



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión extraordinaria del día 11 de mayo de 2015, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE REGULA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS SENTENCIAS EN MATERIA DE FRAUDE FISCAL

I. ANTECEDENTES

Con fecha 21 de abril de 2015, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se regula el acceso a la información contenida en las sentencias en materia de fraude fiscal.

La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 29 de abril de 2015, designó Ponente de este informe al Vocal D. Gerardo Martínez Tristán.

El Anteproyecto sometido a informe tiene por objeto la reforma, mediante la adición de un nuevo artículo 235 ter, de la LOPJ, entrando, pues, de forma plena en el ámbito de materias sobre las que este órgano constitucional debe de informar de forma preceptiva a tenor de lo dispuesto en el art. 561.1 de la misma LOPJ.

De otra parte, como afirma su propia Exposición de Motivos, la modificación prevista en este Anteproyecto se coherente con la efectuada en el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 58/2003, General Tributaria, que recoge la posibilidad de publicar la identidad de quienes causan un mayor perjuicio económico a la Hacienda Pública, y que introduciría importantes excepciones al principio general del secreto tributario establecido en el art. 95 bis de la norma citada. Como complemento, se articula la reforma planteada en el Anteproyecto objeto del presente informe, al entender, según razona la Exposición de motivos



que *"resultaría incoherente que se publicara la identidad de quienes por unos u otros motivos han dejado de abonar sus obligaciones tributarias y sin embargo quedara oculta precisamente la de los grandes defraudadores, condenados en sentencia firme por delitos de esta naturaleza."*

Esta vinculación entre ambos Anteproyecto, el relativo a la reforma de la Ley General Tributaria ya informado por este Consejo, conlleva que sea necesario referirnos a sus contenidos a la hora de elaborar el presente informe, con el fin de situar la cuestión objeto de análisis y tomando como referencia lo ya sostenido por este órgano constitucional al respecto en cuanto resulte relevante en este trámite, concretamente la consideración de que la publicidad a que se refería el art. 95 bis de tal Anteproyecto debería limitarse a los grandes defraudadores, y a los supuestos en que existe sanción administrativa o condena penal firmes.

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El Anteproyecto de Ley de Orgánica por la que se regula el acceso a la información contenida en las sentencias en materia de fraude fiscal objeto del presente informe viene precedido de una Exposición de Motivos, en la que se explica la finalidad, el objeto y el alcance de la norma, y consta de un solo precepto, que pretende introducir un nuevo art. 235 ter a la LOPJ, una única disposición transitoria, y dos disposiciones finales.

El texto del nuevo precepto propuesto en la reforma, el art. 235 ter LOPJ, reza como sigue:

"1. Es público el acceso a los datos personales contenidos en los fallos de las sentencias firmes condenatorias, cuando se hubieren dictado en virtud de los delitos previstos en los siguientes artículos:

- 1º. Los artículos 305, 305 bis y 306 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*
- 2º. Los artículos 257 y 258 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, cuando el acreedor defraudado hubiese sido la Hacienda Pública.*
- 3º. El artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, siempre que exista un perjuicio para la Hacienda Pública estatal o de la Unión Europea.*



2. En los casos previstos en el apartado anterior, el Secretario Judicial emitirá certificado en el que se harán constar los siguientes datos:

- a) Los que permita la identificación del proceso judicial.*
- b) Nombre y apellidos o denominación social del condenado y, en su caso, del responsable civil.*
- c) Delito por el que se le hubiera condenado.*
- d) La pena impuesta y, en su caso, la cuantía que se haya de abonar en concepto de responsabilidad civil.*

Mediante diligencia de ordenación el Secretario Judicial ordenará su publicación en el Boletín Oficial del Estado.”

La disposición transitoria única dispone que lo previsto en esta reforma se aplicará a las sentencias que se dicten tras su entrada en vigor; la disposición final primera invoca el art. 149.1.6ª de la Constitución como título habilitante que atribuye la competencia al Estado en materia de legislación procesal, y la segunda disposición final prevé la entrada en vigor de la norma para el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El Anteproyecto se acompaña de la correspondiente MAIN, exigida por el art. 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que incluye la memoria, los estudios e informes necesarios sobre la necesidad y oportunidad del Anteproyecto, el informe sobre impacto de género de las medidas previstas que es considerado nulo, así como la memoria económica relativa a la estimación de los costes a que dará lugar considerando que la propuesta no tendrá carga económica presupuestaria, ni supondrá cargas administrativas para los ciudadanos ni para las empresas, ni tendrá efectos sobre la competencia. Por lo demás, el único impacto que se reconoce a esta medida es el reforzamiento de la transparencia y la potenciación del compromiso en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

III. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo primero y único del Anteproyecto sometido a informe introduce un nuevo artículo 235 ter en la LOPJ, cuyo primer apartado dispone el carácter público del acceso al fallo de las sentencias condenatorias firmes en materia de fraude fiscal, en concreto en los casos de condenas por delitos contra la defraudación a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, defraudación a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta, alzamiento



de bienes e insolvencia punible cuando el acreedor defraudado sea la Hacienda Pública, y delito de contrabando siempre que exista un perjuicio para la Hacienda Pública o de la Unión Europea.

Según expone su MAIN, el Anteproyecto tiene como objetivos principales impulsar la lucha contra el fraude fiscal, incentivando el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias, e incrementar la transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas y especialmente de las actuaciones judiciales en este ámbito, destacando al efecto, como señala la Exposición de Motivos de la norma informada, la prioridad que deben tener los intereses generales, y en concreto la prevención de situaciones de fraude fiscal para la consecución de *"un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad"* (art. 31.1 CE), frente a los eventuales derechos individuales con los que pudiera entrar en conflicto, a saber, los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos, singularmente, una vez realizada la necesaria ponderación y proporcionalidad entre ambos grupos de intereses.

Estos mismos principios y objetivos guían el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, presentado al Congreso de los Diputados con fecha de 21 de abril de 2015, (y calificado con fecha de 28 de abril de 2015), que introduce un nuevo modelo de publicidad de los datos tributarios en el art. 95 bis de la mencionada Ley, que constituye una de las principales novedades de ese Anteproyecto, y que fue informado por este Consejo en el Pleno de 30 de septiembre de 2014.

De este modo, siguiendo con lo reseñado en su MAIN, el Anteproyecto que ahora se informa engarza con lo prevenido en el proyectado art. 95 bis del Anteproyecto de Ley General Tributaria, *"que regula la posibilidad de publicar la identidad de quienes causan un mayor perjuicio económico a la Hacienda Pública, introduciendo importantes excepciones al principio general de secreto tributario"*, de modo que, *"en conexión con tal modificación, y como complemento indisociable de la misma, se articula la que ahora se introduce en este texto, ya que resultaría incoherente que se publicara la identidad de quienes por unos u otros motivos han dejado de abonar sus obligaciones tributarias y sin embargo quedara oculta precisamente la de los grandes defraudadores, condenados en sentencia firme por delitos de esta naturaleza."*

Por demás, destaca la Exposición de Motivos que actuaciones tributarias y actuaciones judiciales se rigen por principios diferentes, la confidencialidad en el primer caso, salvo las excepciones que determine la



ley, y la publicidad, en el segundo, también salvo las excepciones legalmente prevista. Así mismo señala que las condenas impuestas por la comisión de delitos relacionados con la defraudación fiscal tiene relevancia fuera del proceso, en la medida en que diferentes normas prevén consecuencias a las mismas en materia de contratación pública, subvenciones y ayudas o de intervención y disciplina de entidades financieras, consecuencias cuya aplicación precisa para ser efectiva de una publicidad, aun parcial, de tales condenas.

En este sentido, la publicidad de sanciones administrativas se ha ido incorporando a nuestro ordenamiento jurídico en ámbitos considerados de especial protección, como en el sector financiero, en materia de riesgos laborales y recientemente en el art. 26 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, que establece que *"[l]as infracciones muy graves y graves serán sancionadas con la declaración del incumplimiento de la ley y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» una vez haya adquirido firmeza administrativa la resolución correspondiente."*

Pues bien, estas medidas de publicidad que, como ha dicho el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de julio de 2009, implican *"en abstracto"* un elemento *"aflictivo o de gravamen"* que habrá de tomarse en cuenta en el diseño de su régimen jurídico aplicable, no tienen necesariamente una naturaleza sancionadora, bien por poseer un fundamento autónomo radicado en la obligación de informar del órgano administrativo regulador (como afirma el Tribunal Supremo en esa misma Sentencia en relación con la publicidad de las sanciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores), bien por existir un interés público inherente en la publicidad de la resolución sancionadora, como el que recoge el art. 18 de la Ley 19/1988, de Auditoría de Cuentas (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2008).

Por su parte, en el ámbito de las actuaciones judiciales la publicidad está prevista en algunos casos de forma expresa, así, el art. 23 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), establece la *"publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento"*, que se realizará preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, a través del Registro Público Concursal que regula el art. 198 de la misma Ley (desarrollado por Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre), en atención a la existencia de derechos de terceros que pudieran verse afectados, o, en el ámbito penal, en concreto en los delitos de calumnia e injuria, el art. 216



del Código penal considera *"que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes"*, buscando en este caso la reparación del daño mediante la obtención de la misma publicidad de la condena que la que en su día tuvo la información o expresión calumniosa o injuriosa.

Según su Exposición de Motivos, existen diversas razones de interés público que justifican esta reforma, además, de la coherencia del ordenamiento en relación con el nuevo modelo de publicidad que se pretende con el Anteproyecto de modificación de la Ley General Tributaria, el reforzamiento de los principios de publicidad judicial, transparencia y eficacia de las actividades públicas de prevención y represión del fraude fiscal, y el impulso de la lucha contra el fraude fiscal, incentivando el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias, intereses que el prelegislador considera que deben primar, valorada la ponderación de interés y derechos y la proporcionalidad, sobre los derechos individuales a la intimidad y la protección de datos.

Estos objetivos, y de forma muy directa la conexión entre la reforma que se pretende y la proyectada en el Anteproyecto de modificación de la Ley General Tributaria, debieron de estar en el origen de que en la versión de este último Anteproyecto que fue remitida al Consejo de Estado se previese una modificación del art. 160 LECrim., dirigida precisamente a introducir un art. 160 bis con un contenido similar al previsto ahora para el nuevo art. 235 ter de la LOPJ, con dos diferencias, a saber dicho precepto preveía que la diligencia de ordenación del Secretario Judicial que ordenara la publicación en el BOE del certificado incluyera entre sus datos la indicación de si había habido algún voto particular, y que dicha diligencia de ordenación sólo sería susceptible de recurso de reposición en los términos del art. 238 bis de la LECrim.

En concreto, el texto propuesto en ese Anteproyecto para el nuevo art. 160 bis LECrim., preveía que, según recoge el Consejo de Estado en su Dictamen:

"1. Serán públicos [los] fallos de las sentencias firmes condenatorias por los delitos previstos [en] los siguientes artículos del Código [P]enal:

1º.- Los artículos 305, 305 bis y 306 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



2º.- *Los artículos 257 y 258 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, cuando el acreedor defraudado hubiese sido la Hacienda Pública.*

3º.- *El artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, siempre que exista un perjuicio para la Hacienda Pública estatal o de la Unión Europea.*

2. *Para ello, el Secretario Judicial, emitirá certificado en el que se harán constar los siguientes datos:*

a) *Los que permitan la identificación del proceso judicial.*

b) *Nombre y apellidos o denominación social del condenado y, en su caso, del responsable civil.*

c) *Delito por el que se le hubiera condenado.*

d) *La pena impuesta y, en su caso, la cuantía que haya de abonar en concepto de responsabilidad civil.*

e) *En su caso, la indicación de que se ha emitido un voto particular.*

3. *Mediante diligencia de ordenación el Secretario Judicial ordenará su publicación en el Boletín Oficial del Estado. La diligencia de ordenación solo será susceptible de recurso de reposición en los términos del artículo 283 bis de esta Ley [debe decir artículo 238 bis de esta Ley]."*

Este precepto no fue informado por este Consejo, ni tampoco por la Agencia Española de Protección de Datos, por cuanto los textos remitidos en ambos casos aun no preveían dicha disposición.

Examinado el precepto, el Consejo de Estado en su Dictamen 130/2015, de 9 de abril, concluyó que la previsión contenida en el art. 160 bis a introducir en la LECrim., *"debería llevarse a cabo -respetando los límites que han sido enunciados- mediante ley orgánica, tanto para operar como excepción o complemento a la norma que regula con carácter general la publicidad de las sentencias (art. 266 LOPJ), como para ajustarse a la protección de datos de carácter personal haciendo figurar a las sentencias en la LOPD como fuentes accesibles al público",* y añade que, por tanto, *"debe suprimirse el proyectado artículo 160 bis LECrim y, con las limitaciones y observaciones expuestas, ser establecidas dichas reglas mediante ley orgánica."*

Esta observación, dice el Dictamen citado del Consejo de Estado, *"tiene carácter esencial a los efectos del artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, en el concreto sentido y alcance previstos en el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, a los efectos de ser tenida en cuenta por el acuerdo del Consejo de Ministros que apruebe el*



anteproyecto, para su posterior elevación como proyecto de Ley a las Cortes Generales."

En consecuencia, el Anteproyecto de modificación de la Ley General Tributaria que ha sido presentado en el Congreso de los Diputados con fecha de 21 de abril de 2015, y calificado el día 28 del mismo mes, ha suprimido la previsión de un nuevo art. 160 bis LECrim., y la MAIN del Anteproyecto que ahora se informa afirma que *"de conformidad con el dictamen 130/2015, de 9 de abril del Consejo de Estado, sobre anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se introduce un nuevo artículo 235 ter en la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo una publicidad parcial del contenido de las sentencias condenatorias firmes en materias especialmente relevantes para el control fiscal: delitos contra la Hacienda Pública, delitos de insolvencia punible, cuando el acreedor sea el erario público o, finalmente, los delitos de contrabando, permitiendo en estos supuestos el acceso público a los datos personales."*

La publicidad se efectuará mediante la publicación de un extracto del fallo condenatorio, con los datos, únicamente, necesarios para permitir la identificación del proceso, del condenado y del responsable civil, el delito por el que ha sido condenado y la pena y la cuantía de la responsabilidad civil impuesta, sin mencionar los datos de otras personas que hubieran podido participar en el proceso pero a las que no alcanza la condena, y limitando la publicidad a los datos estrictamente necesarios para lograr la finalidad perseguida, que la Exposición de Motivos identifica con el reforzamiento del cumplimiento del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y la lucha contra el fraude mediante la transparencia de la actividad pública y especialmente judicial, y negando que la medida tenga una finalidad sancionadora.

