

SENTENCIA

Presidente

D. CÉSAR JOSÉ GARCÍA OTERO

Magistrados

D^a. CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ-VIREL

D. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ-ACEDO (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 7 de marzo de 2016.

Visto por esta Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda con sede en Las Palmas, integrada por los Sres. Magistrados, anotados al margen, el recurso Contencioso-Administrativo número 0000256/2015, interpuesto por Dña. MARÍA VICTORIA ROSELL AGUILAR, representado por el Procurador de los Tribunales Dña. MARÍA TERESA DIAZ MUÑOZ y dirigido por el Abogado D. LUIS VAL RODRIGUEZ, contra la FISCALIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS, habiendo comparecido, en su representación y defensa el [Abogado del Estado, en el que también fue parte el MINISTERIO FISCAL](#) versando sobre Derechos Fundamentales, Régimen Disciplinario. Siendo Ponente el [Ilmo. Sr.](#) Magistrado D. FRANCISCO JAVIER [VARONA](#) GÓMEZ-ACEDO, se ha dictado, la presente sentencia con base en los siguientes

11 ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Es objeto de recurso "Diligencias [Preprocesales](#) penal nº 83/2015", tramitadas por la [Fiscalía](#) Provincial de Las Palmas.

SEGUNDO.- Con fecha 11 de diciembre de 2011, la representación procesal de la demandante solicitó de esta Sala la adopción como medida anticipada y por la vía excepcional y urgente de los [arts 135 y 136 LJCA](#), la suspensión del procedimiento disciplinario de "diligencias [preprocesales](#) penal nº 83/2015", objeto de recurso.

Por auto de la misma fecha, dictado inaudita parte, se dispuso la suspensión cautelar de las diligencias y se concedió tres días de plazo para formular alegaciones al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal.

Por posterior auto de 17 de diciembre de 2015 se dejó sin efecto la medida cautelar al

haber perdido su finalidad, por haberse concluido aquellas diligencias.

Con fecha 22 de diciembre de 2015, se interpuso recurso contencioso-administrativo especial de protección de derechos fundamentales contra dicho procedimiento, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del procedimiento impugnado.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó la demanda, oponiéndose a ella e interesando una sentencia **desestimatoria** del recurso interpuesto. El Ministerio Fiscal formuló alegaciones negando la existencia de **vulneración** de derechos fundamentales invocados

CUARTO.- Se recibió el proceso a prueba, practicándose la admitida, por lo que concluido el procedimiento, se señaló día para votación y fallo del presente recurso el día 26 de febrero de 2015 que concluyó el siguiente día 4 de marzo de 2016.

Se han observado las prescripciones legales que regulan la tramitación del recurso, cuya cuantía se fijó como indeterminada.

Es ponente el **Ilmo. Sr.** Don Javier **Varona** Gómez-Acedo, que expresa el parecer de la Sala.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes necesarios para la resolución del presente recurso especial, -- extraídos del expediente administrativo y sobre los que no existe contradicción--, los siguientes:

2

- El 23 de noviembre de 2015, se recibe en la **Fiscalía** Provincial de Las Palmas, un sobre cerrado dirigido a nombre de la Fiscal **Dña. Evangelina** Ríos, que contiene fotocopia de un contrato de prestación de servicios, fechado en Las Palmas de Gran Canaria el 26 de octubre de 2015, celebrado entre las entidades Clan de Medios, Comunicación y Marketing, **SLU**, representada por el **Sr.** Don Carlos Sosa **Báez**, y la Productora audiovisual Unión Deportiva Las Palmas, **SL**, representada por el **Sr.** Don Patricio **Viñayo** García. En virtud de este contrato, la entidad Clan de Medios cede temporalmente a cambio **de** un precio estipulado la realización, producción y emisión de contenidos en la emisora de radio de cuya licencia es adjudicataria, bajo la marca Canarias Ahora Radio.

- El mismo día 23 de noviembre de 2015, el Fiscal-Jefe Provincial de Las Palmas, considerando que del documento recibido se puede concluir que el Sr. Sosa Báez y la entidad vinculada a la UD Las Palmas mantienen una relación comercial valorada en su importe global de 250.000 euros y siendo "público y notorio" que el Sr. Sosa Báez es pareja sentimental de la Magistrada del Juzgado de Instrucción número 8 de las Palmas, Doña. Victoria Rosell Aguilar, que ha estado instruyendo la causa penal, por delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social contra el Presidente de la Unión Deportiva Las Palmas, entidad a la que estaba vinculada "Productora audiovisual Unión Deportiva Las Palmas SL.", abre "diligencias preprocesales de Fiscalía", "con la finalidad de valorar la posible comisión de una infracción disciplinaria prevista en el art 417.8º LOPJ al no haberse abstenido del conocimiento del asunto por concurrir en ella la causa prevista artículo 219.10º LOPJ."

