

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 460** *Pleno. Sentencia 135/2018, de 13 de diciembre de 2018. Cuestión de inconstitucionalidad 3377-2018. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del artículo 367.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Principio de seguridad jurídica y reserva de ley orgánica en relación con la garantía de inamovilidad judicial: nulidad del precepto legal que no precisa las consecuencias derivadas de la carencia de aptitud en los jueces y magistrados suspensos que pretendan reingresar al servicio activo; extensión por conexión de la declaración de nulidad.*

ECLI:ES:TC:2018:135

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Juan José González Rivas, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narvárez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón, Magistrados, ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3377-2018, planteada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto al artículo 367.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y la Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. Antecedentes**

1. Por oficio de la Letrada de la Administración de justicia de 7 de junio de 2018, registrado en este Tribunal el 14 de junio siguiente, se remitió testimonio íntegro de las actuaciones seguidas en el recurso contencioso-administrativo núm. 479-2017, así como del Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2018 por el que acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 367.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (en adelante LOPJ), redactado por el apartado 104 del artículo único de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, por la eventual vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en relación con la reserva de Ley prevista en los artículos 117.2 y 122.2 CE, y con la garantía de la inamovilidad judicial que se reconoce en el artículo 117.1 y 2 CE.

2. Los antecedentes de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Por resolución de 20 de noviembre de 2014, la comisión disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, impuso a un magistrado una sanción de un año de suspensión de funciones como autor responsable de una falta muy grave del artículo 417.9 LOPJ, que una vez firme fue ejecutada cesando el afectado en el ejercicio de sus funciones el 22 de septiembre de 2015.

b) Cumplida la sanción, el interesado, en situación administrativa de suspensión definitiva de funciones, dirigió escrito al Consejo General del Poder Judicial en el que expuso que el 21 de septiembre de 2016 finalizaba la sanción de suspensión de funciones que por el tiempo de un año le impuso el pleno del Consejo, y, acompañando la documentación exigida, solicitó que conforme al artículo 366.1 LOPJ fuera declarada su aptitud para el reingreso al servicio activo.

c) El jefe del servicio de personal judicial del Consejo, con fecha de 5 de septiembre de 2016, elevó a la comisión permanente del mismo una propuesta favorable a la declaración de aptitud para el reingreso al servicio activo del magistrado, con la obligación de participar en cuantos concursos se anuncien para la provisión de plazas de su categoría, solicitando todas las vacantes que se relacionen. En la propuesta se argumentaba que «[a] la solicitud de declaración de aptitud para el reingreso del servicio activo, con el fin de acreditar los requisitos exigidos por el artículo 367 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la interesada acompaña, de acuerdo con lo establecido en los artículos 366.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 198 del Reglamento 2/2011, de 28 de abril, certificación acreditativa de haber cumplido o estar próximo a cumplir la sanción impuesta, certificado de antecedentes penales y una declaración de no estar incurso en causa de incapacidad o incompatibilidad para el desempeño de la función judicial».

d) Por acuerdo de la comisión permanente de 8 de septiembre de 2016 se retiró del orden del día la propuesta de reingreso al servicio activo, con el objeto de que por el Servicio de personal judicial se emita un informe pormenorizado y explicativo sobre la trayectoria profesional del magistrado, y a la vista de dichos antecedentes se realizase una propuesta de resolución en la que se valore su aptitud para reingresar en el servicio activo, previa audiencia del interesado.

e) Mediante comunicación de fecha 15 de septiembre el indicado Servicio solicitó al magistrado que informara sobre las actividades, estudios en materias jurídicas que haya podido realizar durante el tiempo en el que ha estado suspendido de funciones, aportando documentación que lo justifique. Dicho requerimiento fue cumplimentado mediante escrito presentado el 26 de septiembre siguiente.

f) El 8 de octubre de 2016 el jefe del servicio de personal judicial emitió un informe-propuesta sobre la trayectoria profesional del actor, proponiendo la suspensión indefinida, del que se dio traslado al interesado, quien presentó el 31 de octubre siguiente escrito oponiéndose al mismo.

g) Por acuerdo de 10 de noviembre de 2016 la comisión permanente del Consejo General del Poder Judicial negó al interesado la declaración de aptitud y el reingreso al servicio activo, con sustento en la propuesta del servicio de 7 de noviembre anterior, con los efectos del artículo 200.2 del Reglamento de la carrera judicial, esto es, declarando al magistrado en «situación asimilada a la excedencia».

En la propuesta del servicio, en la que se sustenta el informe, se expone de modo pormenorizado la trayectoria profesional del magistrado, reflejándose la incoación de diversos expedientes disciplinarios desde el año 2000 y la resolución de los mismos. Se reproduce la regulación del régimen legal de reingreso que establece la LOPJ (arts. 366 a 367) y el Reglamento de la carrera judicial (arts. 197, 198 y 200). A continuación la propuesta se detiene en el examen de la exigencia normativa para acordar el reingreso: la «declaración de aptitud», de la que se indica que es un concepto jurídico indeterminado, susceptible de concreción mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa, que permite resolver en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ley orgánica para proceder o no al reingreso del suspenso. Añade que «precisamente, en la medida que esta previsión

viene contemplada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, con carácter general y abstracto y su aplicación no depende de criterios discrecionales, es por lo que no vulnera la garantía de inamovilidad judicial reconocida en el artículo 117.2 de la Constitución». Descarta la necesidad de un informe médico que serviría para analizar su capacidad, pero que resulta ajeno a la finalidad a la que atiende la declaración de aptitud para el reingreso.

A continuación valora las sanciones impuestas en los últimos cinco años e infiere que no es capaz de cumplir cometidos esenciales de la función judicial, permitiendo pronosticar que esa situación se va a proyectar en el futuro si reingresa en el servicio activo en la carrera judicial, al evidenciarse que ha perdido sus habilidades para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sin que dicha pérdida derive de deficiencias de carácter físico o psíquico como resultó del expediente de jubilación por incapacidad archivado.

h) Contra el acuerdo anterior, el interesado interpuso recurso de reposición que fue desestimado por acuerdo de 2 de marzo de 2017 de la comisión permanente, adoptado con el voto de calidad del Presidente al haber formulado voto particular cuatro de sus vocales.

i) Finalmente, el magistrado interpuso recurso contencioso-administrativo frente a los anteriores acuerdos de la comisión permanente del Consejo General del Poder Judicial, que fue admitido a trámite por diligencia de ordenación de la Letrada de la Administración de justicia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2017, y tras algunas vicisitudes procedimentales, presentó la demanda el 9 de octubre de 2017, en la que solicitó la anulación de los referidos acuerdos y la declaración del derecho del recurrente al reingreso al servicio activo.

