

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Sexta
Sentencia núm. 1.694/2017

Fecha de sentencia: 08/11/2017

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 225/2017

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha de Votación y Fallo:

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez

Procedencia: CONSEJO GRAL.PODER JUDICIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 006

Transcrito por: MAS

Nota:

Resumen

Rehabilitacion Magistrado

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 225/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 006

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Sexta
Sentencia núm. 1694/2017

Excmos. Sres.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pedro José Yagüe Gil

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Nicolás Maurandi Guillén

En Madrid, a 8 de noviembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo núm. 225/2017 interpuesto el Procurador Sr. Deleito García en nombre y representación de D. Francisco de Asís Serrano Castro, contra la resolución de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de fecha 2 de marzo de 2017. Ha sido parte recurrida el Sr. Abogado del Estado en la representación que le es propia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo se interpone contra el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de fecha 2 de marzo de 2017, mediante la cual se acuerda no reingresar a la carrera judicial al Sr. Serrano Castro.

SEGUNDO.- Por la representación procesal de D. Francisco de Asis Serrano Castro, se formalizó el escrito de demanda en el que tras alegar cuanto estimo pertinente terminó suplicando a la Sala dicte sentencia declarando su nulidad de pleno derecho y se deje sin efecto por ser lesiva de los derechos de mi mandante DON FRANCISCO DE ASIS SERRANO CASTRO y se acuerde su reingreso a la carrera judicial, con reconocimiento de todos sus derechos económicos y administrativos (incluida antigüedad) desde la fecha en que debió entenderse extinguida la condena a pena de inhabilitación especial por 2 años, es decir con efectos desde el 27 de agosto de 2013.

TERCERO.- Conferido traslado de la demanda el Sr. Abogado del Estado presentó escrito de contestación en el que tras las alegaciones oportunas, suplica a la Sala dictar sentencia desestimando el recurso.

CUARTO.- Declaradas concluidas las actuaciones, mediante providencia se señaló para votación y fallo de este recurso el día **SEIS DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE**, en que han tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución del presente recurso exige partir de dos presupuestos fácticos:

1º.- La situación de pérdida de la condición de miembro de la Carrera Judicial del hoy recurrente, acordada por el Consejo General del Poder Judicial en sesión del Pleno de dicho organismo de 11 de octubre

de 2012, en cuyo punto 9.2 acuerda ratificar el acuerdo de la Comisión Permanente (1-47, de 25 de noviembre de 2012) adoptada por razones de urgencia y en funciones de Pleno, al amparo de lo establecido en el artículo 57 del Reglamento 1/96, de 22 de abril, de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial.

Tal acuerdo se adopta en ejecución de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 29 de junio de 2012, que posteriormente fue anulada por sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2016 que declara la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía número 15/2011, de 13 de octubre, dictada en el procedimiento abreviado número 1/2011, por la que se condenaba al hoy recurrente como autor de un delito de prevaricación culposa, previsto y penado en el artículo 447 del Código Penal, a la pena de dos años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, si bien se acuerda acudir al Gobierno de la Nación en solicitud de la concesión de indulto parcial para dejar reducida la duración de la pena impuesta a seis meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público, sin perjuicio de ejecutar esta sentencia una vez adquiriera firmeza.

2º.- Que el citado acuerdo del Consejo General del Poder Judicial no ha sido objeto de modificación.

SEGUNDO.- El recurrente discute en su demanda que la pena que en su día le fue impuesta conlleve necesariamente la pérdida de la condición de miembro de la Carrera Judicial.

Es cierto que el propio Consejo General del Poder Judicial en su acuerdo de 28 de julio de 1999, según se recoge en nuestra sentencia de 30 de octubre de 2006, Rº 266/2003, parece mantener y de hecho mantiene la tesis que ahora sostiene el recurrente, en cuanto, tal y como se recoge en la citada sentencia, el Consejo General del Poder Judicial dice:

