni tampoco se afirma con una mínima claridad a lo largo de sus fundamentos jurídicos.

La consecuencia ha de ser, por tanto, que en este recurso jurisdiccional no quepa tener por cierto que el Sr. Victoriano llegara incluso a considerar y calificar de legítimo el incumplimiento de las leyes y

de la Constitución. Es más, no incluido aquel hecho, no analizadas en el acuerdo recurrido las concretas intervenciones públicas en las que participó aquél, y no expresando el acuerdo afirmaciones ni razonamientos claros en contra, habrá que aceptar que no hay razón para cuestionar o poner en tela de juicio lo que el hoy recurrente afirmó ya en su primera declaración: que siempre ha acatado la Constitución y que mientras Cataluña forme parte de España la seguirá acatando y haciendo cumplir. No hay razón, y menos aún en un procedimiento sancionador, en que toda duda razonable ha de despejarse en favor del expedientado, y en el que la prueba de cargo ha de quedar reflejada y valorada en el acuerdo que decide sancionar, para tener por cierto que en sus intervenciones públicas dejara traslucir una idea distinta a la de ese acatamiento.

B) El relato de hechos probados afirma que la redacción de la denominada "Constitución catalana" se hizo con la finalidad - política, que no científica- de ponerla a disposición, o exponerla como modelo, de quienes, desde diversas instituciones, públicas y privadas, habían promovido tanto la celebración de una consulta popular (el llamado "derecho a decidir"), como la independencia de Cataluña .

Sin embargo, que esa fuera precisamente la finalidad, se pone en cuestión en el voto particular que en contra del acuerdo sancionador emitieron nueve de los vocales del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). En efecto, en él, tras referirse a que el expedientado manifestó en su declaración de 19 de diciembre de 2014, efectuada ante el PAD y el representante del Ministerio Fiscal, que el borrador de la constitución está destinado a la sociedad, a los ciudadanos; tras analizar lo dicho en una entrevista a TV3, en la que aquél anunció que estaría redactada a finales de enero para poner ese trabajo intelectual a disposición de la ciudadanía; y tras citar otras intervenciones y actos públicos, se afirma lo siguiente: "[...] ante una propuesta de resolución formulada de manera indeterminada y que afirma que tanto la redacción de la constitución como la finalidad de esa redacción está admitida por el expedientado aunque no se exprese de forma concreta dónde ni cuándo, la audición de sus declaraciones individuales y la lectura de las transcripciones escritas no permiten una aseveración tan rotunda, ya que si bien la redacción del borrador de constitución está admitida como actividad privada, desarrollada en sus ratos libres, sin menoscabo de sus tareas jurisdiccionales, no cabe deducir lo mismo respecto de la aceptación de que su finalidad fuera ponerla a disposición o que sirviera de modelo de los grupos independentistas catalanes".

Por tanto, por las razones antes dichas acerca de cómo han de despejarse las dudas en un procedimiento sancionador y cómo han de reflejarse y valorarse en él las pruebas de cargo, y porque el acuerdo recurrido no descansa en ese particular en datos y razonamientos de los que se deduzca aquella específica finalidad expresada en su relato de "hechos probados", habrá que eliminar en el enjuiciamiento el desvalor que pudiera ligarse a ella.

C) Es asimismo relevante para la precisa definición de la conducta imputada y para su acertada valoración, una apreciación que el acuerdo recurrido no lleva al relato de "hechos probados", pero que incorpora cuando decide qué sanción es la que procede imponer. En concreto, se dice ahí que las intervenciones del expedientado lo han sido siempre en un tono moderado y ajeno a cualquier incitación más allá del relacionado con el convencimiento intelectual de sus convicciones políticas .

D) Lo es también, aunque ahora por la consecuencia de quedar imprecisos los exactos términos de aquella conducta, la renuncia del acuerdo recurrido a pormenorizar las concretas intervenciones públicas del expedientado . Con ello, dificulta sobremanera, por omitir los datos y elementos de juicio necesarios, la labor dirigida a comprobar si las inferencias hechas en ese acuerdo sobre el contorno, el alcance y el significado de dicha conducta son realmente acertadas. En este sentido, no cabe olvidar que al enjuiciar una resolución sancionadora no es el Tribunal el que ha de buscar, si existieran, las pruebas de cargo; es ella la que ha de identificarlas y valorarlas. En otro caso se dificultaría en un grado inaceptable el derecho de defensa del sancionado.