Con estos antecedentes procede ahora analizar el contenido del Anteproyecto.

IV. EXAMEN SOBRE EL CONTENIDO

1.- El análisis de las disposiciones contenidas en este Anteproyecto pasa necesariamente por la exposición aun somera de las previsiones que al respecto contienen nuestra Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, el art. 120 CE dispone en su primer apartado que *"[l]as actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las Leyes de*



procedimiento" y, en su apartado tercero que "[l]as sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública", consagrando, pues, la publicidad de las actuaciones judiciales, como principio cardinal del procedimiento judicial, y que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho (Sentencia del Tribunal Constitucional 96/1987).

Por su parte, el art. 24.2 de la CE ha consagrado el derecho a un proceso público, con el carácter de derecho fundamental, que goza de la protección excepcional que ofrece el recurso de amparo. Derecho que también se recoge en el art. 6.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

El Tribunal Constitucional han ido delimitando este principio estableciendo que el principio de publicidad exige que las actuaciones judiciales puedan llegar a ser presenciadas por cualquier ciudadano mientras se disponga de espacio, por lo que será necesario en todo caso habilitar un espacio razonable, así como que dicho principio implica que los procesos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo lograr una proyección general, que sólo puede hacerse efectiva con la asistencia de los medios de comunicación como intermediarios naturales entre la noticia y la generalidad de los ciudadanos (Sentencia 30/1982).

No obsta a lo anterior que, como establece el propio art. 120.1 de la CE, la publicidad del proceso puede conocer excepciones, que, en todo caso, deberán estar autorizadas por una ley, deberán tener su justificación en la protección de otro bien constitucionalmente relevante y ser congruentes y proporcionadas con el fin que se pretende conseguir. Atendiendo a estos criterios resulta admisible (Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985, de 31 de enero) que el proceso penal tenga una fase sumaria amparada por el secreto para alcanzar una segura represión del delito o que el art. 232 LOPJ, tras recoger la previsión del art. 120.1 CE, establezca que *"excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones"*, o que el art. 680 LECrim., prevea que las sesiones podrán tener lugar a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la



persona ofendida por el delito o a su familia, o el art. 754 LEC disponga que en los procedimientos especiales en materia de capacidad, filiación, matrimonio y menores, pueda excluirse la publicidad cuando las circunstancias lo aconsejen.

En cuanto a la publicidad de las actuaciones, la LOPJ establece el régimen general del acceso en el art. 235 que contempla que *"los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley"*, el art. 236 LOPJ regula la publicidad mediante edictos, y en relación con la vista, votación y fallo, el art. 266 LOPJ dispone en sus dos apartados que:

"1. Las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los Magistrados que las hubieren dictado, serán depositadas en la Oficina judicial y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas.

El acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes.

2. Los secretarios pondrán en los autos certificación literal de la sentencia".

A este respecto, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de abril de 2001, ha sostenido que el acceso a las actuaciones y resoluciones judiciales se gradúa en función de tres esferas de afectación que se rigen por criterios diferentes:

"a) una de máxima amplitud o de afectación generalizada, que comprende al público o los ciudadanos en general, sin cualificación específica y que corresponde a la publicidad de las actuaciones judiciales desarrolladas en todo clase de procesos, que permite a aquéllos acudir a la práctica de diligencias que han de tener lugar "en audiencia pública", salvo la declaración de reserva que motivadamente acuerde el órgano jurisdiccional, principio de publicidad constitucionalizado en el art. 120.1 de la Norma Fundamental y que recoge el art. 232.1 de la Ley Orgánica.

b) en el extremo opuesto, de máxima restricción del ámbito de conocimiento de las decisiones judiciales, se hallan los actos de notificación y comunicación de éstas, dirigidos solo a quienes revisten la condición de parte procesal en virtud de las leyes de procedimiento, y que en cuanto a las sentencias determinan el derecho y correlativo



deber de los Jueces y Tribunales a su conocimiento mediante el acto instrumental de notificación, según prescribe el art. 270 LOPJ.

c) ocupando una posición intermedia que sitúa la cuestión en ámbito más impreciso, se hallan las actuaciones procesales ya finalizadas, incluidas las sentencias, integradas en libros, archivos o registros judiciales, y respecto a las cuales, de una parte, el art. 235 LOPJ determina que: "los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la Ley", señalando el art. 266.1, por relación a las sentencias, que "Las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los magistrados que las hubieran dictado, serán depositadas en la Secretaría del Juzgado o Tribunal y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas".

En este marco general, la proyectada redacción del art. 235 bis LOPJ contendría una excepción, ampliatoria, del régimen general que contienen los art. 235 y 266 LOPJ de acceso restringido para los interesados, concepto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado en el sentido de que *"solo puede reconocerse en quien, persona física o jurídica, manifiesta y acredita, al menos prima facie, ante el órgano judicial, una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso -y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia-, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquél se ha desarrollado y que están documentados en autos, conexión que, por otra parte, se halla sujeta a dos condicionamientos: a) que no afecte a derechos fundamentales de las partes procesales o de quienes de algún modo hayan intervenido en el proceso, para salvaguardar esencialmente el derecho a la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor y el derecho a la propia imagen que eventualmente pudiera afectar a aquellas personas; y b) que si la información es utilizada, como actividad mediadora, para satisfacer derechos o intereses de terceras personas, y en consecuencia adquiere, como es el caso, un aspecto de globalidad o generalidad por relación no a un concreto proceso, tal interés se mantenga en el propio ámbito del ordenamiento jurídico y de sus aplicadores, con carácter generalizado, pues otra cosa sería tanto como hacer partícipe o colaborador al órgano judicial en tareas o actividades que, por muy lícitas que sean, extravasan su función jurisdiccional"* (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2001).

Pues bien, aunque el texto de la reforma propuesta supondría una modificación del régimen vigente de acceso a las sentencias en materia de



fraude fiscal, no debe obviarse el contenido del art. 266.2 LOPJ, que permanece inalterado, de modo que, para que sea posible considerar que el Anteproyecto examinado, al generalizar un acceso no restringido a estas sentencias, respeta las reglas contenidas en este art. 266.2 LOPJ es necesario que se preserven el derecho a la intimidad y a la protección de datos de las personas que requieran una especial tutela, y, así mismo, ha de evitarse que las sentencias puedan ser utilizados con fines contrarios a las leyes.

Esta consideración de que el nuevo art. 235 bis LOPJ sería una excepción o complemento a la norma general que regula con carácter general la publicidad de las sentencias contenida en el art. 266 LOPJ, conecta con lo sostenido por el Consejo de Estado en su informe, antes citado, que, si bien en determinado momento apunta a que la incardinación del precepto propuesto encontraría sede más adecuada en el Código penal (dado que podría entrañar una suerte de sanción añadida), que en la LECrim., pues, entiende el mismo Consejo de Estado que excede la materia procesal, concluye, sin embargo, sosteniendo la posibilidad de que el mismo se articule mediante ley orgánica como una excepción al art. 266 LOPJ, ajustándose a tal efecto a los límites que puedan derivar de los eventuales derechos individuales en conflicto y a la protección de datos de carácter personal haciendo constar a las sentencias como fuentes accesibles al público en la Ley Orgánica de Protección de Datos.

Con estos referentes como punto de partida, ha de analizarse el nuevo art. 235 bis LOPJ, y en concreto si la posible afectación de los eventuales derechos en conflicto está constitucionalmente justificada y resulta proporcional con el fin perseguido por el prelegislador.

Indudablemente la publicidad de la sentencia condenatoria puede suponer un gravamen para la persona condenada susceptible de afectar a su honor, intimidad y protección de datos, pero también cabe entender que la publicidad de estas condenas cumple fundamentalmente una función de información y en gran medida de lucha contra el fraude fiscal, configurándose como un elemento preventivo y educativo, como recoge la Exposición de Motivos del Anteproyecto, dirigido a potenciar el cumplimiento voluntario de los deberes tributarios.

Cierto es que no basta a estos efectos con la declaración de la Exposición de Motivos, pero como ha dicho el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2015, *"en la interpretación de las normas legales, cuando éstas incorporan sus propias opciones de política legislativa,*



los tribunales deben respetar –salvo que incluyan elementos de inconstitucionalidad- los juicios o consideraciones, explícitas o implícitas que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones.”

Desde esta perspectiva, y toda vez que los derechos individuales no son absolutos, sino que también tienen límites que pueden venir establecidos expresamente en el texto constitucional, o encontrarse implícitos en el mismo, derivados de la protección dispensada por la norma constitucional a otros bienes, derechos o intereses merecedores de igual protección, cabe preguntarse si la regulación proyectada atiende a un finalidad concreta de interés general que justifica la publicación de estas sentencias en las circunstancias previstas en el Anteproyecto.

Pues bien, esa finalidad identificada en la Exposición de Motivos y en la MAIN del Anteproyecto como la prevención de situaciones de fraude fiscal, potenciando la contribución voluntaria en el sostenimiento de los gastos públicos y en definitiva el cumplimiento de las obligaciones tributarias, encuentra reflejo en el deber de contribuir y en la consecución de un sistema tributario basado en los principios de igualdad y progresividad que consagra el art. 31.1 CE. Por tanto, puede decirse que la regulación proyectada sirve a un interés general, en tanto con la misma se pretenden alcanzar determinados objetivos de eficacia administrativa y judicial y de máxima transparencia, en la medida en que no se proyecta sobre toda condena penal sino sobre aquellas referidas a fraude fiscal, así como las derivadas de los delitos de alzamiento de bienes, insolvencia punible, y contrabando que tienen como sujeto perjudicado a la Hacienda Pública, es decir, delitos que tienen una incidencia clara y manifiesta en el cumplimiento del deber constitucional contemplado en el art. 31.1 CE.

Despejada la cuestión de si existe un bien o interés constitucional merecedor de protección que justifique la eventual afectación a los derechos individuales implicados procede analizar ahora si esa limitación o afectación a tales derechos resulta proporcional, exigencia que debe proyectarse tanto sobre el ámbito subjetivo de la medida, como sobre los datos publicados.

Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional que, en su Sentencia de 17/2013, de 31 de enero, subraya que la cesión de datos personales entre Administraciones públicas solo puede tener lugar con el consentimiento del afectado o si existe una previsión legal específica al efecto, y destaca que esa reserva legal *"habrá de cumplir con los restantes requisitos derivados de nuestra doctrina -esencialmente, basarse en bienes*



de dimensión constitucional y respetar las exigencias del principio de proporcionalidad- para poder considerar conforme con la Constitución la circunstancia de que la norma legal en cuestión no contemple, por tanto, la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para autorizar la cesión de datos".

Posición que también sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 9 de noviembre de 2010 (asuntos C-92/09 y C-93/09, caso Volker; ECLI:EU:C:2010:662), al afirmar que *"el derecho a la protección de los datos de carácter personal no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe ser considerado en relación con su función en la sociedad"*; pero las posibles limitaciones a este derecho han de estar reconocidas en una ley, servir a un fin de interés general y respetar el principio de proporcionalidad, así como el contenido esencial de otros derechos y libertades fundamentales.

Desde esta perspectiva, debe considerarse proporcionado al fin perseguido con esta medida el que se prevea únicamente la publicidad de las sentencias firmes de condena de los delitos identificados en el Anteproyecto cuando tengan como perjudicado a la Hacienda Pública, pues, sólo esas sentencias y, en consecuencia, la publicidad de las mismas es susceptible de contribuir al objetivo final perseguido por la norma; esto es, el cumplimiento de los deberes tributarios y la contribución al sostenimiento de los gastos públicos.

Por lo que se refiere a los datos publicados (los que permitan la identificación del proceso judicial, el nombre y los apellidos o denominación social del condenado y, en su caso, del responsable civil, el delito por el que hubiese sido condenado y la pena impuesta y, en su caso, la cuantía que haya de abonar en concepto de responsabilidad civil), puede decirse que respeta los derechos de otros posibles implicados en el proceso pero que no hayan sido condenados en la sentencia, así mismo, se refiere a los datos imprescindibles para cumplir la finalidad y los objetivos del Anteproyecto, de publicidad de la actuación y resolución judicial y de transparencia en este tipo de procedimientos y condenas penales. Por demás, y en el mismo sentido, se ha de señalar que la reforma pretendida prevé la publicidad de estas sentencias cuando sean firmes, es decir, inatacables jurídicamente, por tanto, cuando ya no existe una posible afectación al derecho a la presunción de inocencia del condenado.

En cuanto a la colisión de la disposición prevista por el Anteproyecto y el derecho al honor y a la intimidad personal, aun siendo cierto que la



divulgación de la condena penal pueda lesionar estos derechos del afectado, la cuestión ha de analizarse desde la perspectiva de la ponderación entre derechos y bienes constitucionalmente protegidos, sin que quepa *a priori* establecer un criterio único, sino que, como tantas veces ha sostenido el Tribunal Constitucional y mantenido el Tribunal Supremo, se ha de proceder a valorar si la divulgación de esa información, aquí la sentencia condenatoria en materia de fraude fiscal, cumple con el requisito constitucional de la veracidad de la información, y el acuñado jurisprudencialmente de la relevancia pública de la información.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2008, en relación con la publicación en un periódico una sentencia penal condenatoria, sostiene que la cuestión es de relevancia pública, y que la identificación del sujeto condenado tiene relevancia pública sobrevenida, *"entendida como aquella que se obtiene por el sujeto al estar íntimamente relacionado con un asunto indiscutiblemente de relevancia pública, como lo es un procedimiento penal con sentencia condenatoria en su contra"*.

De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y también la del Tribunal Constitucional, vienen sosteniendo un concepto amplio de relevancia pública, no limitada a la referida a las personas públicas, sino también por la vinculación del sujeto con el objeto del proceso penal, y singularmente cuando el sujeto identificado es el condenado en la sentencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2010).