Para la tramitación de las diligencias se asigna a la Fiscal Doña Evangelina Ríos Dorado, "a fin de que practique las actuaciones que estime oportunas para la comprobación de los hechos, debiendo adoptar la resolución que considere adecuada"

- El 25 de noviembre, la Fiscal a la que se le asignan las diligencias preprocesales acuerda citar a D. Patricio Viñayo García para recibirle declaración en calidad de testigo, así como recabar del Registro Mercantil de las Palmas información completa sobre las entidades Clan de Medios, Comunicación y Marketing, SLU y Productora audiovisual Unión Deportiva Las Palmas, SL. .La citación se realiza por la Unidad de Policía Judicial de la Guardia Civil adscrita al TSJ de Canarias.

Con fecha 26 de noviembre de 2015, se procede a la declaración de D. Patricio Viñayo García, tras ser informado de su condición procesal de testigo, ex art. 433 y concordantes de la Leocr.

- Habiendo tenido conocimiento la Fiscalía de la publicación, en el programa de radio denominado "El Espejo Canario", de la noticia de un contrato suscrito entre el Sr. Sosa y la Unión Deportiva Las Palmas, se procede al grabado del archivo informático en el cual se recoge íntegramente el programa emitido con fecha 15 de octubre de 2015, que se hacía eco de la citada información, tal y como se recoge en la diligencia de la Fiscalía3 de fecha 30 de noviembre de 2015.

- En esa misma fecha, la Fiscalía acuerda citar como testigos a D. Fernando Ortega, a D. Ruymán Almeida y a D. Francisco Javier Chavanel Seoane, quienes lo prestan en idéntica condición que el anterior, -- art. 433 Leocr. --, así como requerir a la entidad Cajamar para que informe sobre la persona que cobró el pagaré emitido por Club Unión Deportiva Las Palmas, SAD con número de serie 1.500.647 3 82003, así como la fecha y modo de hacerlo, y, por último, dirigir oficio al Consejo General del Poder Judicial para que informe sobre la fecha en que se solicitó por la Juez, Doña. Victoria Rosell Aguilar la excedencia, así como la fecha en que le fue concedida, la de la notificación a la interesada y la de la publicación de la misma.

- El 2 de diciembre, Dña. Victoria Rosell en compañía de otra persona, mantiene una reunión en el despacho del Fiscal Jefe Provincial interesándose por las diligencias de las que había tenido conocimiento por la prensa y se le informó del objeto, la naturaleza, el contenido general y la finalidad de las diligencias preprocesales informativas, si bien no se accedió a entregarle copia de las mismas. La señora Rosell puso de relieve la incompetencia de la Fiscalía, la falta de garantías y el perjuicio que se le seguía en la campaña electoral en su condición de candidata al Congreso.

- El 3 de diciembre de 2015, el Consejo General del Poder Judicial comunica a la Fiscalía Provincial de las Palmas que la excedencia voluntaria solicitada por Dña. Victoria Rosell Aguilar en escrito de fecha 15 de octubre de 2015, le fue concedida en sesión de fecha 22 de octubre de 2015, habiéndose comunicado telefónicamente a la interesada y mediante correo ordinario con salida del Consejo el 28 de octubre de 2015, y publicándose en el BOE de fecha 5 de noviembre de 2015.

- A partir del día 3 de diciembre se suceden en diarios de tirada nacional y local, informaciones y artículos de opinión sobre “la investigación de la Fiscalía a la Juez Candidata de Podemos”, informaciones y opiniones que se repiten luego de iniciada la campaña electoral de las elecciones generales de diciembre de 2015.

