



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA EXCMA. VOCAL SRA. D.<sup>a</sup> MONTSERRAT COMAS DE ARGEMIR I CENDRA, AL ACUERDO DEL PLENO DEL CGPJ de fecha 23 de Julio 2003, por el que se ha ESTIMADO EN PARTE EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR EL EXCMO. SR. FISCAL GENERAL DEL ESTADO CONTRA LA PROVIDENCIA DEL EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO, DE FECHA 11 DE JULIO DE 2003, POR LA QUE SE DISPUSO LA CONSTITUCIÓN DE LA SALA DE DISCORDIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 262 DE LA LOPJ, DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL CITADO TRIBUNAL SUPERIOR.**

I.

La discrepancia con el acuerdo de la mayoría que motiva la emisión del presente Voto particular se refiere principalmente a la competencia de este Consejo General del Poder Judicial para fiscalizar en vía de recurso gubernativo la conformidad a Derecho de las designaciones de Magistrados que deban concurrir para la formación de la Sala de Discordia prevista en el artículo 262.2 de la LOPJ. Por consiguiente la discrepancia no se extiende, al menos en su integridad, a la resolución de fondo de la cuestión material debatida en el caso que nos ocupa, a saber: la conformidad a Derecho de la composición de la Sala de Discordia dispuesta por el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante Providencia de fecha 11 de julio de 2003. Lo que sucede es que, de acuerdo con el criterio que sustenta este Voto, no cabe discutir dicha cuestión en vía gubernativa, sino en la vía jurisdiccional, por cuanto lo que está en juego es el derecho fundamental al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), cuya tutela corresponde de forma exclusiva y excluyente al Poder Judicial y no a un órgano de carácter político-administrativo como es el CGPJ.

II.

De lo anterior resulta que la discrepancia que se expresa se refiere, en lo esencial, al Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución que no se comparte, que es precisamente aquel en que se afirma la naturaleza gubernativa de las designaciones de Magistrados que deban concurrir para la formación de Salas de Discordia, en tanto que presupuesto lógico de la competencia de este Consejo General del Poder Judicial para fiscalizar su conformidad a Derecho en vía de recurso de alzada.

En lo sustancial, la Resolución de la que se discrepa fundamenta la naturaleza gubernativa de las designaciones que ahora nos ocupan con base en dos argumentos principales. Pues bien, a juicio de quien suscribe el presente Voto, ninguno de ellos permite extraer la conclusión a cuyo efecto se aducen, por las razones que se exponen a continuación.

De un lado, se deduce la naturaleza gubernativa de las designaciones de Magistrados para la formación de Salas de Discordia de la naturaleza gubernativa que ciertamente tienen otras designaciones distintas de las que aquí nos concitan. Sin embargo, tal extrapolación de naturalezas jurídicas ignora que así como en otros supuestos la LOPJ atribuye la competencia correspondiente a órganos genuinamente gubernativos, la misma Ley la atribuye sin embargo a un órgano que carece de dicha cualidad cuando se trata de las designaciones de Magistrados

que deban concurrir para la formación de una Sala Discordia. En efecto, algún significado hermenéutico habrá que atribuir a la singular circunstancia de que el legislador, que en otros casos sí atribuye expresamente la potestad de designación de Magistrados a órganos genuinamente gubernativos (*vid.* arts. 152.1 4.º, 199), no lo haya hecho así en el supuesto a que se refieren los artículos 262 y 263 de la LOPJ. Si el legislador no quiso sujetar este supuesto a un régimen singular, ¿por qué no se remitió sencillamente a la norma general o atribuyó expresamente la competencia para efectuar las designaciones oportunas a la Sala de Gobierno o al Presidente del Tribunal en cuanto órgano gubernativo, en lugar de al Presidente de la Sala en que previamente se produjo la discordia? Lo que no parece ofrecer dudas, por tanto, es que en el supuesto que nos ocupa el legislador ha querido a todas luces configurar una reserva de jurisdicción o, lo que es lo mismo, sustraer la decisión al ámbito gubernativo. Con otras palabras: es éste un supuesto en que la tutela del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) queda de entrada reservada al ámbito jurisdiccional.

Asimismo, la Resolución de la que se discrepa arguye que *“la naturaleza gubernativa también se aprecia en el llamamiento de un Magistrado a una determinada Sala a fin de completar otra Sala previsto en el artículo 199 de la LOPJ”*. Tal argumento resulta objetable por la misma razón ya expuesta en el párrafo anterior: ciertamente, el artículo 199 de la LOPJ configura una competencia gubernativa, pero sucede que el artículo 262 de la misma Ley, que podría haber remitido a aquél o haber configurado de cualquier otro modo una competencia igualmente gubernativa, no lo hace. Además, el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 199 de la LOPJ es un supuesto de hecho que, en contra de lo que se afirma en la Resolución apoyada por la mayoría, no guarda similitud con el que regulan los artículos 262 y 263 de la LOPJ. En efecto, poco parecido hay entre ambos supuestos de hecho: en un caso no hay Magistrados suficientes para formar sala (ésta no se ha podido formar siquiera, no preexiste a las designaciones necesarias), mientras que en el otro sí los hay (de hecho, ya existe y viene actuando jurisdiccionalmente), sólo que en ella no se ha podido lograr el acuerdo. En el primer caso se justifica plenamente el criterio residual de completar la sala con los Magistrados más modernos, pero no parece que éste sea el criterio más adecuado para completar una Sala, como la de Discordia, cuyo fin es dirimir un empate producido en la sala en su composición inicial y cuyos criterios de composición vienen expresamente regulados en la ley y son distintos a cualquier otro de los supuestos legales contemplados para la composición de las Salas. En efecto, el art.262.2 de la LOPJ dispone: *“Si no se obtuviere acuerdo, la discordia se resolverá mediante celebración de nueva vista, concurriendo los Magistrados que hubieran asistido a la primera, aumentándose dos más, si hubiese sido impar el número de los discordantes, y tres en el caso de haber sido par. Concurrirá para ello, en primer lugar, el Presidente de la Sala, si no hubiere ya asistido; en segundo lugar, los Magistrados de la misma Sala que no hayan visto el pleito; en tercer lugar, el Presidente de la Audiencia, y finalmente, los Magistrados de las demás Salas, con preferencia de los del mismo orden jurisdiccional”*. La indeterminación del modo de ser llamados estos últimos necesariamente comporta que deba acudirse a las reglas complementarias que se establezcan a través de un “turno preexistente” acordado por las Salas de Gobierno. Sin embargo, la designación última acordada en providencia en el curso de la causa de los concretos llamados a formar la Sala de la Discordia, es un acto de naturaleza jurisdiccional y no de carácter gubernativo.

En todo caso, resulta llamativo que se pretenda deducir la naturaleza gubernativa de la designación de los Magistrados que deban concurrir para la formación de Salas de Discordia de un precepto cuya aplicabilidad *ad casum* sólo es posible –en el mejor de los casos– en vía analógica. Es éste un fundamento pobre y endeble para sustentar el criterio en que se apoya la Resolución de la que se discrepa.

Finalmente, la Resolución señala que *“la Providencia de 11 de julio de 2003 no se limita a hacer tales designaciones –cuya naturaleza jurisdiccional acaba reconociendo expresamente el propio voto mayoritario al integrar el tercer momento del iter decisorio para constituir la Sala de Discordia– sino que además constituye un acto de determinación de las reglas para efectuar el concreto llamamiento de los Magistrados”*. Contrariamente a lo pretendido por la Resolución que no se comparte, tal razonamiento viene, en realidad, a dar la

razón a quienes discrepamos de la misma. Pues, en efecto, la extralimitación en el ejercicio de una función que finalmente se reconoce como jurisdiccional comporta, como es obvio, la disconformidad a Derecho de dicho ejercicio, pero no una alteración de la naturaleza jurídica de la función ejercida. Dicho de otro modo: la extralimitación en el ejercicio de una función jurisdiccional seguido un turno distinto, o por haberse alterado el existente, no convierte la función ejercida en gubernativa. Del mismo modo –cabría decir- que una sentencia contraria a la ley no se convierte automáticamente, precisamente por ser contraria a la ley, en un acto de naturaleza legislativa que deba ser tratado conforme a las reglas a las que tales actos se hallan sujetos.

### III.

De cuanto se ha razonado resulta, así pues, que la vía procedente para fiscalizar la conformidad a Derecho de las designaciones de Magistrados que deban concurrir para la formación de la Sala de Discordia prevista en el artículo 262.2 de la LOPJ no es la vía gubernativa (y posteriormente, en su caso, ya en sede jurisdiccional, la vía contencioso-administrativa), sino la vía jurisdiccional ordinaria dentro del respectivo orden jurisdiccional de que se trate en cada caso, agotada la cual podrá recurrirse en amparo, en su caso, ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24 CE).

De ahí que, de acuerdo con el criterio que sustenta el presente Voto, el recurso de alzada interpuesto por el Excmo. Sr. Fiscal General del Estado contra la Providencia del Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 11 de julio de 2003, por la que se dispuso la composición de la Sala de Discordia prevista en el artículo 262 de la LOPJ, en los rollos acumulados núms.19/03 y 21/03 de la citada Sala, deba ser declarado inadmisibile al tener por objeto una resolución jurisdiccional no susceptible de impugnación en vía gubernativa.

En Madrid, a 23 de julio de 2003  
LA VOCAL

Montserrat Comas d'Argemir i Cendra