Argumenta el recurrente que tales acuerdos suponen una nueva sanción al margen de todo procedimiento que infringe los principios de legalidad, tipicidad y *non bis in idem* (art. 25.1 CE), y suponen una separación del servicio encubierta, una suspensión de por vida al no poder borrar los expedientes y el juicio de valor para el futuro en que se asientan los actos recurridos. Considera, que la situación reglamentaria prevista en el artículo 200.2 del Reglamento de la carrera judicial, de «asimilada a la excedencia», no aparece contemplada en la LOPJ, por lo que contraviene esta –en concreto, el artículo 348 LOPJ que no la contempla– e infringe los artículos 117.2 y 122.1 CE. Apunta que se ha producido indefensión por no haber sido notificada la propuesta del servicio de personal judicial de 7 de noviembre de 2016. Refiere, que el artículo 200.2 del Reglamento de la carrera judicial contraviene lo dispuesto en los artículos 348 y 361 LOPJ, infringiendo la reserva legal, y los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica (arts. 9.3 y 25.1 CE). Entiende, que las comprobaciones a las que alude el artículo 367.1 LOPJ se refieren exclusivamente a la aptitud psíquica y física del juez o magistrado, no a la habilidad para dictar sentencias, ni la idoneidad o suficiencia profesional para el reingreso. Discrepa de la valoración alcanzada en las resoluciones impugnadas en cuanto a su rendimiento. Finalmente, alude a la infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al establecerse un pronóstico de futuro a modo de presunción de culpabilidad.

j) El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda el 31 de octubre de 2017, en el que solicita la desestimación de la demanda. Razona que finalizado el periodo de suspensión, el reingreso en el servicio activo exige una previa declaración de aptitud, tal y como expresamente establecen los artículos 366 y 367 LOPJ. Dicha valoración la debe efectuar el Consejo General del Poder Judicial a la luz de las circunstancias concurrentes, sin que la decisión recurrida se haya adoptado al margen de las previsiones legales, ni pueda considerarse en modo alguno errónea o desacertada y menos aún arbitraria.

k) Por providencia de 13 de abril de 2018, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó conceder el plazo de diez días a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que a su derecho conviniera sobre el posible planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 367.1 LOPJ, por

la posible afectación a los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), tipicidad sancionadora, *non bis in idem* (art. 25.1 CE), así como a las previsiones del artículo 117.1 y 2 CE sobre la inamovilidad de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial.

l) Mediante escrito presentado el 27 de abril de 2018, la representación del recurrente manifestó su oposición al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al entender que el artículo 367.1 LOPJ ha sido interpretado en repetidas ocasiones por el Tribunal Supremo, no correspondiendo al Tribunal Constitucional resolver controversias interpretativas sobre el alcance de un determinado precepto legal, al existir otros cauces para declarar que los actos impugnados, al aplicar el artículo 200.1 LOPJ, son contrarios al principio de legalidad, jerarquía normativa y reserva legal.

m) El Abogado del Estado, mediante escrito presentado el 7 de mayo de 2018, se opuso al planteamiento de la cuestión, al no existir dudas razonables y fundadas sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, en tanto que la exigencia de la declaración de aptitud para la reincorporación al servicio activo, es un requisito indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional.

n) Por escrito presentado el 8 de mayo de 2018, el Fiscal evacuó el trámite de audiencia concedido, en el que manifestó que no se opone al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

En su informe indica que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no sería necesario si la Sala optara por asumir la pretensión de la parte actora que no se ha sustentado en la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, sino, a lo sumo en la validez de las normas reglamentarias (en particular, los artículos 200.2 y 181.2 del Reglamento de la carrera judicial), apuntando el recurrente a que algunas cuestiones planteadas en el procedimiento ya han sido examinadas por la Sala (STS de 9 de noviembre de 2011, recurso 171-2010). Tampoco sería necesario el planteamiento si la Sala hiciera suya la tesis de los vocales que formularon el voto particular, pues entonces el Consejo debería limitarse a comprobar que el recurrente acredita los extremos exigidos por el artículo 198.1 del Reglamento de la carrera judicial, declarando la aptitud del peticionario, teniendo competencia la Sala para la anulación o aplicación de los preceptos reglamentarios aplicados.

Ahora bien, entiende que la Sala considera en el ejercicio de su jurisdicción, imprescindible y determinante la aplicación del artículo 367.1 LOPJ, y, para el Fiscal dicha norma es aplicable, al ser la que sustenta la solicitud de reincorporación del recurrente, a la vez que es relevante, pues de declararse la inconstitucionalidad quedarían sin cobertura legal las disposiciones reglamentarias invocadas en la resolución recurrida y los propios acuerdos impugnados, que en dicho precepto se basan.

Afirma que el límite de la interpretación conforme a la Constitución está en la prohibición de reconstrucción de la norma, pues en el caso de ser precisa la reconstrucción solo el legislador puede reparar el déficit normativo. La insuficiencia normativa de un precepto legal puede dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad.

Razona que no es descartable que el artículo 367.1 LOPJ infrinja el principio de seguridad jurídica al no establecer los parámetros para la declaración de aptitud a que se refiere, ni cómo, ni cuándo, puede el afectado solicitar nuevamente el reingreso en el caso de que la declaración de aptitud haya sido denegada, ni sobre qué aspectos o cuestiones deben versar los informes y actuaciones a los que alude, ni el efecto concreto de una eventual decisión denegatoria, sin que quepa desarrollo reglamentario, pues no cabe desarrollar o aplicar lo que la norma no dice y está reservado a ella.

Descarta que puedan conculcarse los principios de tipicidad sancionadora y *non bis in idem*, al carecer el precepto cuestionado de naturaleza sancionadora.

Finalmente aborda la eventual contradicción del artículo 367.1 LOPJ con la garantía esencial de inamovilidad de los jueces y magistrados que constituye una garantía

esencial de la independencia judicial (art. 117.2 CE). En este punto, entiende que existe base para dudar de la compatibilidad del artículo 367.1 LOPJ con el artículo 117 CE, pues la situación de separación o suspensión de un juez o magistrado deben establecerse y regularse en todo caso en una norma con rango de ley –orgánica, si además afectan directamente al estatuto judicial–, que, también en todo caso y sin excepción, tiene que fijar expresa y explícitamente las causas y garantías a las que habrá de atenerse cualquier acto, disposición o resolución que se adopte en este terreno.

3. Por Auto de 4 de junio de 2018, la Sección Sexta de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre si el artículo 367.1 LOPJ, pudiera resultar contrario al principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 CE, en relación con la reserva de ley prevista en los artículos 117.2 y 122.2 CE y con la garantía de inamovilidad judicial que se reconoce en el artículo 117.1 y 2 CE.

Tras exponer los antecedentes fácticos y la posición de las partes en relación con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y con el objeto del pleito, afirma que el recurso planteado por el magistrado obliga, en opinión de la Sala, a aplicar el artículo 367.1 LOPJ, resultando además dicho precepto relevante para el fallo que se haya de dictar.

Sustenta la aplicabilidad del precepto en que es el invocado en la resolución recurrida sobre cuya legalidad debe pronunciarse la Sala, siendo claro que la declaración de la aptitud o no aptitud del suspenso, es el objeto de la regulación del precepto aplicable cuando el suspenso solicita su reingreso.

Tampoco resulta dudosa, a criterio de la Sala, la relevancia para el fallo del precepto, en tanto que el mismo determina de modo taxativo que la declaración de aptitud del suspenso por parte del Consejo General del Poder Judicial, es una exigencia para el reingreso. Razona, que si la indeterminación del precepto legal, tanto sobre la naturaleza y el significado de la declaración de aptitud, como sobre las consecuencias de la misma, en caso de ser negativa, fuese contraria a los principios constitucionales de seguridad jurídica e inamovilidad de jueces y magistrados, el precepto legal sería inconstitucional y no podría ser aplicado, sin que dicha indeterminación legal pudiera ser subsanada por el desarrollo reglamentario debido a que dicho desarrollo quedaría sin cobertura legal y habría que estar a la reserva de ley prevista en el artículo 117.2 CE. La consecuencia en tal caso habría de ser la estimación del recurso. Por el contrario «si el precepto fuese declarado conforme a la Constitución, esta Sala habría de valorar la legalidad de la resolución impugnada en función de si la misma fuese o no conforme al propio artículo 367.1 LOPJ y los preceptos reglamentarios de desarrollo por razones no circunscritas a las que podrían determinar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado».