- El 4 de diciembre se emite por la Fiscalía un comunicado con el siguiente tenor literal: "Ante las peticiones de información formuladas por diversos medios de comunicación, derivadas de las publicaciones aparecidas en el día de hoy en varios periódicos sobre una supuesta investigación de esta Fiscalía en relación con la Sra. doña Victoria Rosell, se ve en la obligación de informar lo siguiente: Que en esta Fiscalía se han incoado en pasadas fechas unas diligencias preprocesales de carácter informativo que tienen por objeto valorar la posible comisión de una infracción disciplinaria que, en su caso, sería puesta en conocimiento de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial. Estas diligencias, que no tienen carácter penal, se encuentran actualmente en tramitación, sin que se haya llegado a conclusión alguna en el momento de emitir este comunicado “

- El 7 de diciembre de 2015 tiene entrada en la Fiscalía Provincial de Las4 Palmas escrito de la recurrente en la que en esencia termina pidiendo la nulidad de las actuaciones, traslado del expediente, la concurrencia de causa de abstención del Fiscal Jefe Provincial y de la Fiscal encargada de las diligencias.

- El día 9 de Diciembre 2015 se solicita del Juez de Instrucción del Juzgado nº. 8 de esta Capital, informe detallado sobre el estado en que se encuentra la tramitación de las Diligencias Previas 644/2014, las peticiones de las partes y las resoluciones que obren en autos. Dicho informe se cumplimenta el siguiente día 10 por el Magistrado-Juez Sustituto de dicho Juzgado, quien lo emite en el sentido de que tales diligencias han sufrido un “evidente retraso”.

- Se practicaron la totalidad de las diligencias acordadas por la Fiscal encargada de la tramitación de las diligencias, quien el día 11 de diciembre de 2015, emite un Decreto en el que se recoge **pormenorizadamente** el resultado de las diligencias practicadas, valorándolas según su criterio y concluyendo que los hechos pueden integrar la infracción disciplinaria muy grave prevista en el **art. 417.8º** de la **LOPJ**, al no haberse abstenido del conocimiento de las diligencias penales concurriendo la causa del **art 219 .10 LOPJ**, (“Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”), así como la infracción calificada como muy grave por el **art. 417.9** de dicha Ley (“La desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales”), por parte de **Dña. Victoria Rosell Aguilar**.

- Ese mismo día 11 de diciembre, el Fiscal-Jefe Provincial de Las Palmas, dicta Decreto por el que asume el anterior y acuerda la remisión de lo actuado al Promotor de la Acción Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, como efectivamente se realiza en la misma fecha.

-El mismo día, 11 de diciembre de 2011, la demandante solicitó de esta Sala la adopción como medida anticipada y por la vía excepcional y urgente de los **arts. 135 y 136 LJCA**, suspensión del procedimiento disciplinario de "diligencias **preprocesales** penal nº 83/2015", que se tramitaban ante la **Fiscalía** Provincial de Las Palmas. El mismo día la Sala emite auto acordando la suspensión.

Con tales antecedentes, se formula demanda por la que se termina solicitando la nulidad de pleno derecho de las diligencias **preprocesales** de la **Fiscalía** impugnadas, por violación de los derechos fundamentales siguientes:

1º Vulneración del derecho al proceso debido (artículo 24 CE), al no haberse respetado los principios de audiencia, contradicción, defensa e imparcialidad (infracción del deber de abstención) y falta de competencia de la **Fiscalía** Provincial para investigar reservadamente en materia disciplinaria a un Juez o Magistrado

2º Vulneración del derecho fundamental al sufragio pasivo en condiciones de igualdad y sin interferencias (artículo 23 CE) al haber facilitado la **Fiscalía** Provincial a los medios de comunicación información sobre la investigación llevada a cabo a la **actora**5, con violación de la neutralidad de las instituciones del Estado, evitando injerencias en perjuicio de una candidata electoral.

3º.- Vulneración al derecho al honor y a la propia imagen (artículo 18 CE), así como a la privacidad de las comunicaciones y datos.

SEGUNDO.- SOBRE ALCANCE DEL PROCESO ESPECIAL.- Como es sabido el **artículo 53.2** de la Constitución Española establece que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades públicas y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del capítulo segundo, ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y **sumariedad** y, en su caso, a

través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Para la efectividad del anterior precepto, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre reguló el proceso de amparo jurisdiccional en su sección segunda, dándole un carácter excepcional, sumario y urgente en atención, precisamente, a su finalidad estricta de “restablecer o preservar los derechos fundamentales o libertades públicas por razón de las cuales se formuló el recurso”, debiendo aclararse que, en principio era característica de este proceso que su objeto no es el estudio y análisis pleno de la legalidad ordinaria jurídico-administrativa de la actuación impugnada, sino que se centra, en la determinación de si el acto o resolución recurrida vulnera el contenido constitucional de los derechos y libertades establecidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución.