**TERCERO.-** Pese a que el actor planteó en su demanda como primera cuestión sustantiva o de fondo la relativa a si podían tenerse por acreditadas las conductas descritas en el relato de hechos probados del acuerdo sancionador, la sentencia de la que discrepo da a entender, pues no las aborda, que las precisiones a las que me he referido en el fundamento jurídico anterior no son necesarias para definir con exactitud en qué consistió la conducta objeto de sanción, ni tampoco, por tanto, para enjuiciarla.

Consecuencia de ello es que considere acreditadas facetas de la conducta que a mi juicio deben, en un procedimiento sancionador, ser cuestionadas o puestas en tela de juicio. Así, cuando da por cierto que el actor ha participado por la vía de los hechos en un proceso encaminado a constituir Catalunya en un Estado independiente de España que tuviera como única fuente de legitimidad la sola voluntad de la población catalana, al margen o, mejor dicho, en contra de lo dispuesto por la Constitución española de 1978 . O cuando

afirma que no se está ante un mero debate o intercambio de ideas, sino ante la intervención activa para lograr un proceso constituyente en Catalunya que finalice con la clausura en su territorio de la actual Constitución española y la aprobación de un nuevo texto constitucional que la sustituya. Un proceso constituyente, además, que no pretende ser canalizado por el procedimiento de reforma constitucional regulado en el Título X de la Constitución española sino a través de instancias políticas exclusivamente catalanas, y en abiertavulneración de lo establecido en el artículo 1.2 . O, en fin, cuando considera que lo castigado no ha sido la participación del recurrente en la actividad de divulgación o expresión de las ideas o convicciones políticas realizada por esas organizaciones, sino su colaboración en la acción que han desarrollado para llevar a cabo, por la vía de los hechos, un proceso constituyente que ignora el postulado constitucional de que el sujeto constituyente es el pueblo español en su totalidad y omite los requisitos y trámites que para toda reforma constitucional se establecen en la Carta Magna de 1978 .

Mi criterio, contrario a que tales facetas e intenciones puedan tenerse por acreditadas con la seguridad exigible en un procedimiento de este tipo, me conduce a una línea de razonamiento divergente de la que sigue nuestra sentencia. Línea que intento explicar en los fundamentos jurídicos siguientes.

**CUARTO.-** Al intentar definir qué deberes judiciales serían los incumplidos con la conducta del Sr. Victoriano , el acuerdo recurrido se expresa en estos términos:

"[...] ha llevado a cabo una actuación continuada, reiterada y unidireccional que acredita la pérdida objetiva de su neutralidad política, esencial y exigible a todo Juez o Magistrado en activo; con ello, con su reiterada actuación, obvio es, que ha ignorado, de una manera inexcusable, el cumplimiento de dicho deber judicial de neutralidad que, en el ámbito político y judicial, constituye el exponente más evidente de la independencia judicial [...]" .

"[...] Se le sanciona, en concreto, por la vulneración del deber básico de fidelidad a la Constitución Española y al Ordenamiento Jurídico, previsto en el artículo 9.1º de la Constitución , y asumido -y materializado- con el juramento o promesa de los mismos previsto en el artículo 318.1 de la LOPJ . Dicho deber básico de lealtad constitucional se infringe por comprometer, con su reiterada actuación, su imparcialidad e independencia como Magistrado en activo " .

"[...] esta pérdida de confianza de los ciudadanos, derivada, a su vez, de la pérdida de neutralidad e independencia por parte del expedientado, obligaciones derivadas del deber general de lealtad constitucional a los jueces en activo exigibles, es lo que determina la inclusión de la reiterada y continuada conducta del expedientado en la infracción de referencia [...]" .

Procede, pues, valorar si tras las precisiones hechas en el fundamento jurídico segundo, resulta posible, o no, afirmar el incumplimiento de los deberes judiciales que son citados en los párrafos que acaban de ser transcritos. Para ello, habrá que definir en qué consisten esos deberes o cuál es su exacto contenido obligacional, pues la infracción imputada al actor sólo habrá existido si su conducta contravino ese preciso contenido. El objeto de nuestro enjuiciamiento es sólo ese; quedando fuera de él consideraciones de otro tipo, como serían, por todas, las referidas a cuál es, en su vida de comportamiento o de relación social, el modelo de juez preferible en una sociedad democrática.

**QUINTO.-** Un breve recorrido por las sentencias del Tribunal Constitucional permite percibir cuál es el alcance, el sentido, el contenido del deber de fidelidad a la Constitución.