Entrando en el examen de la duda de constitucionalidad ya apuntada, refiere que el legislador tiene plena facultad para prever la obtención de declaración de aptitud para el reingreso en el servicio activo de un juez o magistrado que haya cumplido una sanción de suspensión (arts. 117.1 y 122.1 CE), pero el precepto presenta dos graves deficiencias:

No establece el contenido o significado de la «aptitud» que ha de declararse y no prevé las consecuencias en caso de que el Consejo declare la no aptitud del solicitante, consecuencias que han sido reguladas por el Reglamento de la carrera judicial.

En lo relativo a la naturaleza de la aptitud, la indeterminación del precepto no parece compatible con un mínimo estándar de seguridad jurídica, al no concretar si la misma se refiere a la aptitud psicológica del suspenso, sus conocimientos jurídicos o qué otro tipo de cualidad personal o profesional. Considera que algunas conclusiones pueden alcanzarse de la referencia a la solicitud de informes y práctica de actuaciones y la regulación legal de las situaciones administrativas en que puede encontrarse un juez o

magistrado. Tales informes y la práctica de actuaciones comprenden los informes de tipo médico (presumiblemente de carácter psicológico o psiquiátrico). Sin embargo, el Consejo ha rechazado la petición de tales informes al no tener dudas de la plena normalidad psicofísica del solicitante. En cuanto a los informes o actuaciones encaminadas a comprobar su aptitud profesional jurídica, parece que no pueden llegar hasta el punto de tener que acreditar sus conocimientos como para el ingreso en la carrera judicial, pues ello supondría equiparar la situación del suspenso a la de alguien fuera de la carrera judicial, lo que aproximaría la suspensión a una pérdida de la condición de juez o magistrado. El precepto fue reformado en el año 2003 para eliminar semejante exigencia.

Lo que sí queda claro, es, a juicio de la Sala, que la indeterminación del precepto atenta gravemente a la seguridad jurídica en cuestiones tan sensibles como lo son tanto el adecuado control de la idoneidad de jueces y magistrados para el efectivo ejercicio de la función judicial por un lado, como la inamovilidad de los mismos por otro. Del acuerdo impugnado, se llega a la inequívoca conclusión de que la comisión permanente del Consejo General del Poder Judicial considera que a tenor del anterior desempeño de sus funciones no posee los rasgos caracterológicos o psicológicos necesarios para desempeñar con normalidad y eficiencia la función jurisdiccional. Ello podría calificarse como una equivocada concepción de la aptitud psicológica, pues difícilmente podría hablarse de una falta de aptitud sin apoyarse en informes médicos especializados, por lo que tal error, de existir, está posibilitado por el carácter abierto y genérico del precepto legal.

Continúa indicando que la indeterminación del artículo 367.1 LOPJ sobre las consecuencias de una hipotética declaración de no aptitud, sea cual sea su fundamento, es la no reincorporación al servicio activo finalizada la sanción, lo que en la práctica supone la exclusión de la carrera judicial pese a que dicha exclusión ha de estar contemplada en la ley como consecuencia de la reserva constitucional a la que se ha hecho referencia. Los jueces y magistrados solo pueden encontrarse en algunas de las situaciones previstas en el artículo 348 LOPJ, sin que el Reglamento esté habilitado para crear nuevas situaciones, para cuya previsión, el artículo 122.1 CE establece una reserva de ley, debiendo el legislador establecer, al menos en lo esencial las circunstancias y consecuencias del cumplimiento o no de tales requisitos, lo que comprende necesariamente la situación administrativa en la que queda el afectado en caso de no cumplirse el requisito, sin que tal situación pueda quedar determinada por preceptos reglamentarios (arts. 200.2 y 181.2 del Reglamento de la carrera judicial), que devendrían inaplicables por vulneración de la reserva de ley estipulada por los artículos 117.2 y 122.2 CE, lo que determina su inaplicabilidad.

4. Por providencia del Pleno de 17 de julio de 2018 se acordó admitir a trámite la cuestión que plantea la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en relación con el artículo 367.1 LOPJ. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), acuerda reservar para sí el conocimiento de la presente cuestión; dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el artículo 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, y a la Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, puedan personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimen convenientes, comunicar la providencia a la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.3 LOTC, permanezca suspendido el proceso hasta que este Tribunal resuelva definitivamente la presente cuestión y publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado».

5. Los días 7 y 12 de septiembre de 2018 se registraron respectivamente los escritos de la Presidenta del Congreso de los Diputados y del Presidente del Senado por

el que comunicaron el acuerdo de la Mesa de las respectivas Cámaras de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

6. El Abogado del Estado, en la representación que ostenta, formuló sus alegaciones por escrito registrado el día 12 de septiembre de 2018, interesando que se dicte Sentencia inadmitiendo o subsidiariamente desestimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Tras citar el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona por el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y referirse a los acuerdos de la comisión permanente del Consejo impugnados en el procedimiento contencioso-administrativo, transcribe los artículos 200.2 y 181.2 Reglamento de la carrera judicial y concreta la duda de inconstitucionalidad en el artículo 9.3 CE en relación con la reserva de ley prevista en los artículos 117.2 y 122.2 CE, y en la garantía de inamovilidad judicial del artículo 117.1 y 2 CE. Considera que el Auto de planteamiento atribuye al precepto cuestionado dos deficiencias: (i) no establecer el contenido o significado de la «aptitud» que ha de declararse; (ii) y no prever las consecuencias en caso de que el Consejo General del Poder Judicial declare la no aptitud del solicitante, consecuencias que han sido reguladas por el Reglamento de la carrera judicial.

En lo que se refiere a la primera de las deficiencias, afirma que la utilización de un concepto jurídico indeterminado, no es contrario al principio de seguridad jurídica, pues el «halo de incertidumbre» es inherente al concepto jurídico indeterminado. Sostiene que tras la redacción del artículo 367.1 LOPJ dada por la Ley Orgánica 19/2003, se impide que el informe de aptitud llegue hasta el punto de tener que acreditar conocimientos como los necesarios para el ingreso en la carrera judicial, pues ello supondría equiparar la situación del suspenso a la de alguien fuera de la carrera judicial, cita en tal sentido la STS 8674/2011, de 9 de noviembre. Afirma que el Tribunal Supremo no cuestiona la constitucionalidad del contenido esencial del precepto en lo relativo al establecimiento de una condición previa al reingreso del juez o magistrado, ni en lo concerniente a la facultad y competencia del Consejo General del Poder Judicial, pues lo que viene a indicarse es que se podría tratar de un supuesto de inconstitucionalidad por omisión, falta de concreción, pero no nulidad del precepto. De aceptar tal tesis la forma de suplir la omisión sería fijar un catálogo de condiciones o requisitos para el reingreso, lo que, a juicio del Abogado del Estado, evidencia que el concepto jurídico indeterminado puede ser llenado en base al resto de las disposiciones de la LOPJ, lo que corresponde a la jurisdicción ordinaria. No le corresponde al Tribunal Constitucional resolver cuestiones o controversias interpretativas sino únicamente el enjuiciamiento de la conformidad con la Constitución de una norma con rango de Ley. Entiende que el contorno y la definición de la aptitud han de ser extraídos de la ley por los tribunales ordinarios en una labor interpretativa, en la que nada obsta a que el criterio de los órganos judiciales en la función hermenéutica sea lo estricto que deba ser para cumplir con los parámetros de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de inamovilidad judicial (art. 117 CE).

Aborda la segunda de las deficiencias atribuidas al precepto cuestionado, que se concreta en la omisión de la regulación de las consecuencias de la denegación de aptitud, lo que agrava, a juicio del órgano judicial, el problema de seguridad jurídica del artículo 367.1 LOPJ. El Abogado del Estado entiende que en estos términos la cuestión de inconstitucionalidad no cumple el juicio de aplicabilidad y relevancia, pues la norma aplicable y relevante para determinar el fallo no es el artículo 367.1 LOPJ, sino el artículo 365.3 LOPJ, que define la situación y las consecuencias del suspenso definitivo sin declaración de aptitud, en relación con los artículos 181.2 y 200.2 del Reglamento de la carrera judicial, siendo discutible la formulación del juicio de relevancia en tanto que el fallo no depende directamente de la validez de la norma cuestionada, sino de la aplicabilidad de la norma reglamentaria, cuyo control le corresponde a la jurisdicción ordinaria conforme a los artículos 6 LOPJ y 1 LJCA. Es obvio que el suspenso definitivo, a juicio del Abogado del Estado, podrá reiterar la solicitud de declaración cuantas veces estime conveniente y esta, podrá ser levantada, como señala el artículo 200.2 del Reglamento de la carrera judicial «cuando desaparezcan las causas determinantes de la

denegación». Finalmente concluye reconociendo que si bien la situación en la que queda aquel al que se le deniega la aptitud para el servicio activo no está prevista expresamente en el propio artículo 367 LOPJ, si se deduce claramente de lo dispuesto en el artículo 365.3 y el propio artículo 367 LOPJ, sin que llegue a producirse el «limbo legal» denunciado. En realidad «tal situación es equiparable aunque no idéntica a la de quien se encuentra en situación de excedencia, lo diga el Reglamento o no, hasta el punto de que la constitucionalidad del precepto de la LOPJ cuestionado no se resentiría por la derogación de aquél, en caso de que el Tribunal Supremo lo estimara así».

7. La Fiscal General del Estado presentó sus alegaciones el 24 de septiembre de 2018, solicitando que se desestime la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 367.1 LOPJ.

Tras exponer los antecedentes del procedimiento que considera relevantes y transcribir el artículo 367.1 LOPJ y los artículos 181.2 y 200.2 del Reglamento de la carrera judicial, detalla de modo pormenorizado la argumentación de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la que se fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Entrando en el fondo del examen de la inconstitucionalidad del precepto comparte con la Sala que el concepto de aptitud a que se refiere el artículo 367.1 LOPJ es un concepto indeterminado, pues el concepto de aptitud para el ejercicio de la función jurisdiccional no aparece definido en la LOPJ ni para los jueces y magistrados suspensos que pretenden el reingreso en la carrera judicial, ni se define cuando se regula el acceso a la carrera judicial. Señala que en este último caso, lo que hace la LOPJ es establecer los procedimientos de acreditación de esa aptitud, por lo que quienes superan el procedimiento legalmente establecido consiguen acreditar su aptitud para el ejercicio de la función jurisdiccional. De modo que el juez o magistrado suspenso que en su momento acreditó la aptitud para el acceso a la carrera judicial, ha de entenderse que conserva esa aptitud, al no ser admisible, en modo alguno –como también afirma la Sala–, considerar que el juez o magistrado tiene una obligación de acreditar los mismos conocimientos que se exigen para el ingreso en la carrera judicial, pues ello supondría equiparar la situación del suspenso con la de quien se halla fuera de la carrera judicial, lo que aproximaría la suspensión a una pérdida de la condición de juez o magistrado.

Expone que además de ser factible afirmar que el juez o magistrado suspenso tiene a su favor la presunción de aptitud derivada de haber superado los procedimientos legalmente establecidos, del mismo modo puede afirmarse que el juez o magistrado suspenso no puede ser privado de su condición judicial mientras no se encuentre afectado por la concurrencia de alguna de las causas de privación de esa condición legalmente establecidas en el artículo 379.1 LOPJ. Existe, a juicio de la Fiscal general del Estado, una delimitación positiva del concepto de aptitud, que resulta de entender que la superación de las pruebas legalmente establecidas determina una presunción de aptitud. Y también existe una delimitación negativa de ese mismo concepto, consistente en entender que los jueces y magistrados suspensos en forma alguna podrán ser privados de la condición de juez o magistrado mientras no concurren en ellos causas de pérdida de esa condición expresada en el artículo 379.1 LOPJ.

Entiende que es posible que concurren, mientras persiste la situación de suspensión de un juez o magistrado, circunstancias de orden fáctico, como padecimientos físicos o psíquicos que le inhabiliten para el ejercicio de la función jurisdiccional, o la merma de las capacidades profesionales para tal ejercicio, de las que el Consejo General del Poder Judicial no tenga constancia hasta el momento en que se replantee el reingreso.

Afirma por ello que el concepto de aptitud no es un concepto absolutamente indeterminado, al admitir una delimitación positiva y negativa, e indica que será el Consejo General del Poder Judicial quien habrá de tomar en consideración todas las circunstancias indicadas: (i) imposibilidad de exigir al juez o magistrado suspenso que acredite los mismos conocimientos que se exigen para el ingreso en la carrera judicial; (ii) la imposibilidad de privar al juez o magistrado de su condición mientras no concurren causas expresamente fijadas a tales fines y (iii) la presencia –o ausencia– en el

suspensio de circunstancias fácticas sobrevenidas que evidencien una merma de las capacidades jurídicas precisas para el ejercicio. Se trata en definitiva de enfrentar esa aptitud presunta con la presencia de una inhabilidad sobrevenida, confrontación en la que habrá de tomarse en consideración la naturaleza de la causa de inhabilidad, su influencia para el correcto ejercicio de las funciones jurisdiccionales, su presumible duración y otra variedad de circunstancias, que el legislador no puede resolver nunca de antemano.

Por lo expuesto considera que no es posible afirmar que el precepto legal cuestionado, por su indeterminación normativa, resulte difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en relación con el principio de inamovilidad judicial (art. 117.1 y 2 CE).

A la misma conclusión llega en relación con la falta de regulación de las consecuencias derivadas de la declaración de falta de aptitud para el reingreso a la carrera judicial del juez o magistrado suspenso. Refiere que los jueces y magistrados únicamente pueden hallarse en alguna de las situaciones administrativas previstas en el artículo 348 LOPJ, de modo que la suspensión de funciones es una de las situaciones en las que puede encontrarse el juez o magistrado. Dicho régimen jurídico está establecido en el artículo 365.3 LOPJ, conforme al cual la suspensión de funciones implica la privación de todos los derechos inherentes a la condición de juez o magistrado, hasta, en su caso, su reingreso al servicio activo. Si no fuera solicitado el reingreso en el tiempo señalado, se declarará al interesado en situación de excedencia voluntaria por interés particular, con efectos desde la fecha en que finalizare el periodo de suspensión (art. 366.2 LOPJ). Pero si solicitara el reingreso se iniciará el trámite del artículo 367.1 LOPJ. Por lo tanto, aunque el artículo 367.1 LOPJ guarde silencio sobre las consecuencias de la declaración de falta de aptitud para el reingreso en la carrera judicial, lo cierto es que en la propia LOPJ se encuentra la solución al problema.