Por lo que se refiere a la veracidad, el precepto proyectado cumpliría sobradamente el requisito de veracidad, pues, como se ha dicho, se publicarían datos, limitados, extraídos de una Sentencia firme, por tanto, de lo considerado probado en y por la propia resolución judicial, lo que constituye, sin duda, una verdad jurídica formal.

En cuanto a la protección de datos de carácter personal, el art. 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, dispone que *"[n]o será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del*



interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.”

De otra parte, el art. 11 de la misma Ley orgánica excluye también la necesidad del consentimiento para la comunicación de datos cuando esta comunicación esté autorizada por la ley. Así pues, pese a que las sentencias no están incluidas entre las fuentes accesibles al público previstas en el art. 3.j) de la citada Ley Orgánica de Protección de Datos (que las define como *“aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación”*, considerando a estos efectos, de forma tasada, como *“fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación”*), la disposición propuesta en el Anteproyecto serviría a los fines de dar cumplimiento a la necesidad de previsión legal de la comunicación de datos.

No obstante, el Consejo de Estado considera en su Dictamen antes referenciado, que debería procederse a incluir las sentencias entre las fuentes accesibles al público reformando al efecto la Ley Orgánica de Protección de Datos. Admitiendo que esta modificación dotaría de mayor coherencia al ordenamiento, y, permitiría evitar eventuales dudas interpretativas entre el contenido de ambas leyes orgánicas, la de protección de datos y la LOPJ, esa eventual reforma de la Ley Orgánica 15/1999 únicamente debiera incluir las sentencias a que se refiere el nuevo art. 235 bis LOPJ, y no las sentencias con carácter general, pues el Anteproyecto se limita a establecer la publicidad de estas sentencias en materia de fraude fiscal, sin afectar al régimen previsto en la LOPJ para las sentencias en general.

Por lo que se refiere al requisito de la necesidad y adecuación de la medida al fin perseguido, como elemento del juicio de proporcionalidad, el Consejo de Estado considera que no existen razones que justifiquen la necesidad de publicación, en todos los casos, de estas sentencias de fraude fiscal, pues se subordinaría el derecho a la intimidad a los fines perseguidos por la medida proyectada, la disuasión de la comisión de delitos contra la Hacienda Pública.



Sin embargo, el mismo órgano y en el mismo Dictamen, en relación con la publicidad de situaciones de incumplimiento relevante de las obligaciones tributarias previstas para el nuevo art. 95 bis por el Anteproyecto de modificación parcial de la Ley General Tributaria, considera que este precepto propuesto atiende a una concreta finalidad de interés general que justifica la publicación de los datos tributarios, dado que no tiene un carácter sancionador y sólo se proyecta sobre aquellos contribuyentes cuyas deudas pendientes con la Hacienda Pública, representan cuantías muy importantes y tienen clara incidencia en el cumplimiento del deber constitucional prevenido en el art. 31.1 CE.

Pues bien, esta argumentación, que luego no extiende al análisis de la publicación de las sentencias firmes en materia de fraude fiscal, bien puede aplicarse al caso que nos ocupa, toda vez que el hecho de que exista una condena penal firme por un delito fiscal supone ya, *per se*, la existencia de una conducta dirigida al incumplimiento del deber de contribuir que consagra el art. 31.1 CE, incumplimiento además al que el ordenamiento jurídico impone el máximo reproche jurídico, el penal, y máxime cuando la publicación de estas sentencias sólo se prevé cuando las condenas firmes se dictan por los delitos a que se refiere el art. 235 bis proyectado que tengan como sujeto perjudicado a la Hacienda Pública.

En este sentido, como se ha dicho, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2010, antes citada, señala que el derecho a la protección de los datos personales no es una prerrogativa absoluta, sino que debe ponerse en relación con su función en la sociedad, y el art. 4.1 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, dispone que estos datos sólo se podrán recoger para su tratamiento "*cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hubieran obtenido*", y, desde luego, los datos recogidos en la sentencia penal firme cumplen sobradamente las exigencias recogidas en dicho precepto, y su publicidad atiende a una concreta finalidad de interés general, la publicación de aquellas condenas firmes que, por su dimensión cualitativa, penal, tiene una repercusión sustantiva en el cumplimiento del deber constitucional prescrito en el art. 31.1 CE, como muestra el que sólo se publiquen las sentencias de fraude que tengan como sujeto perjudicado a la Hacienda Pública, criterio limitador que conecta derechamente la medida propuesta con la finalidad que le sirve de justificación.



Desde esta perspectiva, no puede decirse que la medida tenga una vocación principal y puramente sancionatoria o de pena añadida, pues, en ese caso, debería incluirse en el Código penal y ser acordada por el juez, como sostuvo este Consejo en su informe relativo al Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la General Tributaria (aprobado por Acuerdo del Pleno de 30 de septiembre de 2014), sin perjuicio de reconocer que la publicación de los datos contenidos en estas sentencias puedan afectar a los derechos individuales de los afectados por la condena, que, sin embargo, deben ceder cuando entran en conflicto con intereses generales, especialmente cuando esos intereses generales tienen reconocimiento constitucional, y siempre que ese sacrificio esté justificado para la protección del interés general, esté previsto en la ley, y sea proporcional al objetivo perseguido con la medida (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000); condiciones que no puede decirse que no se hayan tenido en cuenta por el prelegislador al diseñar esta medida, que ha seguido en gran medida las observaciones que formulara al respecto el Consejo de Estado en su Dictamen 130/2015, de 9 de abril, en relación con la propuesta de un nuevo art. 160 bis LECrim., que preveía el texto del Anteproyecto de modificación parcial de la Ley General Tributaria que se informaba en dicho trámite, y cuyo contenido coincidía sustancialmente con lo que ahora prevé el Anteproyecto para el nuevo art. 235 LOPJ.

En otro orden de análisis, resulta dudoso que el prelegislador haya valorado el impacto que pueda tener la aplicación de la norma a la generalidad de los supuestos a los que se refiere. Así, resultaría difícil encajar el efecto negativo que podría suponer en la práctica diaria de los tribunales, en los que se aprecie la atenuante de reparación del daño. La minoración de la pena, en muchos casos como muy cualificada, es poco compatible con el efecto añadido de la publicidad. En esta línea, el conocimiento por parte del acusado de que la sentencia se va a publicar en todo caso puede ser un elemento disuasorio para que los procesos penales finalicen por conformidad. Y resultará ciertamente contradictorio que cuando medie una relevante reparación del daño, y, por tanto, se estime que existe un menor desvalor del resultado, y se imponga una pena privativa de libertad no superior a dos años para permitir su suspensión, se acuerde el mecanismo de la publicidad de la sentencia. No parece descartable que debería tenerse en cuenta el interés público en fomentar sentencias de conformidad por lo que implican de reducción de costes judiciales y, sobre todo, de reparación del daño y reducción, en consecuencia, del desvalor del resultado de la conducta. Por no hablar de que el prelegislador probablemente tampoco ha tomado en cuenta los efectos negativos para el crédito empresarial que pueda suponer la



publicación en el BOE de una condena penal por un delito contra la Hacienda Pública para una empresa penalmente responsable o para un empresario individual. La hiperpublicidad de la condena puede suponer graves consecuencias para la reputación y, por ende, para la viabilidad de la empresa.

2.- Por lo que se refiere al régimen transitorio previsto, la Disposición transitoria única del Anteproyecto prevé que será de aplicación a las sentencias que se dicten tras su entrada en vigor, estableciendo, así, una retroactividad media que resulta admisible atendiendo a que no se trata de una medida de naturaleza sancionadora en sí misma (sin perjuicio de reconocer, como hace la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto, que determinadas medidas procesales pueden tener una connotación negativa para el acusado o condenado, pero sin que esa carga otorgue por sí misma naturaleza sancionadora a las normas que regulan dichas medidas, sino que se consideran cargas procesales derivadas de la aplicación de principios y garantías constitucionales), y no quedar sujeta esta disposición al principio de irretroactividad consagrado en el art. 9.3 CE que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009, dictada en unificación de doctrina, en relación con la aplicación del art. 103 de la Ley del Mercado de Valores (en la redacción dada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre) que determina la publicación en el BOE de las sanciones por infracciones graves una vez sean firmes en vía administrativa, adoptadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores tras la entrada en vigor de la mencionada reforma de la Ley 24/1988, sostiene que dicha previsión *"no contradice el principio de tempus regit actum, ya que se trata de un supuesto de retroactividad impropia, o de mera retrospección o de retroconexión (...), que no se incardina en el ámbito prohibido de la retroactividad de la norma sancionadora no favorable o in malam partem, que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, al no poder equipararse el reforzamiento de la difusión de la actividad inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores con la idea de sanción, pues tiene un fundamento autónomo en la obligación de información que compete a este órgano regulador"*, y continúa el Tribunal afirmando que esa aplicación retroactiva de la regla de publicidad contenida en el mencionado art. 103 de la Ley del Mercado de Valores *"no es contraria al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), pues, aunque pueda considerarse en abstracto que tiene un componente afflictivo o de gravamen, la prohibición de retroactividad que se*



impone al legislador y a los tribunales de justicia no comprende todos los derechos, ni siquiera los adquiridos, sino que se refiere únicamente a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3) y a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio de la persona, en virtud de relaciones consagradas y situaciones agotadas, y no a los pendientes, futuros, condicionados o consistentes en expectativas [SSTC 99/1987, de 10 de junio, FJ 6.b), 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9].”

En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 90/2009, de 20 de abril, que recoge y resume la doctrina del Tribunal en la materia y además añade que el principio de seguridad jurídica no puede interpretarse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen, sino la confianza legítima de los ciudadanos que ajustan su conducta a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean previsibles razonablemente, o resulten arbitrarios (doctrina que reitera lo señalado en las Sentencias 126/1987, 150/1990, y 182/1997).

Sin perjuicio de todo lo anterior, si la justificación de la publicación de los datos personales de esta clase de sentencias es, en esencia, la prevención y disuasión de conductas que puedan suponer el incumplimiento de la obligación de contribuir del artículo 31 CE, es claro que esta finalidad solamente se puede conseguir de manera prospectiva, porque nadie puede cambiar lo que hizo en el pasado por una modificación normativa posterior, razón por la cual se considera más acertado que la norma sea aplicable a las sentencias firmes que se dicten con posterioridad a su vigencia, que condenen por hechos constitutivos de delito, cometidos tras su vigencia.

3.- Finalmente, desde el punto de vista de la técnica legislativa convendría plantearse la modificación del título del Anteproyecto de forma que recoja de forma más precisa el contenido del mismo: pues, además de establecer un régimen de publicidad general en el acceso a las sentencias condenatorias en materia de fraude, el nuevo art. 235 bis LOPJ previsto dispone la publicidad de las mismas mediante la publicación de un extracto de ellas en el BOE.

V. CONCLUSIONES



Primera.- El Anteproyecto que se informa introduce un nuevo artículo 235 ter en la LOPJ, cuyo primer apartado dispone el carácter público del acceso al fallo de las sentencias condenatorias firmes en materia de fraude fiscal, y el segundo prevé la publicación de un extracto de estas sentencias condenatorias firmes en el BOE. Regulación que se adopta con los objetivos principales de impulsar la lucha contra el fraude fiscal, incentivando el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias, e incrementando la transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas y especialmente de las actuaciones judiciales en este ámbito. El Anteproyecto que ahora se informa engarza con lo prevenido en el proyectado art. 95 bis del Anteproyecto de modificación parcial de la Ley General Tributaria, que regula la publicidad de situaciones de incumplimiento relevante de las obligaciones tributarias, así como con otras normas administrativas que prevén la publicidad de las sanciones adoptadas en sectores considerados de especial protección como es el caso de la legislación de riesgos laborales, o recientemente en el art. 26 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Segunda.- Estas medidas de publicidad que, como ha dicho el Tribunal Supremo, implican "*en abstracto*" un elemento "*aflictivo o de gravamen*" que habrá de tomarse en cuenta en el diseño de su régimen jurídico aplicable, no tienen necesariamente una naturaleza sancionadora, bien por poseer un fundamento autónomo radicado en la obligación de informar del órgano administrativo regulador, bien por existir un interés público inherente en la publicidad de la resolución sancionadora.

Tercera.- En el ámbito de las actuaciones judiciales la publicidad está prevista en algunos casos de forma expresa, así, el art. 23 de la Ley Concursal, en atención a la existencia de derechos de terceros que pudieran verse afectados, o, en el ámbito penal, en concreto en los delitos de calumnia e injuria, el art. 216 del Código penal considera la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria como parte de la reparación del daño causado mediante la obtención de la misma publicidad de la condena que la que en su día tuvo la información o expresión calumniosa o injuriosa. En este sentido, la Exposición de Motivos del Anteproyecto considera que existen diversas razones de interés público que justifican esta reforma, además de la coherencia del ordenamiento en relación con el nuevo modelo de publicidad que se pretende con el Anteproyecto de modificación de la Ley General Tributaria, el reforzamiento de los principios de publicidad judicial, transparencia y eficacia de las actividades públicas de prevención y represión del fraude fiscal, y el impulso de la lucha contra el fraude fiscal, incentivando el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias,



intereses que el prelegislador considera que deben primar, valorada la ponderación de interés y derechos y la proporcionalidad, sobre los derechos individuales a la intimidad y la protección de datos.

Cuarta.- En el texto del Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley General Tributaria remitido al Consejo de Estado se preveía una modificación de la LECrim., mediante la introducción de un nuevo art. 160 bis con un contenido equivalente al ahora previsto para el art. 235 bis LOPJ. Este precepto no fue informado por este Consejo, ni tampoco por la Agencia Española de Protección de Datos, por cuanto los textos remitidos en ambos casos aun no preveían dicha disposición. Examinado dicho precepto, el Consejo de Estado concluyó que dicha previsión debería llevarse a cabo mediante ley orgánica, para operar como excepción o complemento a la norma reguladora de la publicidad de las sentencias, el art. 266 LOPJ, y para ajustarse a la legislación de protección de datos haciendo constar en su ley reguladora a las sentencias como fuentes accesibles al público. Como consecuencia de dicho Dictamen, el precepto mencionado ha sido suprimido del Anteproyecto de modificación de la Ley General Tributaria que ha sido presentado en el Congreso de los Diputados con fecha de 21 de abril de 2015, y se ha optado por recoger su contenido en el Anteproyecto que se informa.