En el FJ 3 de la STC 101/1983, de 18 de noviembre , leemos que *la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (artículos 30 y 31 entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizarsus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir, que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los artículos 166 y siguientes de la Norma fundamental .*

En el FJ 5 de la STC 122/1983, de 16 de diciembre , leemos que *la fidelidad a la Constitución [...] puede(n) entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales. La fidelidad, en esta línea interpretativa, no entraña una prohibición de representar y de perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la*

*Constitución [...], siempre que se respeten aquellas reglas de juego, y no supone, por tanto, una renuncia a las libertades individuales consagradas por la Constitución ni a la libre crítica del ordenamiento jurídico existente, ni de los actos políticos que se realicen, ni a la libre proposición de nuevas leyes, ni a procurar la reforma de la Constitución [...], tanto más, conviene subrayarlo, cuanto el contenido de la actual Constitución Española es reformable, aunque el procedimiento para llevar a cabo esa reforma sea más o menos rígido, según la materia y ámbito a que afecte .*

En el FJ 7 de la STC 48/2003, de 12 de marzo , leemos también que *en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante» en el sentido (de) un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos .*

En fin, en el FJ 4 de la STC 42/2014, de 25 de marzo , en la que se enjuició la constitucionalidad de la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, por la que se aprobó la «Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña», se lee que *la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, «un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución» ( STC 48/2003 , FJ7; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ17 ; 235/2007, FJ 4 ; 12/2008, FJ 6 , y 31/2009, de 29 de enero , FJ 13). Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que «no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional» (entre otras, STC 31/2009 , FJ 13). También, que el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable ( STC 103/2008 , FJ 4) . Y, ya al final de ese FJ 4, que las referencias al «derecho a decidir» contenidas en la Resolución impugnada, de acuerdo con una interpretación constitucional conforme con los principios que acaban de ser examinados, no contradicen los enunciados constitucionales, y que aquellas, en su conjunto, con las salvedades que se han hecho a lo largo de esta Sentencia, expresa una aspiración política susceptible de ser defendida en el marco de la Constitución.*

**SEXTO.-** Por tanto, si no cabe afirmar que el Sr. Victoriano llegara a considerar y calificar de legítimo el incumplimiento de las leyes y de la Constitución; si no hay razón para cuestionar su afirmación de que siempre ha acatado la Constitución y que mientras Cataluña forme parte de España la seguirá acatando y haciendo cumplir; y si no la hay tampoco para tener por cierto que en sus intervenciones públicas dejara traslucir una idea distinta a la de ese acatamiento [tal y como intenté razonar en la letra A) del fundamento jurídico segundo de este voto particular], habrá que negar que aquél infringiera el deber de lealtad y fidelidad a la Constitución, al ser ésta, y no la contraria, la conclusión que resulta al aplicar la doctrina constitucional transcrita. No creo, pues, a diferencia de lo que hace la sentencia de la que discrepo, que quepa decir con seguridad que el Sr. Victoriano incumplió el primer y principal deber judicial del estatuto jurídico aplicable a jueces y magistrados de observancia de la Constitución .

**SÉPTIMO.-** Más problemático resulta el enjuiciamiento de su conducta desde el prisma de los valores de independencia e imparcialidad, en los que se integra o de los que forma parte, pero sólo en la medida en que los afecte, menoscabe o ponga en riesgo, la mal llamada, en cuanto ontológicamente imposible, exigencia de neutralidad política. Quiero decir con esto último que, a mi juicio, la exteriorización pública por el juez de su posicionamiento ante cualquier debate social o político, sólo será reprobable si afecta a su obligación constitucional de proteger y preservar aquellos valores. O, de modo más amplio, si afecta o menoscaba derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos.

La independencia del juez y del poder judicial en su conjunto, entendida en el sentido de independencia frente a cualquier otro centro de poder, y la imparcialidad, o equidistancia de aquél respecto de las partes en conflicto, son condiciones necesarias para hacer realidad el mandato constitucional de que quienes administran justicia han de hallarse " sometidos únicamente al imperio de la ley " ( art.117.1 de la Constitución ). Una y otra son las notas más características o las que definen la esencia misma de la función jurisdiccional,

consistente en la resolución de los conflictos jurídicos de los que deban conocer los Juzgados y Tribunales con exclusiva sumisión a la ley.