«Las razones que condujeron a esa decisión, fueron, en esencia, las que exponemos a continuación. El fallo condenatorio impuso la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público que signifique desempeño de funciones judiciales (1); esa pena comporta la pérdida del cargo de Juez con los demás efectos que establece el artículo 42 del Código Penal, si bien ello no supone la perpetua extinción de la relación del sujeto con el cargo, pues en ambos supuestos el tiempo está claramente definido por la duración de la condena (2); la condena penal puede determinar, además, otros efectos como la definitiva extinción de la relación funcional, pero no lo ha hecho en este caso (3); los Jueces son inamovibles (artículo 381 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y sólo pierden su condición de tales por las causas previstas en su artículo 379 (4); la condena penal que comporta ese efecto es la que impone pena privativa de libertad superior a seis meses por delito doloso (5); el supuesto que aquí se daba no resulta incardinable en virtud del artículo 303 del mismo texto legal en el de incapacidad para acceder a la Carrera Judicial previsto en el apartado e) del artículo 379.1 (6); la permanencia en ella y la pérdida de la condición de Juez que se vinculan a la inamovilidad se rigen, conforme a la Constitución, por la Ley Orgánica del Poder Judicial que determina el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados (7); fuera de las normas expresas que de forma tasada establece, no hay otras causas de separación, por exigencia de esa inamovilidad (8).

Este acuerdo del Pleno se adoptó por mayoría y va acompañado de un Voto Particular suscrito por cinco Vocales, para quienes el artículo 42 del Código Penal comporta la privación definitiva del cargo o empleo público, lo que aquí conllevaba la pérdida de la condición de Juez sin que la falta de previsión expresa en el artículo 379.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la condena a inhabilitación especial fuera óbice a ese efecto.

No obstante lo anterior, esta Sala no puede en modo alguno obviar la constante jurisprudencia de la misma y también la de la Sala Segunda de este Alto Tribunal relativa a cual sea la interpretación correcta del artículo 42 del Código Penal y por consiguiente el alcance y contenido de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que, como decíamos, es la que fue impuesta al hoy recurrente por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en sentencia declarada firme por el Tribunal Constitucional.

Dicha jurisprudencia se resume en el auto de 18 de enero de 2001 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo en el que se establece que:

«TERCERO.- Significado de la privación de empleo o cargo.

1.- Una vez más hemos de acudir al artículo 42 del Código Penal, en el que se nos dice que la inhabilitación especial, no sólo produce la

privación definitiva del empleo o cargo, sino también la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena.

Las expresiones utilizadas por el legislador, hay que entenderlas en sus exactos y actuales términos. Empleo es la relación que el sujeto tiene con el empleador, que en el caso de cargos públicos, no es otro que la Administración del Estado considerada en términos generales. El concepto de cargo es más anfibológico y viene a ser considerado, desde la perspectiva del puesto o función pública que se desempeñaba, pero al mismo tiempo el cargo se desempeña en función de la relación de empleo de que se disfruta.

El concepto de empleo se aplica exclusivamente para los funcionarios públicos, mientras que el cargo es el adecuado para definir la situación de los que, sin el carácter o condición de permanencia y continuidad, ostentan una función pública por elección o por cualquier otra circunstancia transitoria.

En el caso de un Juez, es incuestionable que la pérdida definitiva del empleo o condición judicial, lleva aparejada la privación del cargo que se ostentaba en función de la relación de empleo con la Administración de Justicia.

Pretender que la inhabilitación especial afecta solamente al cargo y deja intacta la relación funcional o de empleo, es sostener que un Juez condenado por prevaricación sólo pierde el cargo o destino y puede automáticamente pasar a otro distinto o, en su caso, ser elevado a un rango jurisdiccional superior.

Ello es así y se deriva, sin más paliativos, de la fuerza ejecutiva de las sanciones penales previstas en el artículo 42 del Código Penal. El legislador, al regular las causas de pérdida de la condición de Jueces, se refiere, en el artículo 379 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a alguna de las diversas circunstancias, no exhaustivas, que la provocan.

2.- El artículo 379.d) contempla la pérdida de la condición de juez o magistrado por la condena a pena privativa de libertad por delito doloso. Ello no quiere decir que sólo los delitos dolosos que llevan aparejada

la pena de privación de libertad producen la pérdida de la condición de Juez o Magistrado. Si tal cosa se entendiere sería tanto como sostener que el delito de prevaricación judicial, que lleva aparejada la pena de inhabilitación especial y multa, tiene un trato privilegiado, lo que nos llevaría al absurdo de pensar que nos encontramos ante una conducta delictiva, insensatamente incentivada y privilegiada por el legislador.

La Ley Orgánica dedica un Título independiente, el III del Libro IV, a la responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados por los delitos cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo y analizando sus artículos (405 a 410) no se encuentra ninguna regulación especial para llevar a efecto la ejecución de las penas impuestas en exigencia de esa responsabilidad penal, ni existen disposiciones específicas para llevar a cabo la rehabilitación.