Quinta.- El principio constitucional que rige las actuaciones judiciales es, por imposición del art. 120.1 y 3, el de publicidad, salvo las excepciones legalmente establecidas; principios que concreta la LOPJ al regular en su art. 235 el régimen general del acceso, en el art. 236 LOPJ la publicidad mediante edictos, y en relación con la vista, votación y fallo, el art. 266 LOPJ. En este marco general, la proyectada redacción del art. 235 bis LOPJ contendría una excepción, ampliatoria, del régimen general que contienen los art. 235 y 266 LOPJ de acceso restringido para los interesados. No obstante, en la medida en que el contenido del art. 266.2 LOPJ permanece inalterado, para considerar que el precepto proyectado respeta las reglas contenidas en este art. 266.2 LOPJ es necesario que se preserven el derecho a la intimidad y a la protección de datos de las personas que requieran una especial tutela, y, así mismo, ha de evitarse que las sentencias puedan ser utilizados con fines contrarios a las leyes. Conclusión que conecta con la mantenida por el Consejo de Estado que sostiene la posibilidad de que se articule mediante ley orgánica como una excepción al art. 266 LOPJ, ajustándose a tal efecto a los límites que puedan derivar de los eventuales derechos individuales en conflicto y a la protección de datos de carácter personal.



Sexta.- Sin duda la publicidad de la sentencia condenatoria puede suponer un gravamen para la persona condenada susceptible de afectar a sus derechos individuales al honor, intimidad y protección de datos, pero también cabe entender que esta publicidad cumple fundamentalmente una función de información y en gran medida de lucha contra el fraude fiscal, configurándose como un elemento preventivo y educativo. De hecho, los derechos individuales no son absolutos, sino que también tienen límites que pueden venir establecidos expresamente en el texto constitucional, o encontrarse implícitos en el mismo, derivados de la protección dispensada por la norma constitucional a otros bienes, derechos o intereses merecedores de igual protección. Desde esta perspectiva, la finalidad y objetivos identificados en la Exposición de Motivos y en la MAIN del Anteproyecto encuentran reflejo en el deber de contribuir y en la consecución de un sistema tributario basado en los principios de igualdad y progresividad que consagra el art. 31.1 CE. De modo que, puede decirse que la regulación proyectada sirve a un interés general, dado que con ella se pretenden alcanzar determinados objetivos amparados constitucionalmente, y que no se proyecta sobre toda condena penal sino sobre aquellas referidas a fraude fiscal, así como las derivadas de los delitos de alzamiento de bienes, insolvencia punible, y contrabando que tienen como sujeto perjudicado a la Hacienda Pública, es decir, delitos que tienen una incidencia clara y manifiesta en el cumplimiento del deber constitucional contemplado en el art. 31.1 CE.

Séptima.- Desde esta misma dimensión, parece proporcionado al fin perseguido con esta medida el que se prevea únicamente la publicidad de las sentencias firmes de condena de los delitos identificados en el Anteproyecto cuando tengan como perjudicado a la Hacienda Pública, pues, sólo esas sentencias y, en consecuencia, la publicidad de las mismas es susceptible de contribuir al objetivo final perseguido por la norma. En cuanto a los datos publicados, puede decirse que respeta los derechos de otros posibles implicados en el proceso pero que no hayan sido condenados en la sentencia, así mismo, se refiere a los datos imprescindibles para cumplir la finalidad y los objetivos del Anteproyecto, de publicidad de la actuación y resolución judicial y de transparencia en este tipo de procedimientos y condenas penales. Además, se ha de señalar que la reforma pretendida prevé la publicidad de estas sentencias cuando sean firmes, es decir, inatacables jurídicamente.

Octava.- Aun siendo cierto que la divulgación de la condena penal pueda lesionar los derechos de la personalidad del afectado, la cuestión ha de analizarse desde la perspectiva de la ponderación entre derechos y



bienes constitucionalmente protegidos, sin que quepa *a priori* establecer un criterio único, sino que, como tantas veces ha sostenido el Tribunal Constitucional y mantenido el Tribunal Supremo, se ha de proceder a valorar si la divulgación de esa información, aquí la sentencia condenatoria en materia de fraude fiscal, cumple con el requisito constitucional de la veracidad de la información, y el acuñado jurisprudencialmente de la relevancia pública de la información. Condiciones ambas que se han de reconocer en la previsión analizada, toda vez que la sentencia penal firme goza de veracidad, dado que se publicarán datos extraídos de lo considerado probado en la sentencia, lo que sin duda constituye una verdad jurídica formal, y que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional es una información de relevancia pública, ostentando la identificación del sujeto condenado lo que la misma jurisprudencia ha considerado relevancia pública sobrevenida, *"entendida como aquella que se obtiene por el sujeto al estar íntimamente relacionado con un asunto indiscutiblemente de relevancia pública, como lo es un procedimiento penal con sentencia condenatoria en su contra"*.

Novena.- Por lo que se refiere a la protección de datos de carácter personal, el art. 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, excluye la necesidad de consentimiento del afectado para la recepción y tratamiento de los datos cuando éstos figuren en fuentes accesibles al público, y el art. 11 de la misma Ley orgánica excluye también esa necesidad del consentimiento para la comunicación de datos cuando esta comunicación esté autorizada por la ley. Las sentencias no están incluidas entre las fuentes accesibles al público previstas en el art. 3.j) de la citada Ley Orgánica de Protección de Datos, si bien la disposición propuesta en el Anteproyecto serviría a los fines de dar cumplimiento a la necesidad de previsión legal de la comunicación de datos. No obstante, en el mismo sentido mantenido por el Consejo de Estado en su Dictamen antes referenciado, debería procederse a incluir las sentencias entre las fuentes accesibles al público reformado al efecto la Ley Orgánica de Protección de Datos, dotando así de mayor coherencia al ordenamiento, y, evitando eventuales dudas interpretativas entre el contenido de ambas leyes orgánicas.

Décima.- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que el derecho a la protección de los datos personales no es una prerrogativa absoluta, sino que debe ponerse en relación con su función en la sociedad, condiciones que también recoge el art. 4.1 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal. Desde esta óptica, los datos recogidos en la sentencia penal firme cumplen sobradamente las exigencias recogidas en dicho precepto, y su publicidad atiende a una concreta



finalidad de interés general, la publicación de aquellas condenas firmes que, por su dimensión cualitativa, penal, tiene una repercusión sustantiva en el cumplimiento del deber constitucional prescrito en el art. 31.1 CE, como muestra el que sólo se publiquen las sentencias de fraude que tengan como sujeto perjudicado a la Hacienda Pública, criterio limitador que conecta derechamente la medida propuesta con la finalidad que le sirve de justificación. No puede, pues, decirse que la medida tenga una vocación principal y puramente sancionatoria o de pena añadida, sin perjuicio de reconocer que la publicación de los datos contenidos en estas sentencias puedan afectar a los derechos individuales de los afectados por la condena, que, sin embargo, deben ceder cuando entran en conflicto con intereses generales, especialmente cuando esos intereses generales tienen reconocimiento constitucional, y siempre que ese sacrificio esté justificado para la protección del interés general, esté previsto en la ley, y sea proporcional al objetivo perseguido con la medida.

Décimo primera.- Por lo que se refiere al régimen transitorio previsto, la Disposición transitoria única del Anteproyecto prevé que será de aplicación a las sentencias que se dicten tras su entrada en vigor, estableciendo, así, una retroactividad media que resulta admisible atendiendo a que no se trata de una medida de naturaleza sancionadora en sí misma, y no quedar sujeta esta disposición al principio de irretroactividad consagrado en el art. 9.3 CE que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, conclusión que confirma la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, y el Tribunal Constitucional, que además afirma que el principio de seguridad jurídica no puede interpretarse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen, sino la confianza legítima de los ciudadanos que ajustan su conducta a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean previsibles razonablemente, o resulten arbitrarios.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta más acertado que la nueva norma sea aplicable a las sentencias firmes que se dicten con posterioridad a su vigencia, que condenen por hechos constitutivos de delito, cometidos tras su vigencia.

Décimo segunda.- Desde el punto de vista de la técnica legislativa convendría plantearse la modificación del título del Anteproyecto de forma que recoja de forma más precisa el contenido del mismo: pues, además de establecer un régimen de publicidad general en el acceso a las sentencias condenatorias en materia de fraude, el nuevo art. 235 bis LOPJ previsto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

dispone la publicidad de las mismas mediante la publicación de un extracto de ellas en el BOE.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid, 11 de mayo de 2015

Joaquín Vives de la Cortada Ferrer-Calbetó
Secretario General



[Firma manuscrita]

VOTO PARTICULAR

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

I

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

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

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



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

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

II

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

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

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

- a) El principio de publicidad de todas las actuaciones públicas, que engarza con el principio de transparencia judicial y de control público del proceso.
- b) El carácter no absoluto de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad, sino que son de configuración legal y como tal el legislador puede introducir excepciones y límites por razones de orden público y, especialmente, cuando colisionan con otros valores también contemplados en la constitución.
- c) En el caso de los delitos relacionados con la defraudación fiscal, frente al interés del condenado, se alza el interés público, que vincula con la obligación constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



13 Mayo 2015
J.V.P.E.

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

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

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

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

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

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

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

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

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

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

13 Mayo 15
El Sec. J. P. C.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

13 Mayo 2015
vefe

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

III

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

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

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



Madrid, 13 Mayo 2015

[Firma manuscrita]

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

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

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

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

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

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

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

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

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

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

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



13 Mayo 15
VCE

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

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

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

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

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

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

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

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

Madrid, 12 de mayo de 2015

LOS VOCALES

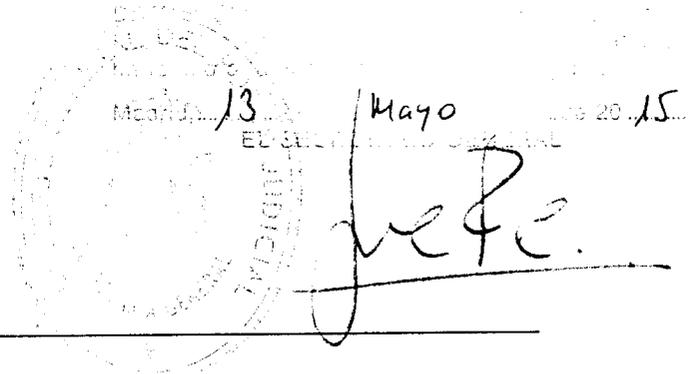
Roser Bach Fabregó

Enrique Lucas Murillo de la Cueva

Concepción Sáez Rodríguez

Mª Victoria Cinto Lapuente

Clara Martínez de Carega García



VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR DEL VOCAL ÁLVARO CUESTA MARTÍNEZ, AL ACUERDO ADOPTADO POR EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EN SU REUNIÓN EXTRAORDINARIA DEL DÍA 11 DE MAYO DE 2015, POR EL QUE SE APRUEBA EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE REGULA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS SENTENCIAS EN MATERIA DE FRAUDE FISCAL.

CONSIDERACIONES PREVIAS.-

El Vocal que suscribe, al amparo de lo dispuesto en los arts. 631.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 48 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, formula voto particular al acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión extraordinaria del día 11 de mayo de 2015 por el que se aprueba el informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se regula el acceso a la información contenida en las sentencias en materia de fraude fiscal, **por considerar insuficiente la regulación que se efectúa del acceso a la información, publicación de datos o identificación, de los defraudadores fiscales.**

ÚNICO.-

El informe del Consejo General del Poder Judicial se refiere a un anteproyecto de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la que se pretende adicionar un nuevo artículo 235 ter, regulador del acceso público a los datos personales contenidos en los fallos de las sentencias firmes condenatorias, en determinados supuestos de delito fiscal en consonancia con las reformas previstas en el proyecto de ley de reforma de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, general tributaria. A través de esta reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial se intenta dar coherencia a la regulación de la publicidad de los datos tributarios con el sistema proyectado, en la misma materia, por las nuevas regulaciones del artículo 95 y 95 bis del proyecto de Ley de reforma de la Ley 58/2003, de 17 de



diciembre, General Tributaria, actualmente en trámite en las Cortes Generales.

El motivo del voto particular de este Vocal se fundamenta en que ambas reformas, proyectadas, tanto la referida a la Ley General Tributaria como la referida a la publicidad de las sentencias en la Ley Orgánica del Poder Judicial son insuficientes y se quedan muy cortas, a la hora de garantizar la transparencia y la publicidad respecto de la identidad de quienes defrauden a la hacienda pública.

Así mismo, considera este Vocal inadecuada *"la comprensión"* que el informe del Consejo muestra en nombre de una pretendida aplicación del principio de proporcionalidad, con la minoración de los efectos de la publicidad en los casos en los que se produzca una minoración de la pena de los defraudadores que regularicen a posteriori su situación tributaria o reparen el daño. Tampoco está de acuerdo este Vocal con la sugerencia que se hace en el informe en relación al régimen transitorio previsto en el anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de recomendar, en su conclusión décimo-primera, como *"más acertado"* que la nueva norma de publicidad solo sea aplicable a las sentencias firmes que se dicten con posterioridad a su vigencia, que condenen por hechos constitutivos de delito cometidos tras su vigencia", y no a hechos anteriores.

Sí las proyectadas reformas se quedan cortas en el sistema de publicidad y transparencia en nombre de una aplicación casi sin límites del derecho a la intimidad y de la protección de datos, más corta convierte a esas reformas el tenor del propio informe del Consejo General del Poder Judicial, a la vista de los términos y de las cautelas con que están redactados algunos de sus pasajes y conclusiones.

Considera este Vocal que el derecho a la protección de los datos no puede ser un derecho absoluto, debiendo ser ponderado en relación con su función en la sociedad existiendo limitaciones a este derecho en los términos que determinen las leyes siempre que sirvan al interés general, respeten el principio de proporcionalidad y tengan en cuenta el contenido esencial de otros derechos y libertades fundamentales que pudieran concurrir.