De ahí deriva, con toda naturalidad y sin necesidad de mayores explicaciones, que sobre el juez pese un deber constitucional de preservar y proteger esos valores. O que hayan de tenerse como bienes constitucionalmente protegidos, aptos para justificar la imposición de límites al derecho de libertad de expresión del que también es titular el juez, tanto su situación o estado de efectiva y real independencia e imparcialidad, como la percepción de que ello es así, lo que equivale a la confianza social de que la función jurisdiccional se ejerce en efecto con estricta sujeción a lo que constituye su esencia. La confianza de la ciudadanía en la independencia, imparcialidad y exclusiva sumisión a la ley de los jueces constituye un elemento esencial del Estado de Derecho, que conlleva, como lógica consecuencia, un deber judicial de abstención en todo aquello que pueda con certeza menoscabar la imagen de independencia e imparcialidad del juez, o del Poder Judicial en sí mismo, o provocar el quebranto de dicha confianza.

**OCTAVO.-** Se llega así al particular más delicado de la cuestión enjuiciada, cuál es si hay certeza o no de que la conducta del Sr. Victoriano que debemos tener por acreditada produjo, o ha debido producir, ese menoscabo o quebranto.

Ahí, puedo llegar a aceptar que la línea de separación entre uno y otro parecer es, en este caso, tenue, débil o poco marcada. Pero no comparto que sea tan nítida como para alcanzar la conclusión segura, exigible en todo procedimiento sancionador, de que sí se produjo, o ha debido producirse, el repetido menoscabo o quebranto. En esencia, por los siguientes argumentos:

Ante todo, porque el acuerdo recurrido no ofrece razones convincentes sobre el concreto particular que ahora analizo. Las que ofrece se refieren más bien a aquel otro aspecto ya tratado y descartado de la deslealtad constitucional de la conducta. En su párrafo final llega a hablar, en sentido afirmativo, de *la repercusión del contenido de las actuaciones y declaraciones del expedientado, así como (de) los perjuicios causados a la función jurisdiccional en su conjunto considerada*. Pero esa valoración se queda ahí, pues no va precedida ni seguida de razonamientos apoyados en datos, circunstancias o informaciones que expliquen en qué haya consistido, y con que alcance, la repercusión o el perjuicio.

También, porque la LOPJ, a la que se encomienda la labor de determinar el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera ( art. 122.1 de la Constitución ), no es lo suficientemente explícita acerca de cuál es el listón que no cabe superar, o cuál la conducta o conductas que quedan prohibidas con el fin, precisamente, de preservar y proteger aquellos valores. Junto a preceptos a los que no parece acomodarse una conducta como la que aquí nos ocupa, como son los expresados en los dos apartados de su art. 395, a los que, sin embargo, no se refiere el acuerdo recurrido (bien por la permisibilidad con que es entendido algún aspecto del primero, bien por la dudosa aplicación al caso del segundo, bien por otras razones), con la consecuencia, esencial para un enjuiciamiento acomodado a lo que ordena el art. 24.1 de la Constitución, de que el recurrente no se ha visto necesitado de razonar en contra de su aplicabilidad; hay otros -junto a ellos, repito-, como son los artículos 356, letra f), 359.2 y 360, cuya aplicación e interpretación conjunta trasluce, como conclusión más lógica, la de que aquella ley no percibe que la incorporación del juez (obtenida la situación de excedencia voluntaria) a la actividad política, sea por sí sola razón para poner en tela de juicio su independencia e imparcialidad cuando regrese, como le es permitido y sin solución de continuidad, al ejercicio de la función jurisdiccional.

Y, en fin, porque si la conducta enjuiciada, por lo razonado en la letra B) del segundo de estos fundamentos jurídicos, ha de despojarse de aquella específica finalidad de ir dirigida o estar al servicio sólo de unos; si ha de entenderse, ahora por lo dicho en la letra A) del mismo fundamento, que en ella no se dejó traslucir una idea distinta a la del acatamiento de las leyes; y si ha de llenarse, por lo expuesto en su letra C), con el componente de que siempre se desarrolló en un tono moderado y ajeno a cualquier incitación, surge la seria duda, a mi juicio, de que el efecto que produjo en la ciudadanía fuera o haya debido ser, precisamente, la quiebra o menoscabo de su confianza en la independencia, imparcialidad y exclusiva sujeción a la ley, en su función jurisdiccional, del juez Sr. Victoriano. Al igual que lo percibido en relación al llamado "*manifiesto por el derecho a decidir*", firmado el 6 de febrero de 2014 por 33 jueces y magistrados con destino en Cataluña, que el acuerdo del PAD de 4 de diciembre del mismo año analizó desde el impacto que hubiera podido tener en la confianza de la ciudadanía, alcanzando para él conclusiones tales como: [...] *no puede apreciarse que los firmantes persigan una finalidad diferente que el mero traslado a la ciudadanía de una opinión sobre un tema de interés jurídico, social o político; [...] lo que verdaderamente hacen es trasladar a la sociedad lo que consideran como la posibilidad jurídica del llamado "derecho a decidir". En definitiva, dan su opinión jurídica en defensa del derecho del ciudadano a participar en asuntos públicos, de decidir sobre posibles jurídicos, conducta que,*