Estas carencias quieren decir, que el legislador admite y comprende que el proceso penal es el campo adecuado, en el que se debe cumplir y ejecutar una pena como la de inhabilitación especial, cuyo contenido legal y taxativo se contiene en el artículo 42 del Código Penal, y permanece incólume produciendo sus efectos de forma autónoma y por imperativo legal.»

Por otra parte esta Sala en constante jurisprudencia, por todas sentencias de 10 de abril de 2006 y 24 de junio de 2011, establece en la primera de ellas que:

«La doctrina jurisprudencial que la propia sentencia aquí recurrida se encarga de reseñar ha venido declarando que la pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de una pena de inhabilitación *no constituye ni una sanción disciplinaria ni la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal*; y esa misma doctrina especifica que *la pena de inhabilitación especial actúa, respecto de la subsistencia de la relación funcional, a modo de condición resolutoria que opera automáticamente tan pronto como se produce el hecho determinante previsto en la Ley, que es la imposición de la sanción penal*. En este sentido pueden verse la sentencia del Tribunal Supremo STS, Sala Tercera, Sección 7ª de 29 de junio de 2004 (Recurso 3203/99) y las que en ella se citan de 30 de enero de 1990, 9 de mayo de 1991, 13 de octubre de 1993, 15 de marzo de 1994, 13 de marzo de 1995 y 3 de marzo de 1997, entre otras.

Más recientemente -pueden verse las SsTS, Sala Tercera, Sección 7ª, de 5 de octubre de 2004 (Recurso 7991/98) y 13 de febrero de 2006 (Recurso 5819/00)- hemos venido a precisar que la pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de una pena de inhabilitación no es sino la concreción en la relación funcional de los efectos de la pena de

inhabilitación especial que define y establece el código penal; y lo mismo puede decirse del requisito de aptitud para el acceso a la función pública consistente en no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas. Lo anterior permite diferenciar en la pena de inhabilitación especial para cargo público estos dos aspectos: a) es una sanción impuesta en un proceso penal por un órgano jurisdiccional de esa misma naturaleza; y b) es, simultáneamente, un hecho con incidencia en la relación funcional en los términos que se han expresado, y que opera como presupuesto habilitante de los órganos administrativos con competencia en materia de personal para dictar la correspondiente resolución administrativa que declare la extinción funcional.

Pues bien, aun partiendo de esa doctrina más matizada que se recoge en estas sentencias que acabamos de citar de 5 de octubre de 2004 y 13 de febrero de 2006, es claro que el motivo de casación que aduce aquí el recurrente debe ser desestimado. En efecto, frente a las alegaciones del recurrente acerca de la necesidad de ponderar en cada caso si la pérdida de la condición de funcionario es ajustada a derecho y proporcionada a las circunstancias concurrentes, debemos tener presente que cuando se produce la condena a la pena de inhabilitación por la jurisdicción penal es la propia norma la que realiza el juicio de ponderación» .

Y en la de 24 de junio de 2011 que:

«Sobre esta materia, esta Sala ya ha señalado anteriormente (STSS de 5 de octubre de 2004, rec. cas. 7991/1998; y de 10 de abril de 2006, rec. cas. 7405/2000) que la inhabilitación especial para cargo público, en el Código Penal tiene sus efectos definidos en el artículo 42 (antiguo artículo 36), y que son los siguientes: 1º) La privación del cargo o empleo sobre el que recayere y de los honores anejos a él; y 2º) La incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena.

Esos efectos tienen una clara incidencia en la relación funcional en virtud de la cual se ejercía el cargo o empleo sobre el que recae la inhabilitación, pues suponen la extinción de dicha relación preexistente; y también determinan para el condenado la incapacidad de acceder al mismo cargo o empleo durante el tiempo que dure la condena.»

TERCERO.- Sentado lo anterior la cuestión jurídica a resolver es la de si cumplida, como acontece en este caso, la pena de inhabilitación especial es posible o no la rehabilitación del hoy recurrente.

El Consejo General del Poder Judicial, ante la petición de rehabilitación formulada por el hoy recurrente, acordó, en reunión de la Comisión Permanente de 2 de marzo de 2017:

«Trasladar a Fernando de Asís Serrano Castro que el cumplimiento de la pena de inhabilitación del cargo de Magistrado, impuesta mediante Sentencia de 13 de octubre de 2011 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y de Melilla, como responsable de un delito de prevaricación judicial, produjo la privación definitiva del cargo de magistrado y la incapacidad para obtener el mismo u otro análogo durante el tiempo de la condena, por lo que, conforme al informe que se acompaña, una vez cumplida la pena de inhabilitación especial del cargo de magistrado, si

desea ingresar en la Carrera Judicial lo debe efectuar mediante la superación de cualquiera de los modos de ingreso, en igualdad de condiciones que cualquier otro ciudadano.