Bajo la vigencia de tal Ley, una clásica doctrina **jurisprudencial** precisó que el procedimiento especial, preferente y sumario previsto en sus **arts. 6 a 10**, tenía una cognición limitada a la defensa y protección de los derechos fundamentales, quedando fuera de ella el examen de las cuestiones de legalidad ordinaria. Sin embargo la Ley 29/1998, de 26 de noviembre, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa, supuso un cambio relevante puesto de manifiesto por su Exposición de Motivos: “Se trae al texto de la Ley Jurisdiccional la regulación del proceso especial en materia de derechos fundamentales, con el mismo carácter preferente y urgente que ya tiene y con importantes variaciones sobre la normativa vigente, cuyo carácter restrictivo ha conducido, en la práctica, a un importante deterioro de esta vía procesal. La más relevante novedad es el tratamiento del objeto del recurso -y, por tanto, de la sentencia- de acuerdo con el fundamento común de los procesos contencioso-administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico. La Ley pretende superar, por tanto, la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos”.

En consonancia con dicha finalidad, el **art. 114.2 LJCA** establece que en dicho procedimiento de amparo judicial de los derechos fundamentales “podrán hacerse valer las pretensiones a que se refieren los **arts. 31 y 32**, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado” y, de otro lado, el **art. 121.2 LJCA** dispone que “la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo.”

La **STS. 06** de noviembre de 2013,-- entre otras muchas--, da cuenta de dicha evolución normativa y precisa su alcance: “la ampliación de ámbito efectuada por la Ley Jurisdiccional permite matizar la doctrina anterior, pero no autoriza a prescindir totalmente de ella. Su finalidad no es otra que evitar que se restrinja en exceso el ámbito del objeto procesal, excluyendo aquellos casos en los que el control sobre la **vulneración** de los derechos fundamentales exige analizar previamente la legalidad ordinaria. Pero no puede entenderse como un reconocimiento de la posibilidad de extender aquél hasta aquellos supuestos en los que las alegaciones se funden exclusivamente en problemas de legalidad ordinaria aunque remotamente se invoque la **vulneración** de un derecho fundamental”.

Viene ello a colación de que, como seguidamente veremos, estamos en un supuesto en que para dilucidar la posible vulneración de alguno de los derechos fundamentales invocados, es necesario previamente abordar el examen de cuestiones de legalidad ordinaria, aunque en este caso tengan un marcado carácter constitucional.

TERCERO.- POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COMPRENDIDOS EN EL ART. 24 CE.

Como hemos reiterado en anteriores ocasiones, siguiendo la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, recordamos que el ámbito de la tutela judicial, como derecho fundamental, no se extiende en principio al procedimiento administrativo y, por ello, no le afectan las deficiencias o irregularidades cometidas en su curso por las Administraciones Públicas, que tienen otro cauce y otro tratamiento. Estructuralmente el derecho a la tutela judicial efectiva, núcleo del art. 24 CE., se sitúa en un momento posterior al acto administrativo, de ahí que todo lo relativo a la legalidad del acto impugnado, nada tenga que ver con el referido derecho fundamental. Por ello, con carácter general, ha señalado el Tribunal Constitucional que las exigencias del artículo 24 no son trasladables, sin más, a toda tramitación administrativa” (STC 68/1985, de 27 de mayo y Auto TC 45/1987, de 14 de enero), aunque no puede excluirse su aplicación a determinados procedimientos administrativos, como pueden ser los de naturaleza sancionadora” (STC 77/1983, de 3 de Octubre).

Resumidamente, el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva no se extiende a los procedimientos administrativos (STC 65/1994, de 28 de febrero, FJ 3) y las garantías del proceso no son trasladables sin más a todo proceso administrativo (ATC 887/1986, de 29 de octubre), aunque sí, con matices, a los procesos sancionadores "en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución" (SSTC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2; y 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3; entre otras muchas).

La lesión se produciría cuando se hubiera desconocido alguna de las garantías básicas que integran el derecho de defensa del imputado (entre muchas, STC 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 3), como son, por ejemplo, el derecho a ser informado de la acusación (entre muchas, SSTC 35/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 226/2007, de 22 de octubre, FJ 3; y 32/2008, de 25 de febrero, FJ 2), el derecho a la presunción de inocencia (por ejemplo, STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 5), el derecho a no declarar contra sí mismo (por ejemplo, SSTC 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; y 68/2006, de 13 de marzo, FJ 2), el derecho a alegar y al proceso debido (entre otras, SSTC 55/2006, de 27 de febrero, FJ 5; y 85/2006, de 27 de marzo, FJ 7) y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa (entre otras, STC 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 4). En definitiva al proceso justo y debido que comprende y engloba esos derechos.