como se acaba de adelantar, debe quedar amparada por los derechos fundamentales de libertad de expresión y de opinión ; al igual que con ese manifiesto, repito, no me parece que quepa descartar que la sociedad percibiera la conducta aquí enjuiciada sólo como un posicionamiento, como una expresión más del intenso debate social, político y jurídico surgido sobre aquel tema en círculos y ámbitos sin duda muy amplios de la sociedad catalana, sin efectos reales en el particular que analizo de merma de su confianza en el Poder Judicial.

**NOVENO.-** Aunque para mí la razón del fallo estimatorio que deberíamos haber alcanzado es la que resulta del conjunto de los fundamentos jurídicos anteriores, coadyuva también a él la conocida garantía material del principio de legalidad en materia sancionadora ( art. 25.1 de la Constitución ). Garantía de alcance absoluto que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en ese ámbito limitativo de la libertad individual y que se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas (por todas, STC 42/1987, de 7 de abril , FJ 2). Esa exigencia de *lex certa* alude, pues, a la necesidad de que la norma jurídica permita predecir con un grado de certeza suficiente las conductas infractoras.

Sin embargo, resulta difícil sostener que fuera así en este caso. El art. 417.14 de la LOPJ , en el que el acuerdo recurrido subsume la conducta que sanciona, considera como falta muy grave *la ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales* . Como norma en blanco que es, necesita el complemento de otra u otras que definan con ese grado de certeza el deber exigible y supuestamente no cumplido. Pero una norma así, que permitiera conocer que no hay razón para hacer lo que el actor hizo y que, en consecuencia, diera pie para poder calificar su conducta como constitutiva de ignorancia inexcusable, no es la que cabe ver en la LOPJ.

En consecuencia, y como anuncié al principio, el fallo de la sentencia de la que discrepo debería haber sido el siguiente:

#### **FALLO**

Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don Victoriano contra el acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 26 de febrero de 2015 en el expediente disciplinario núm. NUM001 . Anulamos dicho acuerdo por no ser conforme a Derecho, y desestimamos por falta de acreditación la pretensión de restablecimiento de la situación jurídica individualizada. Sin imposición de costas.

Así lo expreso en éste mi voto particular que firmo junto con la sentencia, para su unión a la misma.

D. Segundo Menéndez Pérez D. Ángel Ramón Arozamena Laso

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **VOTO PARTICULAR**

**FECHA: 14/12/2016**

**VOTO PARTICULAR CONCURRENTES -y discrepante respecto del pronunciamiento en materia de costas- que formulan la Excm. Sra. Magistrada Dña. Inés Huerta Garicano y los Excmos. Sres. Magistrados D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, D. Emilio Frías Ponce, D. Diego Córdoba Castroverde, D. Francisco José Navarro Sanchís, D. Jesús Ernesto Peces Morate, D. Juan Gonzalo Martínez Micó y D. Mariano de Oro Pulido y López, a la sentencia del Pleno de la Sala dictada en el Recurso- contencioso-administrativo nº 264/15.**

Con absoluto respeto a la sentencia mayoritaria y a los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala, formulamos este voto particular:

**PRIMERO .-** Nuestra discrepancia radica en torno al alcance del deber de neutralidad política de los Jueces y Magistrados en activo, tal como queda reflejado en el F.D. Undécimo de la sentencia.

Es cierto que, en este caso concreto, los hechos por los que ha sido sancionado el recurrente - como constitutivos de la falta muy grave, tipificada en el art. 417.4 LOPJ : "*La ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales*"- son "*..porque, en su condición de Magistrado, ha llevado a cabo una actuación continuada, reiterada y unidireccional que acredita la pérdida objetiva de su neutralidad política, esencial y exigible a todo Juez o Magistrado en activo; con ello, con su reiterada actuación, obvio es, que ha ignorado de una manera inexcusable, el cumplimiento de dicho deber judicial de neutralidad que, en el*

*ámbito político y judicial, constituye el exponente más evidente de la independencia judicial y que cuenta con el respaldo constitucional previsto en el artículo 117.1 de la Constitución .....Se le sanciona, en concreto, por la vulneración del deber básico de fidelidad a la constitución Española y al Ordenamiento Jurídico, previsto en el artículo 9.1º de la Constitución .....*"

Pero, no es menos cierto, a nuestro juicio, que, a diferencia de lo que se afirma en la sentencia, ese deber de neutralidad política -que no puede desconocer ningún Juez o Magistrado en activo- impide, haciendo uso de esa condición de Juez o Magistrado en activo, participar en el debate político (cualquiera que sea éste), adoptando un posicionamiento público respecto de cuestiones que puedan poner de relieve la línea ideológica del Juez o Magistrado, socavando -o pudiendo, razonablemente, socavar- la confianza de la sociedad en la independencia en el ejercicio de su función.