Contra esta resolución se podrá interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en el plazo de dos meses a partir del día siguiente a la notificación de la misma. Potestativamente, podrá interponer recurso de reposición ante la Comisión Permanente, en el plazo de un mes contado a partir del día siguiente a la notificación de presente resolución. En este último caso, no se podrá interponer el recurso contencioso-administrativo, hasta que se haya resuelto el recurso de reposición o se haya producido la desestimación presunta del mismo.

El presente acuerdo se adopta con el voto en contra de la vocal María del Mar Cabrejas Guijarro, que comparte la decisión sobre la pérdida de la condición de magistrado, pero disiente de que la pena de inhabilitación especial no pueda ser incluida dentro de los supuestos previstos en el artículo 380 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

En el informe a que se refiere el acuerdo, carente de firma y de cualquier otra indicación que puede dar idea de su procedencia, se dice que:

«La LOPJ no contempla la rehabilitación de quien se vio privado de la condición de magistrado por condena a la pena de inhabilitación del cargo Judicial.

El artículo 380 LOPJ prevé la posibilidad de rehabilitación de quien hubiere perdido la condición de juez o de magistrado, mas no por cualquiera de las causas de pérdida de dicha condición previstas con carácter tasado en el artículo 379 LOPJ, sino únicamente por cuatro de ellas, que son: a) renuncia a la carrera judicial, b) pérdida de [a nacionalidad española, c) sanción disciplinaria de separación y, d) condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso. Fuera de estos cuatro supuestos no cabe la rehabilitación de la condición de juez o de magistrado.

También cabe poner de manifiesto que, a diferencia de otros Cuerpos funcionariales, la regulación estatutaria de jueces y magistrados no contempla que la pena de Inhabilitación especial del cargo público sea un supuesto de pérdida de cargo (sino, propiamente, la privación del mismo como consecuencia legal de la pena), ni, por consiguiente, prevé su rehabilitación.

A esto debe añadirse que la inhabilitación especial sí estaba prevista como causa de pérdida del cargo judicial en la redacción original de la LOP) y hasta su modificación mediante LO 16/1994 -"d) Por imposición de pena principal o accesoria de separación del cargo judicial, inhabilitación absoluta o especial para cargo público. Los Tribunales que dictaren estas sentencias remitirán testimonio de ellas al Consejo General del Poder Judicial, una vez que hubieren ganado firmeza.-, si bien tampoco era rehabilitable al amparo del artículo 380 LOP), al limitarse en aquella versión de la ley esta posibilidad únicamente a las letras a), b) y c) antes citadas.

Esta situación implica que al no ser posible la rehabilitación administrativa de los miembros de la Carrera Judicial para el presente supuesto -nunca lo ha sido, en ninguna de las versiones de la LOP)-, el inhabilitado penalmente que

ha cumplido la pena, si desea . volver a ser juez, está en la misma situación jurídica de cualquier ciudadano que quiera acceder a la Carrera Judicial. De esta misma manera se razona en el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 8 de mayo de 2002, relativo a la petición deducida por Francisco Javier Gómez de Liaño de reintegro a la Carrera Judicial tras el indulto de la pena de inhabilitación especial a la que fue condenado por Sentencia de la Sala 2^o del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999.

Que la regulación de otros Cuerpos prevea lo que la LOP) expresamente no contempla, no habilita para acudir a ésta de manera supletoria, pues por encima de no producirse ninguna laguna normativa como la voluntaria falta de previsión de aquella rehabilitación, procede con carácter prioritario recordar que el artículo 122 de la Constitución Española establece que "La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del persona[al servicio de la Administración de Justicia", y la regulación de las situaciones administrativa, es sin duda alguna uno de los contenidos esenciales del estatuto jurídico de la Carrera Judicial que no puede ser acometida por ninguna otra norma distinta a Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así se desprende también de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a las cláusulas subrogatorias, de la que es ejemplo la STC 294/2006 que, con cita de la STC 56/1990, declara <<En cuanto a las competencias del Estado, partiendo de que el art. 122.1 CE dispone que la LOPJ determinará el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, hemos afirmado que las mismas se refieren a los aspectos centrales de dicho estatuto jurídico, señalando que este es un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto o a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales>>. En igual sentido se pronuncian las STC 105/2000, 253/2005, 270/2006, 163/2012 y 163/2013.

Por tanto, a la vista que la Ley Orgánica del Poder Judicial explícitamente no ha contemplado la rehabilitación de los jueces y magistrados condenados a la pena de inhabilitación especial (prevista en el Código Penal como pena principal para todos los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones), este Servicio de Personal entiende que procede trasladar al solicitante la improcedencia en Derecho de su pretensión, en los términos antes indicados.»

El razonamiento contenido en el informe que acabamos de transcribir nos parece excesivamente lineal, ausente de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico, no responde a los principios de la lógica y desconoce por completo el principio de proporcionalidad.

Comenzando por este último aspecto de la cuestión, esta Sala no puede por menos que traer a colación el auto del Tribunal Constitucional 154/92, de fecha 25 de mayo, que hace referencia a ese principio de proporcionalidad que ha de ser tenido en cuenta no sólo por el Tribunal Penal a la hora de imponer una pena, sino que debe presidir toda la interpretación del ordenamiento jurídico, en cuanto a lo que a las secuelas que la pena ha de dejar en la vida civil del condenado se refiere. Dice el Tribunal Constitucional en relación con la pena de inhabilitación especial que "es lícito que la ley prevea la pérdida del cargo" (como consecuencia de la imposición de dicha pena se entiende), "y la imposibilidad de asumirlo durante un periodo proporcionado a la gravedad de la falta. Esa idea de proporcionalidad necesariamente ha de presidir la interpretación que de los artículos 379, 380 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial se haga en supuestos como el que nos ocupa.

Pues bien, por una parte el artículo 379 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no establece expresamente como causa de pérdida de la condición de Juez o Magistrado la condena a pena de inhabilitación.

Por otra parte, siendo cierto que el artículo 380 se remite a las causas a), b), c) y d) del artículo 379 como supuestos en los que se puede pedir la rehabilitación por quien hubiera perdido la condición de Juez o Magistrado, no lo es menos que de entre las causas de pérdida de esa condición solo se excluye de aquella posibilidad la jubilación y haber incurrido en una causa de incapacidad salvo que proceda la jubilación, siendo esas causas de incapacidad las recogidas en el artículo 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dice: "Están incapacitados para el ingreso en la Carrera Judicial los impedidos física o psíquicamente para la función judicial; los condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación; los procesados o inculcados por delito doloso en tanto no sean absueltos o se dicte auto de sobreseimiento, y los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles".

Es decir, en lo que aquí interesa, considera causa de incapacidad haber sido condenado, procesado o inculcado por delito doloso y ello en tanto no se obtenga la rehabilitación, no haya recaído sentencia absolutoria o se dicte auto de sobreseimiento respectivamente. No está entre esas causas de incapacidad la condena por delito culposo, ni la condena a pena de inhabilitación especial.

Dicho esto, conviene no olvidar, por lo que más adelante diremos, que el artículo 380 de la Ley Orgánica del Poder Judicial admite la posibilidad de rehabilitación en todos los supuestos de pérdida de la condición de Juez o Magistrado excepción hecha de los citados, jubilación o pérdida de la capacidad, por tanto lo admite también en el caso de condena por delito doloso a pena privativa de libertad.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que nos encontramos ante una doble laguna legal, que por otra parte, y sin ánimo de crítica, responde a los no pocos defectos de sistemática que adolece la citada Ley Orgánica del Poder Judicial. Y decimos que estamos ante una doble laguna legal porque si entendemos y lo entiende así también el Consejo General del Poder Judicial, que la pérdida de la condición de Juez o Magistrado es, como queda dicho anteriormente, consecuencia del mandato del artículo 42 del Código Penal pese a no recogerse como causa específica en el artículo 379 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que para ello sea óbice el artículo 122 de la Constitución, no es coherente mantener, como se hace en el informe a que se remite la resolución recurrida, que al no preverse la posibilidad de rehabilitación en este supuesto en el artículo 380 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede procederse a la misma como consecuencia del citado artículo 122 de la Constitución. El alcance de este último precepto y por tanto su interpretación, ha de ser igual tanto para la pérdida de la condición de Juez o Magistrado como para la posible rehabilitación cuando se cumplan los requisitos necesarios para ello, sin que tampoco pueda entenderse, como parece hacer el informe a que se remite al acuerdo recurrido, que la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial efectuada por Ley

Orgánica 16/94, y por tanto el cambio de redacción y de criterio que se produce en relación con los artículos 379 y 380 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puede tenerse por no hecho en lo que resulta beneficioso, en casos como el que nos ocupa, para los afectados.

Consecuencia de lo anterior es que si la ausencia del delito culposo a que ha sido condenado el hoy recurrente entre los supuestos del 379 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de su correspondiente pena de inhabilitación especial, no impide la pérdida de la condición de Juez o Magistrado, la no cita del supuesto en el artículo 380 no es sino consecuencia de la omisión citada, razón por la que una interpretación lógica e integradora del ordenamiento jurídico no puede llevar a otra conclusión que la de salvar la laguna existente incluyendo entre los supuestos que pueden ser objeto de rehabilitación el de la condena e inhabilitación especial, máxime si la condena se produce en base al tipo culposo del artículo 447 del Código Penal, tal y como hace de forma expresa el Estatuto Básico de la Función Pública, como más adelante veremos.

Decimos que la interpretación del Consejo General del Poder Judicial no responde a los principios de la lógica porque resulta contrario a la misma el que quepa rehabilitación en los casos de condena por delito doloso y no en los de delito culposo que por definición resultan de menor gravedad.

No cabe, entendemos, argumentar en contra de este razonamiento el que estamos ante el ejercicio de funciones jurisdiccional, ello sin duda deberá tenerse en cuenta a la hora de decidir si procede o no la rehabilitación en el caso concreto habida cuenta que no existe un derecho a la misma, mediante el análisis de circunstancias tales como:

- a) Conducta y antecedentes penales previos y posteriores a la pérdida de la condición de Juez o Magistrado.

b) Daño y perjuicio para el servicio público derivado de la comisión del delito.

c) Relación del hecho delictivo con el desempeño del cargo.

d) Gravedad de los hechos y duración de la condena.

e) Tiempo transcurrido desde la comisión del delito.

f) Informes de los presidentes de los Tribunales en los que el Juez o Magistrado prestó sus servicios.

g) Cualquier otro que permita apreciar objetivamente la gravedad del delito cometido y su incidencia sobre la futura ocupación de un puesto de Juez o Magistrado.

Por otra parte, una interpretación integradora del Ordenamiento Jurídico obliga a tomar como referencia la legislación en materia de funcionarios públicos y en concreto el Estatuto Básico de la Función Pública, que en su artículo 68.2 establece que se podrá conceder con carácter excepcional la rehabilitación, a petición del interesado, de quien hubiera perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido, salvando así el legislador una interpretación restrictiva de la expresión "privación definitiva" que utiliza el artículo 42 del Código Penal, que debe entenderse en el sentido de que no se trata de una privación limitada en el tiempo sino ilimitada pero reversible por la vía de rehabilitación.

No se oculta a esta Sala que el delito de prevaricación es uno de los más graves que pueda cometer un miembro de la Carrera Judicial en cuanto quiebra la esencia del Poder Judicial y la conducta mínimamente exigible a quien lo encarna, pero tampoco puede la Sala obviar la

diferencia sustancial entre el delito del artículo 446 del Código Penal, prevaricación dolosa, y el de prevaricación culposo del artículo 447 del Código Penal.

Sin que ello implique prejuzgar futuras situaciones, la entidad del delito del artículo 446 parece difícilmente compatible con la idea de rehabilitación atendida la gravedad del delito, el daño por el servicio público de la justicia y la relación directa con el desempeño del cargo. Por el contrario, las circunstancias no son las mismas en el caso del artículo 447 del Código Penal que ahora nos ocupa, lo son en cuanto a la gravedad del delito y tampoco lo son en este caso concreto al menos en cuanto al daño ocasionado y la gravedad del delito. La sentencia condenatoria firme de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dice literalmente en su fundamento jurídico tercero que :

«DECIMOTERCERO.- Determinación de la pena a imponer

Enmarcada la conducta del acusado en el *artículo 447 CP* , la pena a imponer, en aplicación de dicho precepto, es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, que se considera excesiva para sancionar el hecho delictivo y una respuesta penal desproporcionada en atención a la gravedad del hecho, en relación con el mal causado. Así, pues, aún cuando se imponga el mínimo legal posible -dos años de inhabilitación-, atemperando las consecuencias punitivas a las circunstancias reseñadas, para esta Sala resulta demasiado severo tal reproche punitivo por su cierta desproporción con el mal causado por la infracción y las circunstancias recogidas en los hechos probados de esta resolución.

Como es evidente, la aminoración de las penas, desde el estricto cumplimiento de la *ley, debe hacerse ejercitando los Tribunales la facultad que para tales casos establece el artículo 4 , apartado 3, del Código Penal*. Este Tribunal considera conveniente y acorde a derecho hacer uso de tal opción y precepto legal, elevando la consiguiente solicitud de indulto y aminoración de pena a imponer, máxime cuando, de un lado, se observa que el legislador sólo contempla la prevaricación culposa sólo en el ámbito judicial, pero no de los funcionarios públicos, y, de otro lado, que el hecho de autos no tiene significativo mayor reproche penal que otras conductas

tipificadas en otros preceptos penales referenciados con Jueces o Magistrados (por ejemplo, *artículo 529 CP*), de forma que el mismo Código penal impone penas de inhabilitación que parten de un tiempo menor de duración, en concreto de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público a partir de seis meses.

En definitiva, esta Sala decide acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la concesión de indulto parcial para dejar reducida la duración de la pena impuesta a seis meses, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia una vez adquiera firmeza.»

No se trata pues de un juicio de valor exclusivo de esta Sala lo antes dicho sobre la gravedad del delito y el mal causado, sino que es un juicio que se contiene en la sentencia condenatoria que ha quedado firme y que ha llevado a ésta a proponer el indulto parcial por considerar la pena mínima a imponer desproporcionada.

Por otra parte, aún cuando es cierto que la sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo fue anulada por el Tribunal Constitucional, no lo es menos que dos de los cinco magistrados que compusieron la Sala formularon voto particular por entender que los hechos probados no eran constitutivo de delito. Se afirma en dicho voto particular, en lo que aquí interesa que: «**VII.-** No se trata como indica la mayoría de la que discrepo, que las resoluciones de la Audiencia “justifiquen” o no la decisión judicial controvertida. Como señala el magistrado disidente en la instancia, tampoco se trata de vincular la decisión del Tribunal penal en relación a dicho pronunciamiento anterior de la jurisdicción civil. Tomando en consideración dicha resolución de la AP de Sevilla no se pretende otorgar a la misma efectos prejudiciales en el enjuiciamiento de la prevaricación de la que se acusa al Juez, pues resulta posible la existencia de circunstancias concomitantes que permitan una distinta valoración de la situación concurrente. Ahora bien, lo que exige la unidad del ordenamiento jurídico y el mismo principio de seguridad jurídica es que la referida resolución sea el necesario punto de partida del razonamiento en orden al enjuiciamiento de la actuación del Juez como *injusta* y sea considerada tal resolución, al menos, como un *hecho* consistente en que tres Magistrados de la Audiencia Provincial consideran que, a tenor de lo actuado, debía afirmarse la competencia del

Juez la adopción de la resolución judicial inaudita parte y la legitimidad de la misma resolución dictada.

Es decir, al menos resulta indiscutible la existencia de una resolución judicial que *objetivamente revela* que tres Magistrados *consideraban* que los hechos que se presentaban al Juez y a la vista del expediente por él tramitado, le habilitaban para adoptar la decisión llevada a cabo inaudita parte, esto es sin audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. Esto es, dicho de otra manera, un órgano judicial colegiado valoró que las circunstancias concurrentes integraban el concepto de *urgencia* que habilitaba la actuación de que se trata, y evidentemente rechazó la pretensión de la parte recurrente en casación, sobre la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y su innegable conocimiento por el Juez autor del auto de referencia, y sobre cuyo exclusivo pilar se apoya el motivo estimado por la mayoría.

VIII.- Fuera de este punto, que bastaría para desestimar el motivo, tampoco puedo estar de acuerdo, a la luz de los hechos declarados probados, y conforme vimos más arriba, en la existencia de una resolución injusta, constitutiva del delito de prevaricación judicial previsto en el art. 446 CP, soportada sobre una, apreciada por la mayoría, "actuación jurisdiccional que carece de base competencial, que no ha seguido las reglas del proceso debido, se adopta sin argumentar nada sobre los presupuestos de la actuación cautelar, la situación de peligro o el perjuicio del menor, ni sobre la urgencia de la procedencia de la medida cautelar adoptada".

Debo insistir en que -según consta en los hechos probados- el Juez actúa sobre la declaración del menor, asistido por su abuelo en la que refleja la angustia que le genera el conflicto existente entre los padres en orden a la asistencia a la procesión, y sobre que cree que su madre no le va a dejar salir. Asimismo, **el auto** del Juzgado de Violencia sobre la Mujer incorporado a las actuaciones refleja -como figura en el *factum* -que, en orden a la asistencia a actos procesionales, se resolverá conforme al deseo del menor (**"ambos progenitores respetarán el deseo de los hijos de tomar parte en las estaciones de penitencia de las hermandades a que pertenecen"**). Ante tal situación, en la voluntad de cumplir con los deberes determinados por el artículo 158 CC, el Juez Sr. Serrano Castro procede a atender dicho deseo del menor prorrogando en 45 horas la custodia del padre (de quien el menor asegura que no pondría problemas a su asistencia al acto procesional). Tal prórroga de la custodia se acuerda estrictamente a los fines de asegurar la asistencia del menor a la procesión, de tal forma que **no** cabe

concluir que el objeto de la resolución del Juez sea la de **modificar el régimen de custodia** de los progenitores, aunque se produzca una alteración del mismo de forma instrumental.