Muy especialmente, y en relación directa con los extremos a que seguidamente nos vamos a referir, son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador las

garantías previstas en los arts. 25.1 y 24.2 CE, tanto con relación a la potestad sancionadora como respecto del procedimiento sancionador, lo que supone no sólo una garantía material consistente en la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes (STC 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 8), y una garantía formal o referida al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y sanciones (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2), sino también una garantía procedimental que conlleva que la imposición de la sanción se haga en un procedimiento contradictorio donde se preserve el derecho de defensa sin indefensión del imputado, sus posibilidades de alegar y probar en contrario, partiendo de la presunción de inocencia y de la inversión de la carga de la prueba, en definitiva a un proceso con todas las garantías (entre muchas, SSTC 18/1981, de 8 de junio, FJ 3; 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 12; y 226/2007, de 22 de octubre, FJ 3).

CUARTO.- Afirmado en consecuencia que son aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores, -- los procedimientos disciplinarios lo son--, las garantías de un proceso, debemos resolver si las diligencias objeto de este recurso, han respetado tales garantías procedimentales.

La primera cuestión que se suscita, -- tal y como se refiere en la demanda y contestación--, es si la Fiscalía tiene competencia para iniciar, instruir y resolver un procedimiento, -- llámese diligencias previas, informativas o preprocesales--, con la finalidad de dilucidar la posible existencia de una infracción disciplinaria de un juez o magistrado. Ello, por cuanto las diligencias cuya legalidad se cuestiona, constituyen indubitablemente un procedimiento entendido como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas para la consecución de un fin, en este caso la existencia de infracción disciplinaria. Existe un acto de incoación, el nombramiento de un instructor, acordar prácticas de diversas diligencias de muy acentuado alcance probatorio, -- testifical, documental, económico etc. --, una propuesta de resolución valorando los hechos y su posible tipificación, y una aceptación de tal propuesta.

Pues bien, la respuesta a la competencia de la Fiscalía para ello, es rotunda y claramente negativa, dado que se deduce directamente de principios y preceptos constitucionales, que enraízan directamente con la Independencia del Poder Judicial, garantía indisoluble del Estado de Derecho.

8

Tal mandato está expresamente recogido en el artº 122.2 CE, que crea el Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno de los jueces y le encomienda en particular funciones “en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario”. Tal encomienda de funciones, -- que se realiza de forma exclusiva y excluyente--, tiene como razón de ser salvaguardar la Independencia judicial y ha sido así reconocido por constante doctrina del Tribunal Constitucional, especialmente en la Sentencia 108/1986 de 29 de julio, cuyo fundamento jurídico séptimo dice:

“La concepción expuesta de la independencia del Poder Judicial es compartida, en sus líneas generales, por todos los países de nuestra área jurídico-política. Pero algunos de esos países han incorporado a sus Constituciones garantías específicas a fin de que

esa independencia no se vea perturbada por medios más indirectos o sutiles. Tal fue el caso de Italia en su Constitución de 1948, o de Portugal en la suya de 1976, y siguiendo en parte su ejemplo, el de España en su vigente Constitución. Esta última, en su [art. 122.2](#), prevé la existencia de un "Consejo General del Poder Judicial" como órgano de gobierno del mismo que será regulado por Ley orgánica, la cual "establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. Así, las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los Tribunales: de un lado, el posible [favorecimiento](#) de algunos Jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones.

La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado."

El Consejo General del Poder Judicial es un órgano constitucional creado y concebido para salvaguardar la independencia del Poder Judicial y consecuentemente la de los Jueces y Magistrados que individualmente son los titulares de dicho Poder y a los que, por tanto, debe preservarse de la influencia, -- favorable o contraria--, de otros poderes, especialmente del Poder ejecutivo y los órganos que de él dependen. Debe enfatizarse que la independencia del Poder judicial, -- como Poder del Estado---, no constituye un privilegio o facultad de los jueces, sino, por el contrario, es un pilar básico del Estado de Derecho, --[art 117 CE](#)--, y una garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que consagra el [art. 24 CE](#).

En este contexto, el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno llamado a velar por aquélla independencia, como también, a que los Jueces y Magistrados cumplan los deberes que les corresponden. Por eso, el [art. 122.2](#) le atribuye la competencia sobre su régimen disciplinario, lo que supone [apoderarle](#) de la potestad sancionadora de forma exclusiva.