No en vano, los principios de Bangalore sobre la conducta judicial (2002) -como "*Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura*", y formulados para garantizar y promover su independencia- establecen, en relación con ese valor de la independencia judicial, que el juez debe ser independiente respecto de la sociedad en general y ha de estar, además, libre de conexiones e influencias inapropiadas con los poderes ejecutivo y legislativo y ello porque, como dice su Preámbulo, una judicatura independiente e imparcial es esencial cuando sus integrantes están llamados a desempeñar su papel de defensores "*del constitucionalismo y del principio de legalidad*", siendo la confianza pública en el sistema judicial "*y en la autoridad moral y la integridad del poder judicial.....de extrema importancia en una sociedad democrática moderna*".

**SEGUNDO** .- La segunda discrepancia se refiere a la inaplicación, sin justificar razonadamente, tal como exige el art. 139.1 LJCA , de la regla general del vencimiento, legalmente establecida en dicho precepto.

Por todo ello, no suscribimos las afirmaciones que, sobre el alcance del deber de neutralidad judicial, se realizan en el F.D. Undécimo, debiendo haberse condenado en costas al recurrente, cuyas pretensiones han sido totalmente rechazadas, al no justificarse expresamente la "ratio decidendi" de dicho particular.

D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. Emilio Frías Ponce D. Diego Córdoba Castroverde

D. Francisco José Navarro Sanchís D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Juan Gonzalo Martínez Micó D. Mariano de Oro Pulido y López

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

## **VOTO PARTICULAR**

**FECHA: 14/12/2016**

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DON Jesús Cudero Blas A LA SENTENCIA ADOPTADA POR LA MAYORÍA EN EL PRESENTE RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO Nº 2/264/2015 , AL QUE SE ADHIEREN LOS/ LAS MAGISTRADOS/AS DE LA SALA DOÑA María Isabel Perelló Doménech, DON José María del Riego Valledor, DON José Luis Requero Ibáñez.**

Con el mayor respeto hacia el criterio mayoritariamente adoptado en este recurso jurisdiccional, lamento disentir del fallo, que a mi juicio debió ser íntegramente estimatorio de la pretensión articulada en la demanda, con la consiguiente declaración de nulidad de la resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 2015 que impuso a don Victoriano la sanción de tres años de suspensión por la comisión de la falta muy grave prevista en el artículo 417.14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Las razones de mi discrepancia, como tuve ocasión de manifestar en el Pleno el día de la deliberación, se refieren exclusivamente a la tipicidad de la conducta del Sr. Victoriano , que entiendo que no concurre en el caso al no ser posible encuadrar la conducta imputada por el acuerdo sancionador en la descripción contenida en aquel precepto, que sanciona "*la ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales*". En efecto:

*Primero* . El término típico utilizado en la proposición contenida en el artículo 417.14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es de naturaleza normativa, pues exige al intérprete o al aplicador un juicio de valor sobre el *deber judicial* que el juez *ignora* de manera inexcusable. La descripción que figura en aquel precepto debe

ser, además, completada o rellenada acudiendo a las normas que definan cuáles son los deberes judiciales que necesariamente han de ser cumplidos por el juez o magistrado. Y, por último, requiere -sujetivamente- que el incumplimiento de alguno de aquellos deberes se produzca por *ignorancia inexcusable*.