No entiende este vocal, por otro lado, el celo protector de la intimidad respecto de los defraudadores fiscales, -que defraudan crédito público y patrimonio de todos-, y la permisividad o flexibilidad en la autorización del



13 Mayo 2015
M.P.E.

alzamiento del velo, de la propia normativa de Protección de Datos, en el acceso a la investigación y listas de morosos del crédito privado.

Considera este Vocal que debe evitarse un trato de favor, próximo al secretismo en relación con aquellos beneficiarios de medidas exonerantes de responsabilidad penal, que por haber regularizado sus deudas fiscales a posteriori se benefician no solo de una minoración de las sanciones y de las penas como consecuencia administrativa o jurídico penal, en su caso, sino también del sistema de publicidad y de información públicas, a pesar de la alarma social que su conducta insolidaria desde el punto de vista constitucional y tributario hayan podido provocar.

Considera este Vocal que en la nueva regulación de la Ley General Tributaria y de su artículo 95 debería garantizarse la identificación de las personas, sociedades y demás entidades con personalidad jurídica que se acojan a procedimientos extraordinarios de regularización tributaria, cualquiera que sea la forma en que se articule o se denomine dicha regularización, incluyendo en el caso de sociedades mercantiles y demás entidades con personalidad jurídica, la titularidad real, directa o indirecta de los accionistas o partícipes de las mismas, así como el importe individualizado de las bases imponibles y cuotas declaradas.

En cuanto a la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial proyectada, que es objeto del presente informe, dicha reforma establece como público "el acceso a los datos personales contenidos en los fallos de las sentencias firmes condenatorias, cuando se hubieren dictado en virtud de los delitos previstos en los artículos 305, 305 bis y 306 del vigente Código Penal". A juicio de este Vocal, dicha reforma es insuficiente e incoherente con el tratamiento que el propio Código Penal realiza cuando protege principios, derechos y valores constitucionales tan solidarios desde el punto de vista constitucional, como son la justicia e igualdad tributarias, en los llamados delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social. A juicio de este Vocal la defraudación a la hacienda pública no se agota con la mera defraudación impositiva de los artículos 305, 305 bis y 306 sino que existen otras defraudaciones, tipificadas en el título XIV del Código penal "De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social", como son los tipos penales del artículo 307, 307 bis, 307 ter y 308. Dichos artículos tipifican como delito contra la hacienda pública, también, la defraudación a la seguridad social eludiendo el pago de las cuotas, la obtención indebida de devoluciones o el disfrute indebido de



deducciones siempre que todo ello exceda de 50.000 €, así como la obtención de subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas en una cantidad o por un valor superior a 120.000 € falseando las condiciones requeridas para su concesión.

Por ello considero que en estos casos, tanto respecto a la defraudación fiscal impositiva, como en el caso de la defraudación de la seguridad social y de las subvenciones públicas, debería eliminarse el secretismo y el velo protector que el ordenamiento jurídico, en nombre de un concepto absoluto del derecho a la intimidad y a la protección de datos, extiende en favor de los defraudadores.

Considera este Vocal que el derecho a la intimidad o a la protección de datos no es absoluto y que afirmar que dichos derechos no son absolutos no es tanto como convertirlos en la nada sino defender un tratamiento adecuado en ponderación con otros valores superiores de la constitución y derechos fundamentales. Los derechos individuales no son absolutos, tienen límites, y esos límites vienen establecidos por otros derechos y disposiciones del texto constitucional y se derivan de la protección dispensada por la Constitución a otros bienes, derechos o intereses merecedores de igual protección, o al interés general.

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como recuerda el informe, en su sentencia de 9 de noviembre de 2010 afirma que "el derecho a la protección de los datos de carácter personal no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe ser considerado en relación con su función en la sociedad". Las posibles limitaciones a este derecho han de estar reconocidas en una ley y por lo tanto a través de ley existe un cauce adecuado de limitación del derecho absoluto, debe servir a un fin de interés general y respetar el principio de proporcionalidad, así como el contenido esencial de otros derechos y libertades fundamentales.

Lo que hay que ponderar son los derechos y mandatos constitucionales concurrentes.

Como establece el artículo 53.1 de la Constitución, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los Poderes Públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.



13 mayo 2015
V.P.E.

Pues bien, el artículo 31 de la Constitución, incardinado en el Capítulo II de la misma, recoge lo que podríamos denominar derechos-deberes, y así dentro de la Sección de los derechos y deberes de los ciudadanos se contempla la regulación del artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor "todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio".

Estamos ante la constitucionalización de la justicia y de la igualdad tributarias.

Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1990, de 26 de abril, "la lucha contra el fraude fiscal es un mandato que la Constitución impone a todos los Poderes Públicos...es una exigencia inherente a un sistema tributario justo".

Conseguir hacer realidad la exigencia constitucional del artículo 31 y proteger el principio de igualdad tributaria así como el de justicia tributaria y el de la solidaridad constitucional y la función de los tributos, es lo que justifica la tipificación del fraude fiscal.

El fraude fiscal es la expresión de una profunda insolidaridad social, es un atentado contra el orden socio-económico y contra los principios constitucionales. Por ello es imprescindible la protección a la hacienda pública, y frente a esa realidad es preciso ponderar el límite y alcance de los derechos individuales.

El bien jurídico protegido en los delitos contra la hacienda pública, según la dogmática moderna tiene dos enfoques complementarios:

En primer lugar, se protege el erario público, el patrimonio de la hacienda pública.

En segundo lugar, se protegen los valores constitucionales del artículo 31, o lo que es lo mismo el justo reparto de la carga tributaria; la función social y constitucional de los tributos; la lealtad con el estado social y democrático de derecho.

Los delitos contra la hacienda pública son por lo tanto un atentado contra el estado social y democrático de derecho y contra la solidaridad, por eso como consecuencia de las normas reguladoras de los derechos a la



información, a la transparencia y a la publicidad de las actuaciones judiciales, debe contemplarse en esos casos una limitación y levantamiento del velo de la intimidad y de la protección de datos, convirtiendo en públicas todas las sentencias firmes en materia de delitos contra la hacienda pública, máxime en una materia tan vinculada al mundo de lo oculto, de la economía sumergida, al mundo del blanqueo y a la necesidad que tiene la sociedad de protegerse frente a la defraudación que tanto erosiona la seguridad jurídica y el tráfico jurídico, afectando a la credibilidad y a la efectividad de nuestro sistema económico. El fraude fiscal, además, está íntimamente vinculado a la corrupción y al crimen organizado que son los primeros enemigos de nuestro orden jurídico y constitucional y los primeros obstáculos que intentan impedir la plenitud del principio de igualdad y de nuestros derechos y libertades. Por ello, la primera obligación del Estado promocional de nuestros días, es decir de los Poderes Públicos, tal como dispone el artículo 9 de la Constitución, es la de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Esa remoción de obstáculos y acción promocional encuentra en la lucha contra la corrupción, el crimen organizado y el fraude fiscal una de sus primeras obligaciones.

A juicio del Vocal que suscribe ni en el informe ni en el anteproyecto de la Ley General Tributaria, ni en el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial se pondera de manera suficiente el conflicto entre derecho a la intimidad, derecho de protección de datos, derechos excesivamente sobreprotegidos en los anteproyectos citados, frente a otros derechos como la justicia tributaria, la igualdad, el derecho a la información o la lealtad con el estado de derecho.

Finalmente, la reforma del anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial no aprovecha la oportunidad de abordar otras posibles alternativas de solución tanto desde el punto de vista de la sanción penal y de valoración del sistema punitivo más conveniente en el ámbito de los delitos contra la hacienda pública. Tampoco se valora la posibilidad de regular de manera más completa el alcance de la reserva de los datos, la publicidad de las sentencias dando un tratamiento más sistemático, coherente y completo dentro de la Ley Orgánica del Poder Judicial, máxime en una materia, que es objeto simultáneo en este momento de reforma parlamentaria, - igualmente en trámite- a través de otro proyecto de Reforma de la LOPJ. Por ello debería haberse aprovechado la oportunidad para contextualizar el informe y sus contenidos de manera más coherente, con el resto de reformas planteadas, y en trámite parlamentario. Así mismo debería modificarse de forma habilitante, la propia ley de Protección de Datos, de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

Fecha 13 Mayo 2015

voto

manera que expresamente se recogieran las sentencias entre las fuentes accesibles al público, dotando así, de mayor coherencia al ordenamiento jurídico.

En Madrid, a 13 de mayo de 2015.

Álvaro Cuesta Martínez
Vocal



MAYO 13 2015

MAYO

2015

J. M. Macías

VOTO PARTICULAR

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



13 mayo 15
Jefe

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

Dicho esto, examinaré esas incorporaciones.

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

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

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

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

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

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

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



J. M. Macías

3. La inclusión del apartado G de las alegaciones

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

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

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

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

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

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

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

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

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



[Firma manuscrita]

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

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

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

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

4. La inclusión del apartado H de las alegaciones

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

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

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

Madrid, 12 de mayo de 2015.

José María Macías Castaño



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

Madrid, 13 Mayo 2015
El Secretario General

Jefe

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL VOCAL, EXCMO. SR. D WENCESLAO F. OLEA GODOY AL QUE SE ADHIERE EL VOCAL, EXCMO. SR. D. VICENTE GUILARTE, AL INFORME APROBADO POR EL PLENO, SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE REGULA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS SENTENCIAS EN MATERIA DE FRAUDE FISCAL

Se formula el presente voto particular con la premura que impone el plazo establecido al efecto en el artículo 631 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo cual hace aconsejable centrar nuestra atención en aquellos razonamientos en los que se quiere mostrar nuestra discrepancia, máxime cuando se trata, como ya se anunció en el Pleno, de un voto que muestra su disconformidad en cuanto a la fundamentación y propuesta, pero aceptando el voto mayoritario. Por eso centramos nuestra argumentación basada en las siguientes fundamentos:

PRIMERO.- La primera puntualización que se considera debe hacerse a lo aprobado por el Pleno, es el marco competencial en que ha de emitirse este Informe, porque consideró que la función consultiva de este Consejo ha de moverse en los términos en que se impone por nuestra Ley Orgánica, de ahí la relevancia que comporta el hecho de que se delimite de manera exhaustiva la concreta materia a que se refiere la petición, dentro de las competencias que al efecto se atribuye en dicha Ley. Otra cosa comportaría un exceso en el cometido que nos viene impuesto y, por tanto, una extralimitación en cuanto a esa función de colaboración del titular de la Iniciativa legislativa.

Se afirma en el Informe -apartado II- que el título competencial en que se estima justificada la petición es porque el Anteproyecto remitido sería una de las materias a que se refiere la regla primera del artículo 561.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual, está obligado el Gobierno a solicitar el informe previo de este Consejo, entre otros supuestos, cuando los anteproyectos de leyes afecten, en el concreto párrafo mencionado, comporten "*modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial*", como sería palmario en el presente supuesto. Es cierto ese supuesto, por tanto,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

esa habilitación comportaría examinar el Anteproyecto en ese ámbito concreto, es decir, la incidencia que el mismo tenga en la propia Ley Orgánica que se pretende modificar.

Sin embargo, a juicio del que suscribe el presente voto particular, la exigencia de solicitar este informe estaría también impuesta porque la "materia" que se refiere el Anteproyecto debe estimarse comprendida en los apartados 6º y 8º del mencionado precepto, es decir, que el mismo afecta a "normas procesales" que, además, incide en "aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales". De otra parte, que la materia a que se refiere el Anteproyecto es de indudable naturaleza de Ley penal.

La cuestión de las concretas materias en que incide el Anteproyecto que se somete a informe del Consejo no es irrelevante, porque se ha de marcar el ámbito del mismo, habida cuenta de que no puede este Órgano constitucional restringir su competencia para emitir el informe, ni excederse en el mismo en consideraciones que no se corresponda con un informe de legalidad más que de oportunidad que es, a juicio del que suscribe este voto particular, el ámbito competencial en que se enmarca el voto discrepante de los vocales que emitieron el voto contrario a la mayoría.

Es importante dejar sentado que pese a que el Anteproyecto que se somete a Informe está referido a una Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, su contenido es genuinamente una norma penal; no es que afecte a norma de esa naturaleza -el Código Penal-, sino que en sí misma es una norma penal por imponerse un "consecuencia" a la condena por unos concretos delitos. Y en este sentido no está de más recordar que uno de los principios básicos de nuestro Ordenamiento jurídico es que las Instituciones han de responder a su propia naturaleza y no a la denominación que se dé. Por otro lado, en la medida que esa "consecuencia" se impone a la sentencia firme penal con condena por determinados tipos delictivos, es indudable que se trata de una norma procesal y afecta a aspectos jurídicos constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios de los derechos fundamentales, porque hay derechos fundamentales afectados en la regulación que se incluye en el Anteproyecto, como se acepta en el informe aprobado.

La conclusión de lo expuesto es que debemos examinar el Anteproyecto, no sólo desde la óptica de que se pretende una reforma de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

13 Mayo 2015
El Consejo General del Poder Judicial
[Firma]

Ley Orgánica del Poder Judicial, como parece hacer el informe aprobado por el Pleno, sino también en su triple dimensión que ha de concluirse de lo antes razonado, lo que comporta en sede de competencia de este Consejo, examinar la propuesta a la vista de esa triple faceta, que expone un mayor grado de examen del Anteproyecto, a juicio del que suscribe.

SEGUNDO.- La fundamentación y, a su vez, premisa de la que se parte en el Anteproyecto es clara a juicio del que suscribe y basta remitirse tanto a su Exposición de Motivos, como a la Memoria. En principio, los datos personales que constan en las sentencia son reservados y solo pueden tener la publicidad que autoriza el artículo 266, que fue introducido en la en tantas ocasiones poco clara reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial llevada a cabo por la LO. 19/2003, de 23 de diciembre. Conforme al mismo *"el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas"* queda condicionado con carácter general *"para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes"*. Esa es la premisa de la que se parte y viene avalada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias 144/1999 y 46/2002, sin querer ser exhaustivos dada la brevedad de este voto particular), y del Tribunal Supremo (sentencias de 3 de marzo de 1995, 6 de abril de 2011 y 26 de junio de 2008).