En desarrollo de tan básico principio constitucional, la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha regulado esta exclusiva facultad disciplinaria y sancionadora del Consejo a lo largo de su articulado, y, luego de prescribir que los Jueces y Magistrados están sujetos a responsabilidad disciplinaria "en los casos y con las garantías establecidas en esta Ley" -- [art. 414](#)--, en el [art. 415.1](#) literalmente dice "La responsabilidad disciplinaria sólo podrá exigirse por la autoridad competente, mediante el procedimiento establecido en este Capítulo".

Después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4 /2013, el [art. 605](#) atribuye la iniciación e instrucción de expedientes disciplinarios y la presentación de los cargos ante la Comisión Disciplinaria, al Promotor de la Acción Disciplinaria, separando así la fase de instrucción y resolución que antes correspondían a la Comisión disciplinaria.

Frente a tal taxativo mandato constitucional, no pueden estimarse los argumentos que sostiene el Abogado del Estado y que trata de sustentar la competencia de

la **Fiscalía** en el **art. 5.3**, último apartado, de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que previene que: “también podrá el Fiscal incoar diligencias **preprocesales** encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el Ordenamiento Jurídico le atribuye”, dado el carácter genérico de tal previsión y que justamente lo que negamos, de acuerdo con el mandato constitucional, es que entre las funciones que tiene atribuida la **Fiscalía** se encuentre la de incoar procedimientos disciplinarios a Jueces y Tribunales.

Tal argumento no es atendible en el plano lógico por incurrir en contradicción al hacer, de la cuestión, presupuesto. Lo que se interroga es si el Ordenamiento jurídico atribuye entre las funciones de la **Fiscalía**, la investigación de la posible infracción del régimen disciplinario de los jueces y magistrados. La respuesta es doblemente negativa: ni existe norma legal alguna que así lo afirme, ni podría existir sin contravenir el mandato constitucional.

Tampoco puede acogerse que se trate de justificar tal competencia en la función encomendada al Ministerio Fiscal en el **art.124.1 CE**, de velar por la independencia de los tribunales, o la de “Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales”, -- ex **art. 3.2** del Estatuto orgánico--, por cuanto como acabamos de ver, la defensa de tal independencia es la base de que se excluya su posible intervención en los procedimientos disciplinarios y que corresponda en exclusiva al Consejo General del Poder Judicial.

Se invoca por la Abogacía del Estado la Circular de la **Fiscalía** General del Estado 4/2013 de 30 de noviembre, pero ni por su naturaleza hermenéutica, ni por su contenido, puede legitimar la finalidad de las diligencias impugnadas.

Pero es que incluso de su contenido, -- como interpretación genérica de las diligencias **preprocesales** introducidas por la Ley 14/2003, -- no puede obtenerse la legitimación pretendida, precisamente porque su conclusión número 30, indica que cuando de las diligencias de investigación se concluya que los hechos no tengan trascendencia penal, pero puedan tenerlo desde la óptica del Derecho Administrativo Sancionador, se comunicará su resultado a la autoridad administrativa. Este no es el supuesto de las diligencias objeto de recurso, que no fueron incoadas para10 investigar un posible ilícito penal, sino directamente una infracción disciplinaria.

Pudiera afirmarse que las diligencias **preprocesales** que son objeto de recurso, no son propiamente un procedimiento disciplinario y aunque ello indudablemente es así, no puede obviarse que, como sucede en las informaciones previas, informativas o reservadas, **tienen** una unidad formal y constituyen en su conjunto un procedimiento accesorio, de carácter preliminar o preparatorio, respecto del procedimiento disciplinario, ya que su finalidad es depurar de manera previa, mediante las averiguaciones indispensables, si concurren indicios suficientes para la iniciación de éste, según pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo 1998, **rec. 6874/1993**, y que, aunque no inicia "**per se**" el procedimiento, puede servir de fundamento para iniciarlo, pudiendo entonces unirse al expediente disciplinario las diligencias y pruebas que se hayan incorporado.

Referido concretamente al procedimiento regulado en la Ley Orgánica 6/1985, su art. 423, contiene también la previsión de que, previamente a la incoación del procedimiento, se practique lo que se denominan "diligencias informativas", que inequívocamente se atribuyen a los órganos del Consejo.

Por último y lo más determinante, es que si la razón de ser de la reserva competencial que ordena la Constitución y la Norma orgánica, tiene como finalidad preservar a los jueces y magistrados de la influencia de otros poderes e instituciones, dicha influencia y perturbación puede provenir tanto del procedimiento disciplinario en sí, como de las diligencias informativas o previas, que tienen el mismo potencial perturbador que el procedimiento sancionador.

En razón a lo hasta aquí expuesto, debemos afirmar que la diligencias preprocesales objeto de recurso, al carecer la Fiscalía de competencia para su incoación, instrucción y conclusión, constituyen una violación del derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE., en su vertiente de derecho al proceso debido, con todas las garantías y por ello incurren en nulidad, -- ex art. 62 1 a) y d) de la Ley 30/1992 --, sin que sea preciso examinar las restantes cuestiones planteadas en relación con la vulneración de dicho derecho fundamental.

QUINTO.- POSIBLE VULNERACION DEL ART. 23.2 CE.

Nos referimos ahora a la invocada vulneración del derecho fundamental al sufragio pasivo en condiciones de igualdad y sin interferencias (artículo 23 CE) al haber facilitado la Fiscalía Provincial a los medios de comunicación información sobre la investigación llevada a cabo a la demandante, con violación de la neutralidad de las instituciones del Estado, evitando injerencias en perjuicio de una candidata electoral.

Una resolución razonada de tal cuestión, exige determinar en primer lugar, si el derecho citado existe y deriva del art. 23.2 CE, y en segundo lugar si, -- supuesto que exista--, hay en las diligencias examinadas una posible violación al mismo.

11

Para resolver la primera de las cuestiones apuntadas resulta conveniente partir de la configuración del derecho de acceder a los cargos públicos representativos "con los requisitos que señalen las leyes" como un "derecho de configuración legal", de acuerdo con esa última expresión del art. 23.2 CE. Ello significa que corresponde al legislador "regular el ejercicio de tal derecho, esto es, configurar el sistema mediante el que se produce en la práctica el acceso y la permanencia en tales cargos públicos.

Resulta, en efecto, del art. 23.2 CE que el derecho a ser elegido se adquiere con los requisitos que señalen las leyes, de manera que "el legislador puede establecer libremente las condiciones que estime más adecuadas, si bien su libertad tiene limitaciones que son, de una parte, las generales que imponen el principio de igualdad y

los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, y, de otra, cuando se trata de cargos públicos de carácter representativo, la necesidad de salvaguardar su naturaleza" (SSTC 135/2004, de 5 de agosto, FJ 4, y 114/2014, de 7 de julio, FJ 4).

En relación con esta necesidad de salvaguardar el carácter representativo del cargo, también ha dicho el Tribunal Constitucional que el derecho de sufragio pasivo que consagra el art. 23.2 CE, en relación con el apartado 1 del mismo precepto, "tiene como contenido esencial asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de candidatos" (STC 105/2012, de 11 de mayo, FJ 6, con cita de otras). Es decir, como fácilmente se comprende, en un Estado democrático como el nuestro forma parte del contenido esencial del derecho de sufragio pasivo (cfr. art. 53.1 CE) el derecho a acceder al cargo electo siempre que se cuente con los votos necesarios para ello, de acuerdo con el sistema electoral diseñado por el legislador.

En desarrollo del precepto constitucional, se dictó la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que de manera parca contiene en sus arts. 50 a 53 las disposiciones generales sobre la campaña electoral en las elecciones al Congreso de los Diputados.

La STS Sala 3ª, sec. 8ª, de 11-11-2009, rec. 492/2008, contiene una doctrina sobre las informaciones y publicidad durante la campaña electoral y el principio de la necesidad de neutralidad de los poderes públicos durante el periodo comprendido entre la convocatoria de las elecciones y el día mismo de la votación.

Dice así: "Al igual que se hizo en la sentencia de 28 de mayo de 2008 de esta misma Sala y Sección (Recurso 7/2005), el análisis de esos motivos de impugnación debe ser realizado subrayando, en primer lugar, la importancia que tiene el principio de igualdad en materia electoral, ya que aparece expresamente proclamado en el artículo 23 de la Constitución que, como es bien sabido, reconoce, con el rango de derecho fundamental, el derecho de sufragio pasivo.

12

También tiene que recordarse que el sufragio igualitario para la elección de la dos Cámaras de las Cortes Generales es, según disponen los artículos 68.1 y 69.2 de la Constitución (CE) y 8.1 de la LOREG, un elemento de suma trascendencia de nuestro sistema político, y por ello, paralelamente, la neutralidad de todos los poderes públicos constituye uno de los instrumentos legalmente establecidos para hacer efectiva esa igualdad que ha de ser observada en el sufragio.

Y procede añadir, así mismo, que dicha neutralidad en los procesos electorales es una de las específicas proyecciones que tiene el genérico mandato de objetividad que el artículo 103.1 CE proclama para la actuación de toda Administración pública.

Todo lo cual, en orden a la interpretación que ha de darse al artículo 50.1 de la LOREG, sugiere, como ya se dijo en esa anterior sentencia que acaba de citarse, este criterio: lo único que dicho precepto ciñe a los "poderes públicos que (..) hayan convocado un

proceso electoral" es la posibilidad de la campaña institucional informativa que regula, porque la prohibición también dispuesta "de no influir en la orientación del voto de los electores", al ser inherente al mandato de objetividad del art. 103.1 CE , ha de considerarse referido a cualquier Administración pública".

No podemos compartir las alegaciones que se hacen en la demanda que señalan como infracción de dicha neutralidad informativa, las "filtraciones" que se produjeron de la existencia de las diligencias preprocesales a diversos medios informativos, por la evidente razón de que no se conoce su autor.

Sin embargo no puede decirse lo mismo de la nota informativa que el 4 de diciembre se emite por la Fiscalía, dando cuenta pública de tales diligencias y de su finalidad de determinar la posible existencia de una infracción disciplinaria cometida por la Sra. Rosell en su actividad jurisdiccional. Tal información sí trasgrede directamente la neutralidad informativa que deben mantener las instituciones públicas durante el proceso electoral, evitando aquellas que puedan influir en la orientación del voto.

Como dice el Abogado del Estado, no existe precepto legal alguno que ampare que los jueces y tribunales supediten su actividad jurisdiccional en la campaña electoral. Pero una cosa es que la existencia de un proceso electoral no constituya causa legal para aplazar, suspender o condicionar la actuación de los Tribunales y de la propia Fiscalía, y otra distinta es informar positiva y públicamente sobre la incoación de actuaciones que pueden directamente influenciar la condición e imagen pública de un candidato electoral en el proceso.

A ello no puede oponerse, como pretende el Abogado del Estado, el contenido del art. 4.5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y que faculta para "Informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados", dado que justamente tal posibilidad se sujeta al deber de reserva y derechos de los afectados, que es justamente de lo que se trata.

13

Resulta especialmente paradójico hacer uso de tal facultad, cuando la propia Fiscalía había calificado de reservadas las diligencias que se practicaban, hasta el punto de negar a la interesada su acceso a la mismas y sin embargo darlas a conocer públicamente en un momento tan especialmente sensible como pone de relieve el tratamiento informativo de que fueron objeto.

Con independencia de la finalidad de tal información, objetivamente es susceptible de influir en la orientación del voto de los electores y por ello vulnera el derecho consagrado en el artº 23.2 CE en cuanto derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad, concurriendo en consecuencia la causa de nulidad del art 62 1

a) de la Ley 30/1992.

QUINTO.- VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONTENIDOS EN EL ART. 18 CE.

Como ya dijimos se invoca asimismo la vulneración al derecho al honor y a la propia imagen (artículo 18 CE), así como a la privacidad de las comunicaciones y datos.

De la confusa redacción de la demanda sobre el particular, parece deducirse que tal vulneración consistiría en la “filtraciones” que se produjeron de la existencia de las diligencias preprocesales a diversos medios informativos. Ya hemos dicho, -- y por otra parte es evidente--, que no puede saberse el origen de tales filtraciones y por ello no puede apreciarse la divulgación de su contenido a la Fiscalía. Tampoco se precisa el sentido en el que las diligencias practicadas puedan suponer una violación de tales derechos.

No apreciamos la existencia de tal vulneración.

SEXTO.- Procede en consecuencia estimar parcialmente el recurso, anulando las diligencias objeto de impugnación.

En cuanto a las costas, tras la modificación operada por la Ley 37/2011 el Artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.

Por tal razón no procede imponer las costas.

14

Por ello, vistos los artículos citados y demás de general aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución decidimos

III FALLO

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso Contencioso-Administrativo

interpuesto por la representación procesal de D, **MARÍA VICTORIA ROSELL AGUILAR** frente a las diligencias **preprocesales** antes identificadas que consecuentemente anulamos por **vulneración** de los derechos fundamentales referidos, sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Al notificarse a las partes se les indicará que esta sentencia es susceptible de recurso de casación --que deberá prepararse en el plazo de diez días contados desde el siguiente al de la notificación-- ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Llévese el original al libro de sentencias.