*Segundo*. El acuerdo recurrido, y la sentencia de la que se disiente al declarar su conformidad a derecho, identifican el deber judicial no cumplido por el Sr. Victoriano en aquel que deriva del juramento o promesa que, a tenor del artículo 318.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deben prestar los jueces y magistrados antes de tomar posesión de su primer destino: el de *"guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico"*. Esa es la vulneración que se sanciona *"en concreto"* -como dice el acto administrativo impugnado-, que se habría infringido *"por comprometer, con su reiterada actuación, su imparcialidad e independencia como magistrado en activo"* y en la medida en que supone una *"pérdida de confianza de los ciudadanos derivada, a su vez, de la pérdida de neutralidad e independencia por parte del expedientado"*. Y así se confirma en los fundamentos de derecho décimo, undécimo y duodécimo de la sentencia mayoritaria, a cuyo tenor el juramento o la promesa no constituye *"una simple fórmula o ceremonia litúrgica"*, sino un auténtico *"compromiso jurídico"*, que debe calificarse como *"el primer y principal deber del estatuto jurídico aplicable a los jueces y magistrados"*, que se extiende *"tanto a sus actuaciones jurisdiccionales como a sus actuaciones públicas con incidencia en la confianza social"* y que se incumple cuando se realizan conductas -como las imputadas- que *"puedan generar en la ciudadanía un sentimiento de desconfianza sobre la efectiva vigencia del modelo de convivencia que es el Estado de Derecho"*.

*Tercero*. Ciertamente, como afirma el recurrente en su escrito de demanda, la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere expresamente al incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en la primera de las faltas muy graves que describe su artículo 417. Lo hace, además, incorporando a la descripción legal un elemento subjetivo del injusto (el incumplimiento debe ser *"consciente"*) y una condición objetiva de perseguibilidad (ese incumplimiento ha de ser apreciado en sentencia firme). Para la mayoría de la Sala, este precepto no sería aplicable al recurrente por cuanto los comportamientos que se le imputan no han sido efectuados en el ejercicio de la función jurisdiccional, como aquel artículo exige, sino fuera de ese ejercicio, lo que permite encuadrar aquellas conductas en el artículo 417.14, que contempla, según se afirma, *"todo incumplimiento de cualquier deber legal contenido en el estatuto jurídico (...) que haya de ser observado tanto en su estricta actuación jurisdiccional como fuera de ella y no sea reconducible a otro tipo disciplinario"*.

*Cuarto*. Aunque la tesis de la sentencia de la que discrepo sobre el distinto alcance y significación de los dos preceptos concernidos es sugerente y está muy bien fundamentada, no comparto la tesis que en la misma se contiene por varias y, a mi juicio, relevantes razones:

1. La conducta que se imputa al Sr. Victoriano -redactar una denominada "Constitución catalana" con una finalidad política para ponerla a disposición de los promotores del llamado "derecho a decidir" y su intervención en más de cien actos públicos reivindicando aquel derecho- es clara e indubitadamente *"consciente"* o, si se quiere, dolosa. El propio acuerdo recurrido califica aquel comportamiento como *"una actuación continuada, reiterada y unidireccional"* y no hay un solo atisbo en los razonamientos jurídicos de dicho acto administrativo -ni tampoco en los de la sentencia mayoritaria- que nos haga pensar que el órgano sancionador no entendió que aquella conducta era, efectivamente, deliberada, aunque solo sea porque en las consideraciones que completan el relato fáctico se hace referencia expresa y continua a una intervención con *"evidente finalidad política"*, a una *"sistemática y reiterada participación política"* y a una actuación del expedientado como *"protagonista de unos actos"* de claro *"matiz reivindicativo del denominado proceso soberanista, adoctrinando a los asistentes, apoyando al mismo y justificándolo argumentativamente desde perspectivas políticas y jurídicas"*.

2. Más allá de la falta de propiedad del apartado de hechos probados del acuerdo recurrido (al mezclar elementos puramente fácticos con apreciaciones jurídicas) o del poco ortodoxo complemento de esos hechos que se efectúa en los razonamientos jurídicos, está fuera de toda duda que el comportamiento infractor que se imputa al recurrente es claramente doloso, deliberado, siendo así que el incumplimiento *consciente* del deber de fidelidad a la Constitución cuenta con un tipo infractor específico -el contenido en el artículo 417.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-, aunque solo perseguible si existe sentencia que lo declare.

3. Puede admitirse a efectos polémicos que este último precepto solo resulta aplicable cuando el incumplimiento consciente que describe se produce en el concreto ejercicio de la función jurisdiccional. Sea por esa circunstancia, sea porque no concurre la condición objetiva de perseguibilidad que en el mismo se contiene, lo cierto es que el repetido precepto no resultaba de aplicación a la conducta del Sr. Victoriano, lo que ha llevado a la resolución administrativa sancionadora y a la sentencia de la que se discrepa a encuadrar

aquella conducta en la infracción contenida en el apartado 14 del artículo 417, que tipifica *"la ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales"*.