De otra parte, el silogismo a que obedece la motivación del Anteproyecto, se considera que la publicidad de quienes son condenados por delito fiscal constituye un medio para luchar contra el fraude fiscal, de ahí que en la línea emprendida por el Gobierno en la reforma de la legislación en materia tributaria al respecto, se pretender utilizar ese mecanismo para la lucha contra el mencionado fraude.

Frente a ese medio -publicidad de los datos personales de las sentencias penales condenatorias- y aquella finalidad, se construye un silogismo mediante el cual se parte de que, como aquella ausencia de publicidad se funda en el derecho a la intimidad, consagrado como derecho fundamental en el artículo 18 de la Constitución, y como quiera que ese derecho, como todos los de su naturaleza, no son absolutos, se concluye que la finalidad pretendida de luchar contra el fraude fiscal, que estaría amparado en el artículo 31 de la Constitución, legitimaría la excepcionalidad que comporta la publicada de los datos personales de las sentencias condenatorias en los supuestos que se contempla en el Anteproyecto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocafías

No nos corresponde a nosotros en este Órgano Constitucional examinar la idoneidad de ese razonamiento en la forma en que se critica en el voto particular que suscriben los Vocales que se opusieron a la propuesta de acuerdo, de que habría muchos otros derechos fundamentales que podrían justificar las limitaciones que la publicación de los datos personales de las sentencias condenatorias por delitos que pudieran ser socialmente más trascendentes y jurídicamente más intensa en la gravedad que comportan los ilícitos típicos. No nos corresponde a nosotros, insistimos, examinar la oportunidad de que en este momento y ante una determinada reacción social, que por su notoriedad no necesita mayor comentario, aconseja la adopción de medidas contra el fraude fiscal y la ponderación que impone la limitación que se hace del derecho a la intimidad.

A nuestro juicio, la medida que se impone en el Anteproyecto, con la finalidad confesada por el titular de la iniciativa legislativa y la limitación que comporta del derecho fundamental afectado, no ofrece reparos desde el punto de vista que debe emitirse este informe, de ahí que hayamos votado a favor de la aprobación de la propuesta que se presentó al Pleno.

TERCERO.- Nuestra discrepancia con la aprobación del Informe en la forma propuesta al Pleno lo es, más que por lo que se razona en él, por lo que, a nuestro juicio, se omite, que es haber propuesto al titular de la iniciativa legislativa acometer una regulación seria, detallada y planamente garante con todos los derechos en juego, respecto de la publicidad de las sentencias; cuestión que está vinculada a los títulos competenciales en que se ampara este informe, porque si se trata de reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de publicidad de determinadas sentencias, oportuno sería abrir ese debate y hacer una regulación integral de la publicidad de tales resoluciones. Si se trata de regular una de las consecuencias de las sentencias dictadas en determinados procesos penales seguidos por la comisión de determinados delitos, procedente sería determinar el alcance en sede procesal de la materia, y procedente sería abrir ese debate en sede de protección procesal de derechos fundamentales. Y, en fin, si se pretende determinar los efectos "desfavorables" subsiguientes a la condena por determinadas acciones constitutivas de determinados tipos penales, oportuno sería determinar el alcance general de esas consecuencias subsiguientes a tales conductas delictivas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

13 Mayo 2015
EL SECRETARIO GENERAL

No puede ignorarse que acometer esa regulación ofrece serios problemas de consenso social y de complejidad jurídica, que requeriría un tiempo de reflexión incompatible, posiblemente, con la premura con la que se quiere aprobar el Anteproyecto, pero es necesario hacerlo porque seguirá existiendo una regulación fragmentaria y distorsionadora de la materia que ofrecerá serios problemas de aplicación práctica y de justificación jurídica.

Quiere ponerse de manifiesto con lo expuesto que hacer una regulación tan especialísima de la publicidad de los datos personales de las sentencias condenatorias por determinados delitos, deja la regulación huérfana de toda una problemática que ni la escueta regulación que se hace en el Anteproyecto soluciona ni la posibilidad de recurrir a una regulación de institución alguna del Derecho Penal material o procesal permite integrar la norma. Y ello es importante porque se aventura una prolija problemática en la aplicación de lo que se propone en la reforma, dejando a los órganos jurisdiccionales que han de aplicarla en la más absoluta falta de regulación por los silencios existentes, con miras a una correcta aplicación, máxime cuando se ven afectados derechos fundamentales que aconsejan una aplicación sumamente cuidadosa de la norma.

Vaya por anticipado que en la regulación de la publicidad de las sentencias - en especial de las sentencias de condena penal, pero no sólo- existe no poca confusión en nuestro Derecho que no sería descabellado tildar de una cierta hipocresía jurídica. En efecto, de una parte y pese a la limitación de la publicidad de las sentencias en general que impone el artículo 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es lo cierto que este propio Consejo tiene establecido uno de los servicios más útiles para los profesionales jurídicos que es la base de datos del CENDOJ, de cuya calidad técnica debe dejarse constancia. Es decir, las sentencias se publican en la mencionada base de datos. Ahora bien, para garantizar aquella confidencialidad, se ha cuidado que en la opción abierta -no para los miembros con acceso restringido-, se omiten los datos personales. Es evidente que en muchas ocasiones el mismo relato de los hechos de determinadas sentencias, dejan a las claras identificación de las personas afectadas. Si se consulta la prensa diaria, fácil será obtener datos personales, porque la publicidad de las sentencias resulta una quimera si se constata la información cotidiana de los medios de comunicación o audiovisuales. Es decir, lo que se pretende proteger es la identidad de las personas afectadas por las sentencias y, en determinados supuestos -condenas penales, menores, víctimas de delitos de terrorismo, etc.- con un plus de protección que adquiere especial relevancia.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocafías

Y en esa línea de protección personal, como incidencia en el ámbito de la intimidad, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo la necesidad de preservar la identificación de las personas afectadas por las sentencias, no existiendo un derecho a conocer dicha identidad como regla general, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Anglosajón. Ahora bien, en cuanto que las normas procesales que regulan dicho Tribunal –que se exime de reseñar por la premura que nos impone la norma orgánica– obligan a publicar sus sentencias –por cierto, que no es exclusivo porque el Tribunal Supremo también tiene esa obligación, no solo en la Colección Legislativa, hoy integrada en la Base de Datos del CENDOJ, sino a veces también en el Boletín Oficial del Estado–, el Tribunal ha declarado que la regla general es que en sus sentencias se han de reseñar la identidad de las personas a que afecta la sentencia. En este sentido es paradigmática la doctrina sentada en la sentencia 114/2006, de 5 de abril, en que precisamente a instancia de la persona afectada en el recurso de amparo en que se dicta –referida a una sentencia penal–, se declara que no se omitían los datos personales que el interesado había suplicado quedaran excluidos, con el argumento de que *"la exigencia constitucional (es) de máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de sus resoluciones jurisdiccionales que incorporan doctrina constitucional."* Es decir, como se constata en la mencionada sentencia, vanos han de resultar la protección que pudiera hacerse de los datos personales de las sentencias dictadas por los Juzgados y Tribunales si, recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, en la sentencia que en dicho proceso constitucional se dicte aparecen reflejados todos los datos personales.

No puede tampoco desconocerse lo declarado por el Tribunal de Garantías, en relación con este tema, como regla general, cuando declara que *"quien participa por decisión propia en un procedimiento público ... no puede invocar su derecho fundamental a la intimidad personal"*, regla que es válida para los procesos penales, porque si bien no existe esa voluntariedad en la relación procesal, si existe, con especial exigencia, la publicidad del proceso.

Se ha de concluir de lo expuesto que la doctrina constitucional, sin perjuicio de matices que ahora no pueden exponerse, es que la exigencia de que los procesos sean públicos comporta que las personas que intervienen en los mismos tengan esa publicidad, y esa es la doctrina que refleja la jurisprudencia del Tribunal constitucional en relación con sus propios procesos, pero que el silogismo es válido para los procesos jurisdiccionales, a salvo de regulación concreta, que es lo que existe ahora, si bien de manera deficiente y fragmentaria.



13 Mayo 2015
ED. SE...
J. R. P.

Pero es que esa es la regla que se impone en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta tal punto de que como pone de manifiesto su Reglamento de Procedimiento, aprobado en fecha 4 de noviembre de 1998, la regla general es la constancia de los datos personales; hasta el extremo de que sus sentencias son precisamente conocida por los nombres de los demandantes de amparo en sede de derechos humanos, como es notorio. Solo así cabe entender que precisamente el artículo 47 del mencionado Reglamento -en la reforma introducida que entró en vigor en fecha 1 de enero de 2014- autoriza que sean los propios demandantes los que han de solicitar, en su caso, que no desean que *"su identidad sea divulgada"*, para lo que *"deberá precisarlo"* -en la demanda-; sin que sea suficiente esa petición para acceder a ese anonimato, porque el mismo Tribunal, hecha la petición, será el que apreciará si concurren *"las razones que justifiquen la derogación a la regla general de publicidad del procedimiento ante el Tribunal"*, anonimato que el precepto y párrafo autoriza acordar de oficio.

Sirva lo razonado para concluir la problemática que suscita la vinculación argumental entre derecho a la intimidad y publicidad de las sentencias, que deberá dirimir el legislador en la regulación de las normas procesales y sustantivas.

CUARTO.- La publicidad de la norma que se introduce en la Ley Orgánica del Poder Judicial por el Anteproyecto, bien se cuida el titular de la iniciativa legislativa de excluirla de la naturaleza de pena, en sentido formal, y no se incluye en el catálogo que de ellas se establece en el Código Penal; ello comporta la imposibilidad de aplicar a esa medida las normas reguladoras de la institución penal; de ahí ha de concluirse en la problemática conclusión de que la publicidad de las sentencias a que se refiere el Anteproyecto ha de realizarse atendiendo exclusivamente a lo que el precepto introducido dice, sin posibilidad de recurrir a aplicación integradora, tan siquiera analógica, porque no existe institución a la que recurrir y sus principios, en su caso, son de difícil aplicación por dicha vía interpretativa.

Se suma a lo expuesto, que en la forma en que se regula la publicidad, adolece de no pocas dificultades para su aplicación, fruto del automatismo de la medida, que impide que el órgano jurisdiccional que dicta la sentencia condenatoria pueda valorar discrecionalmente la procedencia de dicha consecuencia "desfavorable" de la sentencia, opción que debe tomarse en seria consideración porque los supuestos de degradación de penas por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

aplicación de las reglas que la regulan pudieran merecer, o incluso para los supuestos de conformidades o búsqueda de mediación, Institución de marcada actualidad a envites de la misma normativa europea, máxime cuando estamos hablando de delitos en los que el mismo legislador penal ha pretendido esa conformidad en la búsqueda de la siempre deseable finalidad de cobrar la deuda tributaria, que es una de las finalidades de los tipos criminales y la base de la imputación, conformidades que el propio Legislador penal ha considerado en los respectivos tipos. En este sentido no puede ignorarse lo establecido en el párrafo 6º del Art. 305 del Código Penal.

Pero el riesgo es mayor si se constata que en la regulación que se hace en el párrafo segundo del precepto que se pretende introducir en la Ley Orgánica del Poder Judicial, se deja la decisión y ejecución sobre esa publicidad a los Secretarios Judiciales. Y no es baladí esa atribución competencial porque en la forma en que aparece redactado el precepto parece que le impone a los Secretarios judiciales dos mandatos; un primer mandato, es emitir certificación, en la extensión a que se refiere el precepto propuesto, en todo caso; es decir, necesariamente ha de emitir el Secretario a quien se le solicite esa certificación, sea cual sea la finalidad de la petición y el titular que la solicite o incluso el tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia, porque como no es pena, en sentido formal, incluso la extinción de la misma por cumplimiento o cualquiera de las modalidades previstas para ello, le serían aplicables; y no es esta cuestión irrelevante, como constata el supuesto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2001. De otra parte, un segundo mandato, es ordenar, preceptivamente y también en todo caso, insertar en el BOE esa certificación. Inserción que remite el debate a la actual polémica sobre el derecho al olvido, respecto del cual no es el momento, ni aprovecha a lo que se quiere exponer, para examinar.

Lo que se quiere poner de manifiesto es que, desconociendo la naturaleza específica de esa publicidad, unida a la escueta regulación que se hace en la propuesta remitida a este Consejo, ofrece serios problemas en orden a la aplicación de dicha norma que sería conveniente corregir antes de remitir para su debate parlamentario.

QUINTO.- De la anteriores consideraciones es parecer del que suscribe el presente voto particular, que debe abordarse en nuestro Derecho una regulación seria y rigurosa de la publicada de los datos personales de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocafías

Madrid, 13 de mayo de 2015.
EL SECREARIO GENERAL

sentencias, que corrija la paradójica situación actual. Basta con recurrir a la prensa diaria para conocer la existencia de infinidad de datos de procesos judiciales que adquieren notoriedad francamente extensa, que adquiere visos problemáticos si se vincula a determinados programas que han ido proliferando en el ámbito audiovisual. Pero si esa faceta social y amparada por el derecho a la información pasamos al ámbito estrictamente jurídico, no deja de sorprender que el Tribunal Constitucional haya declarado que la divulgación de esos datos, en especial en el ámbito penal, puede afectar al derecho fundamental a la intimidad y, contradictoriamente, haya declarado taxativamente que sus sentencias se publican en el BOE íntegramente. Mayor paradoja cabe apreciar en los Tribunales Internacionales con competencia en la materia, baste señalar las sentencias del Tribunal de Derechos Humanos que terminan siendo conocida por los nombres de los afectados; o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyo ejemplo más sintomático de lo que se viene exponiendo es la sentencia de su Gran Sala de 13 de mayo de 2014, que ha terminado llamándose "Caso Costeja", precisamente el ciudadano español que había solicitado del Tribunal el derecho a que su nombre no apareciera en una base de datos en internet, y ha terminado, por la designación de la sentencia -en la que aparece identificado-, con más entradas en la búsqueda que con anterioridad a la estimación de su demanda.