8. Mediante providencia de fecha 11 de diciembre de 2018 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 13 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 367.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (en adelante LOPJ). El órgano judicial cuestiona el apartado primero del artículo 367 LOPJ al entender que es contrario al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en relación con la reserva de ley orgánica (arts. 117.2 y 122.2 CE) y la garantía de inamovilidad judicial (art. 117.1 y 2 CE), como consecuencia de la ausencia de regulación del precepto, tanto en relación con el contenido o significado de la expresión «declaración de aptitud» que se exige para la reincorporación del juez o magistrado sancionado con suspensión definitiva de funciones, como en lo relativo a las consecuencias que se producen en el caso de que el Consejo General del Poder Judicial deniegue la declaración de aptitud del sancionado.

En los términos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, tanto el Abogado del Estado como la Fiscal General del Estado, han solicitado la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, al entender que la utilización de un concepto jurídico indeterminado no es contrario al principio de seguridad jurídica, correspondiendo la determinación del contorno y de la definición de la aptitud a los tribunales ordinarios a través de una labor interpretativa de la Ley. La Fiscal General del Estado expone en sus alegaciones las pautas interpretativas mediante las cuales puede determinarse el significado del término «aptitud» utilizado por el legislador. Ambas partes coinciden también en señalar, que la situación estatutaria en la que se queda el juez o magistrado aparece determinada en el artículo 365.3 LOPJ que define la situación jurídica en la que se encuentra aquel al que se le deniega la declaración de aptitud, sin que llegue a producirse el limbo legal denunciado. Esta apreciación lleva al Abogado del Estado a sostener en este aspecto la falta de aplicación y de relevancia del precepto cuestionado.

2. El correcto entendimiento del objeto de la cuestión que se somete a enjuiciamiento, debe llevar a reproducir íntegramente el artículo 367.1 LOPJ, en la redacción dada por el apartado 104 del artículo único de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, en cuya contradicción con la Constitución basa el órgano judicial la duda que plantea. Dicho precepto tiene el siguiente tenor literal:

«El reingreso en el servicio activo de los suspensos exigirá la previa declaración de aptitud por el Consejo General del Poder Judicial, quien recabará los informes y practicará las actuaciones necesarias para su comprobación.»

Es preciso hacer una breve referencia a los precedentes y al contenido de la regulación actualmente vigente. La Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, vigente hasta que fue derogada por el apartado 1 de la disposición derogatoria de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, regulaba la suspensión en el capítulo III intitulado «De la suspensión de los Jueces y Magistrados», dentro del título IV que llevaba por rúbrica «De la inamovilidad judicial», en sus artículos 227 a 237. De dicha regulación resultaba que la situación de suspensión por causa disciplinaria duraba «todo el tiempo por el que se hubiere impuesto la corrección disciplinaria» (art. 229 en relación con el artículo 227.5), sin exigirse para la reincorporación requisito adicional alguno.

Sin embargo, ya la redacción originaria del precepto, dada por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, exigía la declaración de aptitud para el reingreso tanto de los excedentes voluntarios como de los suspensos, precisando que «se ajustará a lo prevenido en esta Ley sobre condiciones que deben reunirse para el ingreso en la carrera judicial». Nada decía la norma sobre la situación en la que quedaba el suspenso a quien no le fuere concedida la declaración de aptitud.

Posteriormente, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, el precepto cuestionado dejó de mencionar el reingreso en el servicio activo de los excedentes voluntarios –pues su regulación se ubicaría sistemáticamente en el artículo 359.1 LOPJ–, refiriéndose exclusivamente a los suspensos, a quienes se les exigía la declaración de aptitud, pero ahora sin vincular la misma a las condiciones que deben reunirse para el ingreso en la carrera judicial. Únicamente se indica que el Consejo General del Poder Judicial para comprobar la aptitud «recabará los informes y practicará las actuaciones necesarias». Por su parte a los jueces y magistrados en situación de excedencia voluntaria por interés particular de duración superior a 10 años, el artículo 359.1 LOPJ, tras la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, les exige la previa declaración de aptitud por el Consejo, para que puedan reingresar en el servicio activo, dejando de vincular dicha declaración a las condiciones que deben reunirse para el ingreso en la carrera judicial, y limitándose a señalar –en idénticos términos que para el suspenso que pretenda reingresar al servicio activo–, que el Consejo recabará los informes y practicará las actuaciones necesarias para su comprobación.

En relación con la situación de «suspensión» –provisional o definitiva– posteriormente denominada –tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre– «suspensión de funciones» [art. 348 d) LOPJ], la LOPJ establece que el Juez o Magistrado sea «declarado» en esa situación «en los casos y en la forma establecidos en esta Ley» (art. 361.1 LOPJ). La suspensión provisional es la que puede acordarse durante la tramitación de un procedimiento judicial o disciplinario (art. 362.1 LOPJ), mientras que la definitiva –en la que se encontraba el recurrente– es la que se impone «en virtud de condena o como sanción disciplinaria», permaneciendo en dicha situación «en tanto no transcurra el plazo de suspensión» (art. 365.4 LOPJ). Si no solicita la reincorporación al servicio activo con un mes de antelación a la finalización del período de suspensión, «se le declarará en situación de excedencia voluntaria por interés particular, con efectos desde la fecha en que finalizare el período de suspensión» (apartado segundo del art. 366 LOPJ, en relación con el apartado primero del mismo precepto).

3. Expuesta la evolución de la regulación atinente a la situación de suspensión de jueces y magistrados, debemos examinar en primer lugar el óbice procesal que ha planteado el Abogado del Estado por el que solicita la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad al concurrir la falta de aplicación y relevancia del precepto cuestionado. Considera el Abogado del Estado que el artículo 365.3 LOPJ regula la situación en la que queda el juez o magistrado al que se le deniega la declaración de aptitud, por lo que el artículo 367.1 LOPJ no sería aplicable.

No puede compartirse la afirmación del Abogado del Estado, pues un precepto no puede ser a la vez aplicable y relevante e inaplicable e irrelevante. Es evidente que el artículo 367.1 LOPJ ha sido aplicado por el Consejo General del Poder Judicial al denegar la declaración de aptitud y que el objeto del recurso contencioso-administrativo planteado ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo es precisamente la corrección jurídica de su aplicación. Por otra parte el fallo de la Sentencia que se dicte en el proceso *a quo* viene determinado por la constitucionalidad del precepto cuestionado. De este modo, el propio Abogado del Estado dedica la primera parte de sus alegaciones a sostener la constitucionalidad del artículo 367.1 LOPJ al considerar que la declaración de aptitud es un concepto jurídico indeterminado que no es contrario al principio de seguridad jurídica. De modo que la existencia o no de una regulación legal sobre la situación en la que queda el magistrado afectado por la sanción de suspensión, para el caso de que no se le conceda la declaración de aptitud, permitirá valorar como acertada o no la argumentación del órgano judicial que promueve la cuestión, en relación con este aspecto, pero no puede tornar en inaplicable el precepto aplicado, ni tampoco hacer decaer la relevancia de una norma de cuya constitucionalidad depende la resolución del recurso contencioso administrativo.

4. Desestimado el óbice procesal, conviene precisar adecuadamente el objeto de la cuestión. El órgano judicial reprocha al precepto una quiebra del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no por lo que el mismo regula, sino por el modo en que lo hace, o mejor, no lo hace. El órgano judicial no duda sobre la capacidad del legislador de regular los requisitos para poner fin a la situación de suspensión, lo que cuestiona es el modo en que ha establecido dicha regulación, al omitir, en lo esencial, tanto los requisitos de la declaración de aptitud como las consecuencias de la denegación de la misma, siendo dicha orfandad regulatoria la que a su juicio infringe el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en relación con el principio de inamovilidad o de reserva de ley orgánica (apartados primero y segundo de los artículos 117 y 122 CE), sin que la infracción de estos últimos se formule de modo independiente o autónomo.

Verificar si el precepto adolece del vicio de constitucionalidad que se le atribuye, obliga a escrutar el contenido y las exigencias del principio de seguridad jurídica, destacando sus notas definitorias –a lo que dedicaremos el fundamento siguiente–. Seguidamente examinaremos si la garantía de reserva de ley orgánica –con carácter general y también en relación con la establecida para el estatuto de jueces y magistrados– y la garantía de inamovilidad, a las que se vincula –en el Auto de planteamiento– la quiebra de la seguridad jurídica, aparecen concernidas y sí, en su caso, contribuyen a la delimitación de dicho principio, intensificando las exigencias que derivan de su contenido, aspecto este en el que las alegaciones de las partes no han profundizado, y al que dedicaremos el fundamento sexto. Una vez establecidas dicha premisas nos encontraremos en condiciones de verificar si el precepto cuestionado satisface las exigencias constitucionales derivadas del artículo 9.3 CE en relación con los apartados primero y segundo de los artículos 117 y 122 LOPJ.

5. Desde el punto de vista gramatical, el término «seguridad» denota certeza, certidumbre, pero también confianza o previsibilidad. Si tales cualidades se proyectan sobre el ámbito de lo jurídico, podremos definir la seguridad jurídica como la certeza de la norma que hace previsibles los resultados de su aplicación. Sendos aspectos –certeza y previsibilidad– se encuentran íntimamente vinculados. Muestran las dos vertientes objetiva-subjetiva, definitorias de la seguridad jurídica, que aparecen reflejadas en la

doctrina del Tribunal Constitucional, cuando afirma que la seguridad jurídica debe ser entendida desde un plano objetivo como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1); pero además, desde una perspectiva subjetiva como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). El primero de los aspectos se concreta en que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4). La previsibilidad del resultado aplicativo de la norma depende por tanto de la labor del legislador. En suma, sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas en sus destinatarios que generan una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; y 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15)» (STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 3).

Ahora bien, el primer escollo con el que tropieza el reproche de la norma por infracción de la seguridad jurídica, es que las exigencias derivadas de la misma no pueden alcanzar a los defectos de técnica legislativa y tachar de inconstitucionales las omisiones o deficiencias técnicas en las que la norma incurra. El control de constitucionalidad se detiene en los «defectos de técnica legislativa» [STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2 A)], en «la perfección técnica de las leyes» [SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4 y 225/1998, FJ 2 A)], en su «corrección técnica» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2), en la «oportunidad de las opciones adoptadas por el legislador» (SSTC 32/2000, de 3 de febrero, FJ 6 y 109/2001, de 26 de abril, FJ 6). El principio de conservación de la Ley opera de freno en este ámbito (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 5).

La imprecisa línea que delimita el ámbito de la constitucionalidad de la ley y de la falta de calidad de la misma, no facilita las cosas. No es posible enfrentarnos al deslinde a partir de «soluciones apriorísticas o criterios de general aplicación» (STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4), puesto que «que cada caso problemático puede presentar facetas propias y específicas, será preciso valorar las circunstancias concurrentes» (STC 147/1986, FJ 4). Sí puede obtenerse, vía inferencia, alguna regla que pueda facilitar dicha labor. Si el defecto es irrelevante o salvable, la seguridad jurídica no se ve concernida. A modo de ejemplo, por su irrelevancia no afectan al principio de seguridad jurídica: el uso de fórmulas o términos ininteligibles (STC 37/1981, FJ 5); la calificación errónea de un precepto legislativo como disposición transitoria (STC 225/1998); el carácter marcadamente tautológico de algún precepto (STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 3); la técnica de remisión a una normativa estatal derogada (STC 146/1993, de 29 de abril, FJ 6); el uso de términos impropios [STC 149/1991, FJ 3 B b)] o de terminología que no sea absolutamente precisa [STC 160/1987, de 27 de octubre FJ 5 a)].

La segunda dificultad a la que deberemos enfrentarnos, aproximándonos algo más al núcleo de la problemática constitucional planteada –que se concreta a lo que el precepto no regula, más que a lo que el mismo dispone–, lleva a pasar por el crisol de la seguridad jurídica las omisiones en las leyes. En principio, en tanto que las normas aparecen integradas en un ordenamiento jurídico determinado, los huecos que en su regulación existan, pueden ser integrados por los principios que lo informan y sustentan, por lo que las omisiones no vician de inconstitucionalidad la norma. Es esta posibilidad de integración, la que, a juicio del Abogado del Estado y de la Fiscal General del Estado, hacen decaer la inconstitucionalidad afirmada por el órgano judicial. En tal sentido, la STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8 señala:

«[N]o cabe admitir que se infringe el principio de seguridad jurídica cuando un texto normativo no se plantea y resuelve por sí mismo de modo explícito todos los

problemas que puede suscitar su aplicación. Sin perjuicio de la conveniencia de apurar, en la medida de lo posible, la regulación y solución de tales problemas con arreglo a estrictos criterios de técnica legislativa, su silencio en la ley no supone en todo caso un atentado contra la seguridad jurídica que el art. 9.3 de la Constitución garantiza. Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten.»

Ahora bien, dependiendo del alcance de la ausencia, o de la intensidad de la laguna o carencia, el juicio de constitucionalidad puede decantarse en otro sentido. Si las omisiones «produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica» (STC 150/1990, FJ 8). En este caso, el grado de indeterminación alcanzado sería constitucionalmente intolerable, pues haría imposible concebir el Derecho como una razón distinguible de la voluntad del poder público que debe aplicarlo, de suerte que la vaguedad de la norma haría zozobrar el principio mismo de «imperio de la Ley». Y por otra parte, tampoco estos casos podrían salvarse mediante una interpretación que suponga «la reconstrucción de la norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7. y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8).

Para efectuar un correcto enjuiciamiento debemos tomar en consideración el «contexto ordinamental en el que se inserta» la norma (STC 150/1990, FJ 8) y la conexión del defecto con otros mandatos constitucionales. Esta conexión ha operado como elemento intensificador de la exigencia de seguridad jurídica o de su grado de certeza, en relación con el principio de legalidad sancionadora (STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3) o de limitación de los derechos fundamentales (STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7). Ilustra esta doctrina constitucional la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en cuyo FJ 15, se reconoció que «la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica».

6. Delimitado el contenido y alcance del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), es preciso examinar –como hemos adelantado en el fundamento cuatro– si operan y en qué modo lo hacen los principios de reserva de Ley Orgánica del estatuto jurídico de los jueces y magistrados y de inamovilidad en las exigencias de certeza, certidumbre, confianza y previsibilidad propios del principio de seguridad jurídica.

a) El principio de reserva de Ley entraña desde un punto de vista positivo «una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo» (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4).

Con carácter general la Constitución establece la exigencia de que determinadas materias estén configuradas por la ley. En ocasiones dirige un mandato genérico al

legislador para que regule una materia, institución, organización, derecho u obligación, utilizando el verbo «regulará» [arts. 8.2, 17.4, 20.1 d), 20.3, 24.2, 32.2, 36, 51.3, 52, 54, 76.2, 87.3, 92.3, 105, 107, 116.1, 117.5, 132.1, 132.3, 136.4, 140 y 165 CE]; «establecerá» (arts. 13.4, 17.3, 19, 27.7 y 10, 28.2, 35.2, 43.2, 51.1, 68.1, 70.2, 98.1, 98.4, 103.3, 106.2, 122.2 y 3, 124.3, 126, 127.1 y 2, 129.1, 148.1.22, 150.1 y 151.1 CE); «deberá establecer» (art. 133.1 CE). En otras ocasiones el mandato que se dirige al legislador parece tener un mayor grado de precisión y concreción, al imponer que la ley «determinará»: «el plazo máximo», «las causas», «el ámbito normativo», «las funciones», «el ámbito territorial», «el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera», «las personas y órganos» (arts. 17.4, 70.1, 82.4, 104.2; 116.2, 122.1 y 162.2 CE respectivamente). Ciertamente la reserva de ley orgánica, introducida en el artículo 122.1 CE en relación con el «estatuto jurídico de jueces y magistrados» no puede entenderse desligada de los términos en los que aparece formulada en la Constitución y del contexto en el que se inserta. El Constituyente ha impuesto a la LOPJ el mandato de determinar, delimitar, concretar y precisar, el estatuto jurídico de los jueces y magistrados, que integran el «poder judicial». La reserva de Ley impone al legislador, además de promulgar esa LOPJ, regular efectivamente en ella la materia objeto de la reserva. Esa obligación que se residencia en el legislador es coherente con la exigencia constitucional de que sea la Ley, la que establezca las causas y garantías, por las que un juez o magistrado puede ser separado, suspendido, trasladado o jubilado (art. 117.2 CE).

La Ley reclamada por la Constitución en estos dos preceptos no puede agotarse en la mera habilitación para el ejercicio de una determinada potestad por el Consejo General del Poder Judicial, sino que debe tener una destacada naturaleza ordenadora, regulando efectivamente la materia reservada. El ámbito objetivo así reservado, en una materia en que la Constitución ha impuesto que sea el legislador el que determine el estatuto jurídico de los jueces y magistrados y las causas y garantías por las que pueden ser separados, no quedaría garantizado mediante una regulación de tal modo abierta e indeterminada que hiciera imposible concebir la norma como una razón distinguible de la voluntad de quien la debe aplicar. Ahora bien, desde el prisma de la calidad de la ley, dicha exigencia reguladora no dota de mayor intensidad a los requerimientos de certeza ínsitos en el propio principio de seguridad jurídica. El reproche que se le pueda hacer a la regulación de una materia reservada a la Ley –sea orgánica u ordinaria– desde el prisma de la indeterminación, son los mismos que se pueden realizar a dicha regulación desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica.

b) En relación con la inamovilidad se ha destacado que la «inamovilidad significa, con arreglo a su acepción general, que, nombrado o designado un juez o magistrado conforme a su estatuto legal no puede ser removido del cargo sino en virtud de causas razonables tasadas o limitadas y previamente determinadas» (STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 10). La garantía de la inamovilidad viene dada no sólo en cuanto se establece una reserva de Ley Orgánica (art. 122.1 CE), sino en cuanto esa Ley ha de regular con precisión las causas y garantías, por las que un juez o magistrado puede ser separado, suspendido, trasladado o jubilado de modo suficientemente preciso y determinado. En tal sentido, la exigencia de que las causas fueran lo suficientemente precisas y predeterminadas, fue puesta de manifiesto, *a sensu contrario* por la STC 204/1994, FJ 11, que descartó la vulneración del principio de inamovilidad al encontrarse la causa de cese del Juez togado por ascenso militar, «lo suficientemente precisa y predeterminada como para que no pueda considerarse, por sí misma, que atente a la garantía de la inamovilidad judicial». Resulta por ello incontrovertido que el legislador debe fijar de modo expreso y explícito las causas y garantías a las que deberá sujetarse cualquier decisión que suponga la suspensión o separación de un juez o magistrado, pues de lo contrario la garantía de la inamovilidad se verá necesariamente concernida.

Ahora bien, la garantía que la inamovilidad supone, se agota una vez que el juez o magistrado ha sido separado, suspendido, trasladado o jubilado, sin que la misma pueda

proyectarse ni sobre la previa decisión de acceso a la carrera judicial, ni sobre la ulterior de rehabilitación, reincorporación o reingreso a la función jurisdiccional.

7. Llegados a este punto, nos encontramos en condiciones para resolver la duda de inconstitucionalidad planteada. A tal fin, es conveniente examinar (i) en primer lugar la literalidad del precepto en relación con los criterios a los que se enfrenta el aplicador de la norma y las garantías que se derivan para el afectado; (ii) la posibilidad de efectuar una interpretación no reconstructiva de la norma; (iii) y, finalmente, si la norma satisface la seguridad jurídica exigida en relación con la situación en la que queda aquél al que se le declara no apto.

(i) Debemos retomar en primer lugar la literalidad del precepto cuestionado: «el reingreso en el servicio activo de los suspensos exigirá la previa declaración de aptitud por el Consejo General del Poder Judicial, quien recabará los informes y practicará las actuaciones necesarias para su comprobación».

De la literalidad del precepto no se pueden obtener los parámetros para alcanzar certeza o cognoscibilidad de los presupuestos que definen, ni de la concreta finalidad que se persigue con la declaración de aptitud necesaria para la reincorporación al servicio activo y en consecuencia para que cese la situación de suspensión de funciones aplicada como sanción disciplinaria. La ausencia de regulación normativa, que afecta directamente al estatuto judicial, no permite efectuar una valoración anticipada por quienes deben aplicarla. La orfandad reguladora, en la que el término «aptitud» aparece desasido de cualquier ropaje jurídico que permita delimitarlo, produce una incertidumbre insuperable acerca de los aspectos a tomar en consideración para valorar la misma, pese a que de la declaración de aptitud depende que el magistrado pueda ejercer o no la función jurisdiccional. La norma no permite definir qué debe entenderse por aptitud y en consecuencia cuales son los parámetros para valorar la idoneidad, suficiencia o capacidad de quien pretenda dicha declaración. No se dan las condiciones de accesibilidad ni de cognoscibilidad del contenido de la declaración a la que se refiere el precepto y de la que depende de facto la proyección temporal o el cese de la sanción de suspensión de funciones iniciada como consecuencia del procedimiento disciplinario. La norma en este punto aparece desprovista de las garantías constitucionalmente exigidas por el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y reserva de ley (arts. 117.2 y 122.1 CE). Es cierto que la norma se tiene por existente y vigente, presupuestos éstos necesarios para satisfacer las exigencias de seguridad jurídica, pero no suficientes, en tanto que de la misma no resulta la posibilidad de entender lo que la norma determina: su sentido.

Dicha orfandad reguladora afecta al aplicador de la norma que carece de criterios en los que basar la declaración de aptitud o denegarla. Esta conclusión viene avalada por la errática tramitación seguida en este caso, pues tras una primera propuesta elaborada por el jefe del servicio de personal en la que se mostró favorable a la declaración de aptitud para el reingreso al servicio activo del magistrado, se formuló una segunda en sentido contrario en la que se informaba de modo desfavorable la declaración de aptitud solicitada. Incluso la imprevisibilidad de los presupuestos de la decisión se manifestó en la discordante tramitación del expediente de reincorporación, pues, pese a solicitar al magistrado con carácter previo a formular la segunda de las propuestas que informara sobre las actividades y estudios en materias jurídicas que hubiera podido realizar durante el tiempo en el que había estado suspendido de funciones, sin embargo el rechazo a la declaración de aptitud nada tuvo que ver con lo acontecido en el periodo de suspensión, sino que se fundamentó en la conducta del magistrado previa al inicio del cumplimiento de la sanción de suspensión definitiva de funciones.

Ahora bien, la ausencia de precisión del precepto, no solo afecta a quien debe aplicar la norma, sino también y fundamentalmente al destinatario de la misma que no puede confiar, ni calcular, el resultado de su aplicación. Quien pretende reingresar tras la sanción de suspensión no tiene elementos con los que efectuar un pronóstico sobre las posibilidades de reincorporación al servicio activo, la norma no los facilita. Tampoco es

posible obtenerlos de los informes y actuaciones que pueden ser recabados por el Consejo General del Poder Judicial, pues nada se dice en el precepto sobre su contenido o naturaleza. La intensidad de la laguna o carencia produce confusión o dudas no solo en los aplicadores, sino también en los destinatarios a quienes les afecta una incertidumbre razonablemente insuperable, tanto en relación con la conducta exigible para que se produzca la declaración de aptitud, como acerca de la previsibilidad de sus efectos.

(ii) De la literalidad de la ley no resulta la posibilidad de entender lo que la misma determina: su sentido, por lo que la imprecisión de la norma no puede ser salvada sin su reconstrucción. El informe de la Fiscal general del Estado apunta a dicha reconstrucción cuando afirma que para valorar la aptitud solo pueden tomarse en consideración situaciones sobrevenidas –por tanto no las anteriores– y de naturaleza fáctica –excluyendo las jurídicas– al existir una presunción de aptitud como consecuencia de la superación de las pruebas de acceso. Sin embargo, la interpretación del precepto no posibilita considerar tales conclusiones como las únicas posibles. El precepto permite optar entre una pluralidad de posibilidades razonables, lo que genera una incertidumbre insuperable que solo el legislador debe y puede resolver. Incluso la interpretación propuesta por el Ministerio Fiscal es poco compatible con los antecedentes de la norma que en su redacción original indicaba que la declaración de aptitud «se ajustará a lo prevenido en esta Ley sobre condiciones que deben reunirse para el ingreso en la carrera judicial».

Esa labor de reconstrucción nos está vetada pues supone «la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde» (por todas, STC 273/2005, FJ 8).

(iii) Por otra parte, la deferencia hacia el máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123.1 CE) nos lleva a compartir la exégesis que efectúa la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo cuando afirma –frente a lo sostenido por la Fiscal general del Estado y el Abogado del Estado–, que la norma no permite prever las consecuencias que se derivan en caso de que tal declaración de aptitud se deniegue. No compartimos la argumentación del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado, por la que consideran que el magistrado, que ha cumplido la sanción de suspensión, si se rechaza la declaración de aptitud por el Consejo General del Poder Judicial, continua en la misma situación de suspensión de funciones *sine die*. Tal conclusión supone una interpretación restrictiva a la efectividad de los derechos del que ha cumplido la sanción y además no se aviene con la regulación de la situación de suspensión de funciones.

En este sentido, la situación de «suspensión de funciones» prevista en el artículo 348 d) LOPJ, exige que el juez o magistrado sea «declarado» en esa situación, y que lo sea «en los casos y en la forma establecidos en esta Ley» (art. 361.1 LOPJ). La situación de suspensión de funciones tiene que ser declarada, no cabe que el juez o magistrado se encuentre en una situación de suspensión de funciones que no haya sido previamente declarada por el órgano competente. Debe recordarse además que la suspensión de los jueces y magistrados «sólo tendrá lugar» en los casos recogidos en el artículo 383 LOPJ, entre los que no se encuentra aquél que no obtuviera la declaración de aptitud. Y finalmente, tanto la suspensión de funciones provisional –acordada durante la tramitación de un procedimiento judicial o disciplinario (art. 362.1 LOPJ)– como la definitiva –impuesta «en virtud de condena o como sanción disciplinaria» (art. 365.1 LOPJ)–, tienen una duración determinada –la provisional por regla general «no podrá exceder de seis meses» (art. 362.2 LOPJ) y la definitiva durará hasta que «transcurra el plazo de suspensión» (art. 365.4 LOPJ)–. La indeterminación de la situación en la que queda el juez o magistrado que no obtiene la declaración de aptitud es incompatible con la limitación temporal esencial en la configuración de la situación de suspensión de funciones.

Para finalizar debe indicarse que el precepto no responde: a la situación en que queda el afectado, a cuándo puede volver a solicitar el reingreso, o, a cómo podrá justificar la aptitud una vez le hubiera sido denegada. Esto es, la norma no permite prever con un mínimo grado de determinación las consecuencias que la falta de declaración de aptitud conlleva o las facultades que conforman la nueva situación en la que queda el magistrado. A quien ha cumplido la sanción de suspensión se le sumerge en un «limbo jurídico» de contornos tan indefinidos, como imprecisos –por inexistentes– son los presupuestos que le llevan a dicha situación. La ausencia de regulación, como bien indica el Auto de planteamiento, se encuentra conectada a aspectos tan sensibles como necesitados de definiciones precisas. En este sentido, la orfandad reguladora se proyecta a la situación iniciada como consecuencia del cumplimiento de la sanción de suspensión, lo que intensifica el efecto perturbador de la inseguridad jurídica producida.

8. Por lo anteriormente expuesto procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad del apartado primero del artículo 367 LOPJ, y, a tenor de lo previsto en el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, extender esa declaración de inconstitucionalidad por conexión a los incisos «tras la declaración de aptitud» y «quedando sin efecto la declaración de aptitud» contenidos en su apartado segundo, al vulnerar el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en relación con los principios de reserva de ley (arts. 117.2 y 122.1 CE), al no generar la declaración de nulidad, consecuente a la declaración de inconstitucionalidad, ningún vacío normativo que lo imposibilite (STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6, *a sensu contrario*).

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad, planteada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y, en consecuencia, declarar que el apartado primero del artículo 367 LOPJ y los incisos «tras la declaración de aptitud» y «quedando sin efecto la declaración de aptitud» contenidos en su apartado segundo, son inconstitucionales y nulos.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a trece de diciembre de dos mil dieciocho.–Juan José González Rivas.–Encarnación Roca Trías.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Antonio Narváez Rodríguez.–Alfredo Montoya Melgar.–Ricardo Enríquez Sancho.–Cándido Conde-Pumpido Tourón.–María Luisa Balaguer Callejón.–Firmado y rubricado.