4. Coincido plenamente con el fundamento de derecho décimo de la sentencia mayoritaria cuando se refiere a los tres elementos típicos que integran el citado precepto. Lamento discrepar, sin embargo, del razonamiento contenido en el fundamento undécimo en relación con la concurrencia en la conducta del expedientado del elemento subjetivo (*la "ignorancia inexcusable"*) que acompaña a la descripción legal, pues tal elemento -que, en la técnica penal, se asocia siempre a conductas imprudentes- solo puede hacer referencia al desconocimiento o al error en que incurre el sujeto activo al comportarse (en nuestro caso, infringiendo deberes judiciales), sin que -desde luego- pueda entenderse que concurre en una conducta que ha sido calificada por el acto impugnado, de manera contundente, como deliberada o intencional.

5. Con el máximo respeto y consideración que me merece la muy fundamentada sentencia de la que discrepo, no puede entenderse que concurre aquel elemento (insisto, de naturaleza no intencional) por el hecho de que el Sr. Victoriano *"no sepa lo que, por ser quien es, no puede dejar de saber"* (qué es el Estado de Derecho, cuál es el significado de la Constitución o cuál es el deber primordial del juez). Con tal argumentación se está convirtiendo un tipo imprudente, negligente (o, si se quiere, una infracción que descansa en la existencia en el sujeto activo de un error o un desconocimiento inexcusables) en un tipo doloso, en el que el sujeto activo actúa con una voluntad consciente y deliberada de serle infiel a la Constitución, algo que la ley ha querido situar, exclusivamente, en otro apartado del artículo 417 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el primero, que -como ya se ha razonado- no resulta de aplicación al presente supuesto.

*Quinto*. A mi juicio, pues, la Sala debió estimar en su integridad el recurso por falta de tipicidad de la conducta imputada. Y ello con independencia de la valoración que -desde puntos de vista no estrictamente jurídicos- puedan merecer los comportamientos descritos en el acuerdo sancionador. A lo ya expuesto cabría añadir otra reflexión: en el ámbito administrativo sancionador - como sucede en el Derecho Penal, del que aquel ámbito es tributario- las exigencias derivadas del principio de legalidad requieren de los órganos competentes una actuación especialmente rigurosa en relación con la descripción de las conductas supuestamente merecedoras de reproche y con la subsunción de esas conductas en los tipos infractores correspondientes, máxime cuando -como es el caso que ahora nos ocupa- el precepto legal que resulta de aplicación contiene unas proposiciones normativas excesivamente genéricas que necesitan completarse, además, con normas jurídicas en las que, tampoco con la claridad y seguridad necesarias, se describen cuáles son los deberes del juez y si éstos son exigibles más allá de su actividad jurisdiccional estricta.

Creo, sin embargo, que la resolución sancionadora no ha dado suficiente cumplimiento a esas exigencias al sustentar su decisión en la existencia de unas conductas que se califican en la propia resolución como intencionales, deliberadas o conscientes y al encuadrarlas en un tipo infractor que, desde luego, no castiga el incumplimiento de los deberes judiciales de esa manera dolosa o consciente. Creo, además, que resulta forzado y contrario al principio de seguridad jurídica acudir a un deber judicial (*la fidelidad a la Constitución*) que está expresamente contemplado en el ámbito disciplinario en otro precepto distinto y no aplicable al caso, sin que ello autorice a encajar aquel comportamiento en el genérico incumplimiento - *por ignorancia inexcusable*- de los deberes judiciales.

En otras palabras, el hecho de que el artículo 417.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no sea aplicable al caso (por afectar solo a la actividad jurisdiccional -como defiende la sentencia- o por faltar el requisito de procedibilidad) no permite encajar una conducta que es considerada como intencional, deliberada o dolosa en un precepto distinto a aquél: si la ley ha querido que el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución sea perseguido solo cuando sea consciente, cuando se desenvuelva en el estricto ámbito jurisdiccional y cuando una sentencia así lo declare habrá que estar a esas determinaciones legales, que obligan a considerar que un incumplimiento consciente del deber de fidelidad como el que se imputa al Sr. Victoriano no tiene encaje en precepto sancionador alguno, ni en el apartado primero del artículo 417 (por ausencia de la condición de procedibilidad), ni tampoco en el apartado decimocuarto de aquel precepto (por no contemplarse en el mismo un comportamiento doloso).

Así lo expreso en este mi voto particular, que firmo junto con la sentencia de la que discrepo para que sea unido a la misma.

Dado en Madrid en la misma fecha de la sentencia de la que se disiente.

D. Jesús Cudero Blas D<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor D. José Luis Requero Ibáñez



**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Nicolás Maurandi Guillén, junto con sus votos particulares, estando constituida en Audiencia Pública en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en Pleno, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