Es cierto que al legislador orgánico nada impide pueda configurar que como una de las consecuencias de la sentencia de condena por los delitos de defraudación contra la Hacienda Pública pueda imponer una "consecuencia desfavorable" que, como se dice en la Informe aprobado por el Pleno, no tiene necesariamente una naturaleza sancionadora, como es la publicación de la sentencia de condena. Pero es lo cierto que si se acepta que es una consecuencia desfavorable, como impone la jurisprudencia a que antes se hizo referencia, como se acepta en el mismo Anteproyecto, aconsejaba que se realizara precisamente mediante la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero que nada impedía haber recogido esa publicidad expresamente en añadidos a los concretos preceptos que regulan los tipos penales, aun cuando no tuvieran naturaleza de pena. Como se hace en el artículo 214 del mismo Código Penal que si bien obedece a motivos muy diferentes de los tipos a que se refiere el anteproyecto, no puede negarse que la finalidad de estos es tan legítima como la de aquel para ordenar la publicidad de las sentencias, con la ventaja que supondría dar más autonomía al Tribunal sentenciador para decretar esa publicidad atendiendo a las circunstancias de cada caso.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocafías

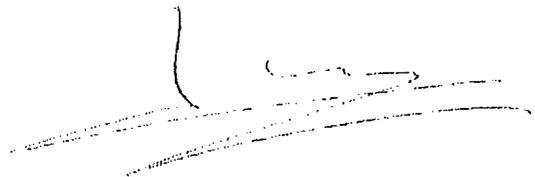
Pero la consecuencia natural de esas consideraciones no debiera haber llevado al titular de la iniciativa legislativa a la mera regulación particular de la posibilidad de publicar las sentencias condenatorias en esos concretos delitos, sino que debe hacerse una regulación general tanto de la posibilidad de publicar las sentencias, con el rigor que requiere esa concreta actividad en el ámbito procesal, con intervención decisiva del Tribunal sentenciador, bien dicha publicidad como una autentica pena e incorporándola en el catálogo de penas del Código Penal, porque en el propio Código se consideran con esa naturaleza, medidas que tienen una incidencia en el patrimonio o esfera personal de los condenados y que son menos intensa afectiva y patrimonialmente que la publicidad de una sanción, bien regulándola sin esa naturaleza en los concretos tipos penales y por expresa decisión, en todo caso, del Tribunal sentenciador. De esa forma se conseguiría, desde una óptica siempre deseable de una coherente técnica legislativa, hacer una regulación sistemática de esa finalidad de la publicidad y, a su vez, se evitarían los problemas que pueden suscitarse en su regulación y aplicación práctica de la norma por los Juzgados y Tribunales, en cuyo ámbito ha de enmarcarse esta propuesta y en el bien entendido que, desde el punto de vista de legalidad constitucional, la norma pretendida no ofrece objeción alguna.

Madrid, a trece de mayo de dos mil quince.



EL VOCAL

D. Wenceslao F. Olea Godoy



D. Vicente Guilarte Gutiérrez



**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA
POR LA QUE SE REGULA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN
LAS SENTENCIAS EN MATERIA DE FRAUDE FISCAL.**

**1. INTRODUCCIÓN. 2. PROCEDENCIA DE LA EMISIÓN DE INFORME POR
PARTE DEL CONSEJO FISCAL. 3. ESTRUCTURA. 4. NECESIDAD DE LA
REFORMA. 5. CONSIDERACIONES GENERALES. 6. NATURALEZA JURÍDICA
DE LA PUBLICIDAD DE LA CONDENA PENAL. 7. COMENTARIOS AL
ARTÍCULO PRIMERO. 8. COMENTARIOS A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA
Y A LAS DISPOSICIONES FINALES.**

1. INTRODUCCIÓN

Por medio de comunicación de la Secretaría de Estado de Justicia de fecha 21 de abril de 2015 se remite el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se regula el acceso a la información contenida en las sentencias en materia de fraude fiscal.

**2. PROCEDENCIA DE LA EMISIÓN DEL INFORME POR PARTE DEL
CONSEJO FISCAL.**

El artículo 14.4, j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF) atribuye al Consejo Fiscal la competencia de *informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El texto remitido afecta a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal, de acuerdo con lo establecido en el art. 3.5 del EOMF, por la materia que regula, la publicidad de las sentencias dictadas en los procedimientos seguidos por determinados delitos –contra la Hacienda Pública y Seguridad Social; las insolvencias punibles cuando el acreedor defraudado sea la Hacienda Pública; y por los tipificados en el art. 2 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, siempre que exista un perjuicio para la Hacienda Pública estatal o de la Unión Europea-.

Está, por tanto, justificada la necesidad de emisión de informe por el Consejo Fiscal.

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal en cumplimiento de los precitados artículos.

3. ESTRUCTURA.

El Anteproyecto se compone de una Exposición de Motivos, seguida del texto articulado integrado por un artículo, una disposición transitoria única y dos disposiciones finales.

Además viene acompañado de la memoria de análisis de impacto normativo, que agrupa las memorias, estudios e informes sobre su necesidad, así como la memoria económica y el informe de impacto de género, previstos en la Ley 50/2997, de 27 de noviembre, *del Gobierno*.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

4. NECESIDAD DE LA REFORMA.

La reforma, según su exposición de motivos, se justifica por la necesidad de reforzar el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y de luchar contra el fraude fiscal a través del desarrollo del principio de transparencia que debe informar la actividad pública y especialmente a la actuación judicial, contribuyendo la reforma a la consecución de los intereses generales que deben prevalecer en este caso sobre los individuales a la intimidad y protección de datos, siempre con una adecuada proporcionalidad y garantías.

Se pretende cohonestar esta reforma con la de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria* que establece la posibilidad de publicar la identidad de quienes causan un mayor perjuicio económico a la Hacienda Pública.

Por otro lado y teniendo en cuenta que las condenas impuestas por estos delitos producen importantes efectos fuera del proceso penal, ya que diversas normas anudan a tales condenas consecuencias en materia de contratación pública, subvenciones y ayudas públicas, disciplina e intervención de entidades financieras..., con la publicidad de estas sentencias se pretende además garantizar la plena efectividad de tales consecuencias en lo que podríamos llamar un reforzamiento de la finalidad de prevención especial de la pena.

5. CONSIDERACIONES GENERALES

La remisión de este Anteproyecto se hace mientras está en tramitación en el Congreso de los Diputados otra reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en el que se modifican diversos aspectos de la misma, introduciéndose un nuevo artículo 235 bis en el que se regula el régimen de acceso al texto de las



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

sentencias. Esta reforma comenzó su tramitación parlamentaria el pasado 27 de febrero.

Por su parte, la Exposición de Motivos contiene referencias a textos legales contenidos en proyectos o anteproyectos de reforma, así, el indicado artículo 235 bis de la LOPJ y el artículo 95 bis de la Ley 58/2003, *General Tributaria*, en el que se regula la posibilidad de publicar la identidad de quienes causan un mayor perjuicio a la Hacienda Pública, aquellos que tengan deudas superiores al millón de euros. Este último precepto se halla incluido en un proyecto de reforma aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 17 de abril.

Por todo ello, si finalmente esos proyectos y anteproyectos no cristalizan en una Ley, será preciso modificar las referencias normativas que se hacen a los mismos así como la propia numeración del art. 235 ter que se introduce en la LOPJ por el presente Anteproyecto que sería 235 bis, si no sale adelante la proyectada reforma de la LOPJ con carácter previo a la contenida en este Anteproyecto.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el prelegislador ya había intentado una modificación legislativa con contenido similar en el Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria*, sometido a informe del Consejo de Estado que este evacuó en fecha 9 de abril de 2015. En ese Anteproyecto la modificación se introducía en el art. 160 bis LECrim, habiendo puesto de manifiesto el Consejo de Estado la necesidad de que la modificación pretendida se efectuase en una norma con rango de Ley Orgánica; respetase la jurisprudencia existente con respecto a la protección al derecho al honor y a la intimidad y la legislación relativa a la protección de datos; y tuviese en cuenta la naturaleza sancionadora de la medida pretendida.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Anteproyecto que ahora se somete a informe cumple en parte aquellas prescripciones del Consejo de Estado, habiéndose resuelto las objeciones planteadas tanto en lo relativo al rango normativo como en lo que se refiere al cumplimiento de las normas de protección de datos, dado que se abandona la dicción propuesta para el art. 160 bis LECrim en el citado Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria* en el que simplemente se declaraba que serían públicos *los fallos de las sentencias firmes condenatorias* por los delitos a los que se refería el mismo, mientras que el art. 235 ter LOPJ que ahora se propone declara que *es público el acceso a los datos personales contenidos en los fallos* de dichas sentencias, eludiendo así el problema que se generaba al no hallarse las sentencias entre las fuentes accesibles al público contenidas en el art. 3 j) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de *Protección de Datos de Carácter Personal*.

6. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PUBLICIDAD DE LA CONDENA PENAL.

Antes de entrar en el estudio del articulado del Anteproyecto que se somete a examen debemos pronunciarnos acerca de la naturaleza jurídica de aquello que pretende regularse: la publicación de las sentencias condenatorias penales.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto se manifiesta claramente en contra de atribuir naturaleza sancionadora a dicha publicación. Sin embargo, un análisis de la legislación y jurisprudencia existente en relación con esta materia nos conduce precisamente a la conclusión contraria.

En primer lugar, la determinación de la naturaleza jurídica de la publicidad de las condenas penales exige que nos preguntemos cuál es la finalidad pretendida con esta medida.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Si atendemos a la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto, la finalidad pretendida es doble: por un lado, la reforma se justifica en la necesidad de reforzar el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y de luchar contra el fraude fiscal; por otro, se busca garantizar los efectos de la condena penal por estos delitos que además de consecuencias en el orden penal, produce consecuencias de otra naturaleza como la imposibilidad de contratar con la Administración o de obtener subvenciones o ayudas públicas.

En ambos casos, es indudable que lo que se persigue con la medida propuesta coincide plenamente con los fines de la pena: retribución y prevención general, en el primer caso y prevención especial, en el segundo.

En segundo lugar, si analizamos el tratamiento que el legislador ha dado a la publicación de resoluciones de contenido sancionador, nos encontramos que la misma aparece contemplada siempre en el catálogo de sanciones. Existen múltiples ejemplos en ámbitos precisamente citados por la propia exposición de motivos: art. 102.2 Ley 24/1988, de 28 de julio, del *Mercado de Valores*; art. 40.2 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*; art. 26 Ley 3/2015, de 30 de marzo, *reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*.

Por último, la jurisprudencia -como no podía ser de otra manera al haberlo considerado así el legislador- otorga de modo generalizado a la publicación de las sanciones un tratamiento similar al de cualquier otra sanción (Vid. STS, Sala 3ª, 14 de mayo de 2008, rec. 3562/2007. El recurrente había solicitado la suspensión de las sanciones de multa y publicación de la resolución sancionadora impuestas. En el mismo sentido STS, Sala 3ª, 22 de abril de 2002, rec. 8901/1999).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

A todo esto hay que añadir que aunque la exposición de motivos afirme que la publicación de sanciones penales ya ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en ámbitos como el sector financiero y la prevención de riesgos laborales, lo cierto es que en el ámbito penal la misma es desconocida. La única excepción –por cierto, contenida en el art. 216 CP- viene constituida por la publicación de las sentencias condenatorias dictadas por delitos de calumnias e injurias que, como expresamente se establece en el Código Penal y así se reconoce en la Exposición de Motivos del Anteproyecto que se somete a informe, tiene una finalidad bien distinta a la de la publicación de las sentencias penales ahora pretendida. En el caso de los delitos de calumnias e injurias la publicación de la sentencia no persigue ni la prevención general ni la prevención especial del delito. Lo que pretende es la reparación del daño causado al perjudicado, por lo que su naturaleza no es sancionadora. Forma parte de la responsabilidad civil y, por ello, no puede equipararse al supuesto ahora analizado.

Siendo claro, por tanto, que la publicación de sentencias condenatorias tiene naturaleza punitiva –es una pena– deben serle de aplicación los principios generales que rigen la imposición de penas.

Y así, en primer lugar y como hemos visto que ocurre en el ámbito administrativo, la publicación de la sentencia condenatoria debería, en su caso, incluirse en el catálogo de penas contenido en el art. 33 CP.

Por otro lado, la misma ha de respetar las prescripciones del art. 25 CE. Aunque el Tribunal Constitucional ha establecido que la reeducación y reinserción social no son un derecho subjetivo sino un principio de política criminal que debe guiar la actuación de los tribunales y de la Administración (SSTC 115/2003, de 16 de junio y 160/2012, de 20 de septiembre, que compendia la doctrina existente en este punto), ninguna pena puede pasar por alto este principio constitucionalmente



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

consagrado. La publicación de las sentencias condenatorias no puede frustrar la reeducación y reinserción social del delincuente por lo que, de adoptarse como pena, deberían establecerse las medidas necesarias para que, una vez cancelados los antecedentes penales, los datos de la condena se eliminasen también del lugar en que hayan sido publicados.

Además de ello, el legislador debería, en buena técnica legislativa, realizar una revisión de los tipos penales cuya comisión justificaría la imposición de la publicación de la condena como pena, ya que, si se considera justificada esta sanción para los delitos contemplados en el Anteproyecto, con mayor motivo tendría que aplicarse a otros delitos cuya gravedad, atendida la pena imponible y el bien jurídico protegido, es muy superior.

En cualquier caso, parece que una reforma como ésta que afectaría a la Parte General del Código Penal, no puede acometerse sin efectuar una reflexión global sobre todos los tipos penales. Sólo así es posible mantener la coherencia del catálogo de penas.

Por último y en el caso concreto de las sentencias cuya publicación ahora se pretende, debería reflexionarse sobre si las finalidades pretendidas pueden conseguirse de otra forma. Así, por ejemplo, la finalidad de garantizar que la condena penal por un delito fiscal produzca todos sus efectos -incluso aquellos contemplados en otros ámbitos distintos al penal como la imposibilidad de percibir subvenciones o de contratar con la Administración- puede conseguirse mediante la notificación de tales sentencias a las Administraciones implicadas o exigiendo, como se hace en la práctica, a aquel que pretende que se le adjudique un concurso o una subvención que acredite en el expediente administrativo que carece de antecedentes penales por este delito.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Con la consideración, por tanto, de que la publicación las sentencias condenatorias penales tiene naturaleza sancionadora, abordaremos a continuación el análisis del Anteproyecto sometido a informe.