Lo decisivo es que la resolución **no** puede ser tachada de **injusta** ni en la vertiente **objetiva** (todos coinciden en que el niño debía salir en la procesión); ni en la **procesal** (se podría haber sido algo más reposado, pero no mucho más: el Jueves era fiesta y el Miércoles correspondía la entrega de los menores). Se podría haber razonado más, pero es obvio que el contexto habla ya por sí solo del perjuicio para el menor: basta con leer su comparecencia para desprenderse de ella sin necesidad de tener que abundar más.

Si ciertamente se han podido omitir diligencias que podrían haber ilustrado con mayor amplitud al juez adoptante de la medida cautelar y provisionalísima sobre los hechos, y que tal vez hubieran podido haberse practicado en la mañana del Miércoles 31 de marzo -con las limitaciones por razón del trabajo de la madre mas arriba descritas-, tales omisiones, determinadas por la valoración del peligro o perjuicio que pudiera afectar al menor y por ello de la celeridad requerida, no pueden calificar la conducta del acusado ni como *injusta*, a los efectos del art. 446 CP, ni tampoco como *manifiestamente* injusta, constitutiva de imprudencia grave o temeraria conforme al artículo 447 del CP, por lo que el acusado hubiera debido ser absuelto de las infracciones penales imputadas.

Todo ello, sin perjuicio de que en los hechos probados de la sentencia de instancia se refleje una conducta, ante los medios de comunicación social, del Abogado del padre del menor y del propio Juez acusado, posterior a la del dictado de la resolución de referencia, incompatible con los deberes que impone la Deontología, y que merecería ser depurada conforme a las normas disciplinarias aplicables a cada profesional.»

A la vista de lo anterior, en este caso concreto, esta Sala entiende que no solo es posible la rehabilitación en el supuesto de condena a pena de inhabilitación especial sino también que en el caso que nos ocupa concurren circunstancias especiales que hacen que la rehabilitación del hoy recurrente se corresponda tanto con los criterios que la jurisprudencia ha venido estableciendo con carácter general, que han quedado citados con anterioridad, y que además tal rehabilitación se corresponde con el principio de proporcionalidad que rige en nuestro

ordenamiento jurídico, máxime cuando no está constatado de que en el expediente personal del recurrente existe nota desfavorable alguna, excepción hecha de la condena que dio lugar a la pérdida de condición de Magistrado a que nos hemos venido refiriendo, ni tampoco el Consejo General del Poder Judicial ha alegado circunstancia alguna en tal sentido.

CUARTO.- En cuanto a la pretensión que formula el recurrente de reconocimiento de todos sus derechos económicos y administrativos, (incluida antigüedad, con efectos desde el 27 de agosto de 2013, fecha en que se considera extinguida la condena a pena de inhabilitación especial por dos años. Tal pretensión, en cuanto se anuda al hecho de que, según opinión del recurrente, "en ningún momento perdió la "condición" de Juez-Magistrado", y siendo cierto que aquél sí perdió tal condición como consecuencia de la pena impuesta por imperativo del artículo 42 del Código Penal, debe ser desestimada.

QUINTO.- No habiéndose estimado en su totalidad las pretensiones del demandante y no apreciándose mala fe ni temeridad en ninguna de las partes, no procede, conforme al artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, hacer expresa condena en costas.

F A L L O

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

estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Francisco de Asís Serrano Castro representado por el Procurador Sr. Deleito García contra acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 2 de marzo de 2017 que anulamos por no ser conforme a Derecho y acordamos la rehabilitación del recurrente como miembro de la Carrera Judicial en la categoría de Magistrado con efectos desde la fecha de esta setencia, desestimándose las restantes pretensiones de la demanda. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

Yagüe Gil
D. Luis Maria Diez-Picazo Giménez D. Jorge Rodríguez-Zapata D. Pedro

D. José Manuel Sieira Miguez D. Nicolás Maurandi Guillén

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don José Manuel Sieira Miguez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.