7. COMENTARIOS AL ARTÍCULO PRIMERO.

España, al igual que otros países europeos (con la excepción del Reino Unido), reconoce de forma mucho más amplia los derechos a la privacidad, la dignidad y el honor, que protegen al individuo de la posible divulgación de sus antecedentes penales, tanto por órganos gubernamentales como por particulares.

No obstante, esto no debe hacernos perder de vista que el art.120 CE establece que el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal y que las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

En conexión con el principio de publicidad debemos destacar dos derechos que lo complementan: el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 a) CE y el derecho a la libertad de información del art. 20.1. d), en su doble vertiente de derecho a estar informado y derecho a informar. Además, no podemos olvidar el derecho de los ciudadanos al acceso a los archivos y registros administrativos al que se refiere el art. 105 b) CE.

Como ha subrayado el Tribunal Constitucional desde sus principios (vid. STC 13/1985, de 31 de enero, FJ 3º) debemos partir de que el art. 120 CE establece un principio general de publicidad que puede ser limitado bajo determinadas condiciones: que la limitación se establezca en una norma con rango de ley; la justificación de la limitación misma en la protección de otro bien



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

constitucionalmente relevante; y, en fin, la congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho valor así garantizado.

En la interpretación de esta disposición constitucional y en aplicación de las limitaciones al principio general de publicidad que establece el art. 266 LOPJ, la jurisprudencia ha distinguido de forma muy tajante entre el derecho del público a estar presente en el juicio y su derecho a obtener acceso a la sentencia, lo cual no significa la publicidad íntegra de aquellas. La publicidad debe entenderse así como la facultad que asiste a los ciudadanos de percibir y conocer las actuaciones llevadas a cabo por los Tribunales de Justicia.

El artículo 266.2º de la LOPJ dispone que *el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes*. Esto determina que los expedientes judiciales, incluidas las sentencias penales, no están disponibles para inspección pública.

Sobre esta cuestión se han pronunciado tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Supremo (vid. STS, Sala 3ª, de 29 abril 2011, rec. 545/2008) afirma *del examen tanto de la Ley Orgánica del Poder Judicial como de las leyes procesales, se desprende que el derecho y correlativo deber de conocimiento y acceso al texto de las resoluciones judiciales se gradúa en función de tres diversos ámbitos o esferas de afectación, regida cada una por diversos criterios, a saber: a) una de máxima amplitud o de afectación generalizada, que comprende al público a los*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

ciudadanos en general, sin cualificación específica y que corresponde a la publicidad de las actuaciones judiciales desarrolladas en toda clase de procesos, que permite a aquellos acudir a la práctica de diligencias que han de tener lugar "en audiencia pública", salvo la declaración de reserva que motivadamente acuerde el órgano jurisdiccional, principio de publicidad constitucionalizado, como se ha expuesto, en el art. 120.1 de la CE y que recoge el art. 232.1 de la citada Ley Orgánica; principio este de publicidad que ... no es el que cabe invocar para amparar el derecho de acceso al texto de las sentencias una vez estas dictadas y depositadas en las Secretarías de Juzgados y Tribunales, porque aquí ya se trata de un proceso cerrado o finalizado mediante la más solemne y decisiva de las resoluciones judiciales, y que respecto a los terceros se corresponde no con el principio de publicidad en la práctica y desarrollo de las actuaciones judiciales, sino con el derecho a la información de textos judiciales ya producidos y con lo que se cierra un proceso al menos en su fase declarativa, dejando aparte la ejecución, para los cuales el legislador ha reservado y diseñado otro ámbito de afectación distinto y al que llama a sujetos concretos y determinados, no a los ciudadanos o al público en general; b) en el extremo opuesto, de máxima restricción del ámbito de conocimiento de las decisiones judiciales, se hallan los actos de notificación y comunicación de estas, dirigidos solo a quienes revisten la condición de parte procesal en virtud de las leyes de procedimiento; y, finalmente, c) ocupando una posición intermedia, que sitúa la cuestión en ámbito más impreciso, se hallan las actuaciones procesales ya finalizadas, incluidas las sentencias, integradas en libros, archivos o registros judiciales, y respecto a las cuales el art. 235 de la LOPJ determina que "Los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la Ley.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Así mismo, el Tribunal Supremo, Sala 3ª, en sentencia de 3 de marzo de 1995, considera que el principio de publicidad, contenido en la Constitución Española y en la LOPJ, otorga a los ciudadanos un derecho a asistir a los procedimientos judiciales. Sin embargo, sólo las partes tienen derecho, de acuerdo al art.270 LOPJ, a que se les notifique la sentencia. El Tribunal Supremo señala que, si por un lado los procedimientos judiciales son públicos, por otro lado, la ley prevé que se notifique la sentencia sólo a las partes. Por otra parte, el art. 232.1 LOPJ señala que la sentencia firmada debe almacenarse en la oficina del juez y estar disponible para que cualquier persona interesada lo examine, considerando el Tribunal Supremo que *una persona interesada es aquella que puede demostrar que tiene una “conexión concreta y singular” con el objeto de la sentencia. Además de cumplir esta exigencia, la entidad o persona que solicita la sentencia debe cumplir dos requisitos adicionales: 1) la comunicación de la información deseada no debe afectar el derecho fundamental a la intimidad de las partes, y 2) tal información debe utilizarse sólo para fines judiciales.*

Esta doctrina es reiterada en la STS, Sala 3ª, de 6 de abril de 2001, rec. 9448/1996, al señalar que el derecho constitucional a un juicio público forma parte del derecho de las partes a un juicio justo, pero no da derecho a todos los ciudadanos a obtener las sentencias judiciales o los documentos contenidos en el expediente. Los documentos que forman parte de los procedimientos sólo están disponibles para aquellos individuos u organizaciones que tengan una “conexión concreta y singular” con el objeto del proceso. Afirmando el Tribunal Supremo, que tal conexión queda sujeta a dos condicionamientos:

a) que no afecte a derechos fundamentales de las partes procesales o de quienes de algún modo hayan intervenido en el proceso, para salvaguardar esencialmente el derecho a la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor y el derecho a la propia imagen que eventualmente pudiera afectar a aquellas personas; y b) que



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

si la información es utilizada, como actividad mediadora, para satisfacer derechos o intereses de terceras personas, y en consecuencia adquiere, como es el caso, un aspecto de globalidad o generalidad por relación no a un concreto proceso, tal interés se mantenga en el propio ámbito del ordenamiento jurídico y de sus aplicadores, con carácter generalizado, pues otra cosa sería tanto como hacer partícipe o colaborador al órgano judicial en tareas o actividades que, por muy lícitas que sean, extravasan su función jurisdiccional.

Para concluir que, en caso de que no se tuviera tal condición, *la difusión de las actuaciones seguidas en esa causa podría afectar, sin duda alguna, a los derechos fundamentales a la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor y la propia imagen de quienes intervinieron en el mismo en cualquier condición...*

El Tribunal Constitucional (SSTC 144/1999, de 22 de julio y 46/2002, de 25 de febrero) sostiene que: 1) la información extraída de un procedimiento judicial penal, incluyendo la sentencia, es pública; y 2) la publicación de una sentencia pública no viola el derecho constitucional a la intimidad del sujeto, debiendo compatibilizarse con el derecho al honor (art.18 CE), entendiéndolo como el derecho a una buena reputación, a no ser escarnecido, a no ser humillado, considerándose que la imposición de una pena o sanción no viola el derecho al honor, (...) pues el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en estos procedimientos, sino en la propia conducta y ni la Constitución ni la ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos (STC 50/1983, de 14 de junio).

No obstante, mientras la imposición de la pena por parte de un tribunal no lesiona el derecho al honor, la divulgación de la condena impuesta sí podría lesionar el derecho al honor. Así, el honor se ha considerado lesionado en ocasiones por la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

información veraz como puede ser la publicación íntegra de una condena con los nombres de la persona condenada.

El principio jurídico en España es que la información de una condena verdadera puede constituir una lesión al honor -el hecho de que sea cierto no implica que no sea lesivo para el honor-, si no está amparada por la libertad de información (STS de 16 de octubre de 2008, Sala 1ª, nº 948/2008) y para que prevalezca este último derecho se precisa que la información ha de ser veraz, de relevancia pública y necesaria.

A la luz de tal doctrina jurisprudencial, ha de ser analizada la reforma legal propuesta y conforme a ella cabe discernir si la publicación de los datos de carácter personal contenidos en las sentencias condenatorias dictadas por delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social (artículos 305, 305 bis y 306 del CP), de alzamiento e insolvencia punible (artículos 257 y 258 CP) y de contrabando (art. 2 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre) pueden cubrir el carácter de relevancia pública y de necesidad, en tanto que es obvio que el requisito de veracidad quedaría cubierto al publicarse datos declarados probados en una sentencia.

El análisis de la concurrencia de tales requisitos ha de hacerse en consideración a los bienes jurídicos en conflicto, de un lado, como se ha indicado el honor e intimidad y, de otro lado, la Hacienda Pública, mediante el aumento de la recaudación tributaria y la disuasión de la comisión de delitos contra aquella.

El concepto jurisprudencial de relevancia pública tiene un carácter bastante amplio en lo que se refiere a la difusión de información (SSTS, Sala 1ª, 359/2002, de 22 de abril, 948 y 1013/2008, de 16 y 28 de octubre, 868/2009, de 23 de diciembre, 155 y 264/2010, de 9 de marzo y 28 de abril), teniendo tal carácter no



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

porque afecte a un “personaje público”, sino simplemente por referirse a *un asunto indiscutiblemente de interés como los es un procedimiento penal*(STS, Sala 1ª, 264/2010, de 28 de abril). Ahora bien, por muy amplios que sean tales criterios, no todo procedimiento penal tiene la misma relevancia y, por lo tanto, no puede decirse que exista el mismo interés social en conocer los hechos y personas a los que se pueda referir cualquier procedimiento. Este interés, origen y causa de tal relevancia pública, existe cuando concurren una, o ambas, de las siguientes circunstancias: por la gravedad y naturaleza del hecho o por la relevancia de alguna de las personas implicadas en los hechos objeto del procedimiento.

En consecuencia, en atención a tales consideraciones, se hace muy difícil admitir que exista una relevancia pública de todos los procedimientos seguidos por hechos que puedan ser constitutivos de un delito contra la Hacienda Pública o de insolvencia punible cuando el perjudicado sea la Hacienda Pública.

Respecto a la necesidad, ha de ser examinado no sólo en atención a los derechos en conflicto (honor e intimidad), sino también en atención a uno de los fines propios de toda condena impuesta: la rehabilitación.

El artículo 25.2 de la Constitución dispone: *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.*

El Tribunal Constitucional ha establecido que esta finalidad no es un derecho subjetivo sino un principio de política criminal que debe guiar la actuación de los tribunales y de la Administración (SSTC 115/2003, de 16 de junio y 160/2012, de 20 de septiembre).



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El objetivo de rehabilitación podría verse seriamente menoscabado si la información sobre las condenas penales fuera ampliamente disponible y pública, y esta es la razón por la que el Registro Central de Penados fue declarado como un Registro no público, especialmente a partir de 1983, en base fundamentalmente de un interés en proteger el honor y la intimidad de las personas.

Finalmente, cabe preguntar por qué puede existir este supuesto interés público o necesidad de publicar los datos personales de las personas condenadas por los delitos a los que se refiere el Anteproyecto y no a otros.

Como ya se ha indicado, en la Exposición de Motivos se indican una serie de normas en las que se prevé la publicación de las sanciones impuestas por la Administración. Pues bien, esta previsión existe en el RD 597/2007, que desarrolla la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales* 31/1995, de 8 de noviembre; en el art. 27 Ley 26/88, de 29 de julio, *sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*; en el art. 102.2 Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, en el art. 40.2 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* y en el art. 26 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, *reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*, pero sólo cuando la infracción es muy grave, excepto en el caso de la Ley 3/2015 que también se prevé para las infracciones graves.

Aunque los principios en los que se basa el derecho administrativo sancionador no necesariamente deben aplicarse al ordenamiento jurídico penal, si comparamos los supuestos para los que se prevé tal publicación en el caso de infracciones administrativas con los que ahora se prevén para determinados delitos, podemos observar la evidente desproporción: en vía administrativa, con una excepción, sólo se publican las infracciones muy graves mientras que en el



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

caso de delitos, sólo se contempla la publicación para unos pocos tipos penales que, salvo el caso del artículo 305 bis, sólo tienen señalada una pena menos grave, es decir, una pena de hasta cinco años de prisión.

Pero lo que nos parece más trascendente es que se acuerde esta medida para unos pocos delitos y no para otros respecto de los cuales si pudieran concurrir los requisitos jurisprudenciales de interés públicos y necesidad, normalmente asociados a la mayor respuesta punitiva, como pueden ser, por ejemplo, los delitos contra la vida, integridad física, libertad sexual o contra la Administración Pública.

El Consejo Fiscal estima que podría considerarse la posibilidad de regular la forma de acceso de acceso público al contenido de las sentencias penales, pero valorando la gravedad de los hechos delictivos a los que se refieran aquellas.

Por ello consideramos que una reforma como ésta que podría afectar a la Parte General del Código Penal, se debería hacer una reflexión global sobre todos los tipos penales, delimitando las sentencias que deben ser objeto de publicación o conocimiento público, los datos de las mismas que deben ser conocidos y las forma de acceso a su conocimiento, en función de la gravedad de los delitos que hayan sido juzgados.

8. COMENTARIOS A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA Y A LAS DISPOSICIONES FINALES.

Finalmente y en relación con la Disposición Transitoria única y si como sostenemos en el punto 6 la publicación de sentencias condenatorias tiene un carácter sancionador, cabe señalar que la misma pudiera vulnerar el principio de irretroactividad de las normas no sancionadoras o restrictivas de derechos,



**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

previsto en el art. 9 CE, en tanto que se pretende la aplicación de la reforma a delitos ya cometidos y en trámite de instrucción o enjuiciamiento al tiempo de su publicación.

El principio de irretroactividad exige que la norma sólo pueda aplicarse a los delitos que se cometan tras su entrada en vigor.

Madrid a 21 de mayo de 2015
LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL