

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN EL VICEPRESIDENTE D. FERNANDO SALINAS MOLINA Y LOS VOCALES D. LUIS AGUIAR DE LUQUE, D. JUAN CARLOS CAMPO MORENO, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> ANGELES GARCÍA GARCÍA, D. FÉLIX PANTOJA GARCÍA, D. ALFONS LOPEZ TENA, (ESTE ULTIMO SE ADHIERE AL NO HABER ASISTIDO AL PLENO POR CAUSA JUSTIFICADA) AL ACUERDO ADOPTADO EN EL PLENO DEL DIA 8 DE MARZO DE 2006, SOBRE RESOLUCIÓN AL RECURSO DE ALZADA NÚM. 12/06. INTERPUESTO EN REPRESENTACIÓN DE DOÑA INMACULADA PUIG ANTICH, DOÑA MONTSERRAT PUIG ANTICH DOÑA CARMEN PUIG ANTICH Y DOÑA MERCEDES PUIG ANTICH, CONTRA EL DECRETO GUBERNATIVO DEL EXCMO. SR. PRESIDENTE DE LA SALA QUINTA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

**I.-** Sin plantearnos en este voto particular el carácter jurisdiccional o gubernativo del Decreto impugnado, nuestras discrepancias con la resolución del Pleno por la que se desestima el recurso de alzada nº 12/06, interpuesto contra el Decreto Gubernativo del Excmo. Sr. Presidente de la Sala Quinta de lo militar del Tribunal Supremo, de fecha 22.12.05, dictado a propósito del recurso de revisión nº 102/12/05, son de fondo.

**II.-** La filosofía que subyace en la resolución del Pleno es que los Presidentes de Sala pueden avocar a Pleno prácticamente de forma discrecional el conocimiento de los asuntos, en base a una interpretación subjetiva ( tal y como se expresa en la resolución del Pleno), en la que solo se exigiría una invocación formal del criterio adoptado.

Nuestras discrepancias, por tanto, respecto a este criterio es de fondo.

Efectivamente a diferencia del criterio del Pleno consideramos que la expresión “ necesidad” utilizada por el art. 197 de la LOPJ no puede ser interpretada en clave subjetiva de manera que sea cada Presidente el que, a su libre arbitrio decida los asuntos de los que ha de conocer el Pleno o las secciones correspondientes, pues interpretarlo así supondría de facto el otorgamiento a dichos Presidentes de una facultad prácticamente incondicional, contraría a juicio de quienes formulan este voto, al sentido de las normas aplicables y de los principios informantes de cualquier actuación administrativa en virtud de cuanto establece la CE. Por el contrario, consideramos que el concepto de necesidad debe ser interpretado con sujeción a criterios de una mayor objetivación a fin de evitar los criterios personalistas de cada Presidente por muy bien intencionados que estos fueran. En tal sentido, y a efectos meramente ilustrativos, es conveniente acudir a cuanto establece el art. 10 LOTC en donde expresamente se prevé la regulación de los asuntos que pueden ser avocados a Pleno, al objeto de extraer una serie de criterios interpretativos sobre cuándo proceder hacer uso de las facultades del art. 197 LOPJ.

**III.-** Con carácter previo a analizar los motivos fundamentadores de una decisión de tal naturaleza, que debe ser excepcional, advertía Francisco Rubio Llorente lo siguiente:

“La división entre Pleno y Salas, unida al hecho de que la única vía abierta para que aquél decida sobre un Recurso de Amparo sea la de la avocación, muy formalizada, y cuya utilización puede herir susceptibilidades o despertar suspicacias...”.

**IV.-** Dicho lo anterior, examinaremos los criterios seguidos por el Tribunal a la hora de determinar los asuntos que ha de ser conocidos por el Pleno, deduciéndose del análisis de las distintas resoluciones al respecto, el carácter objetivo seguido por el Tribunal Constitucional a la hora de procederse a la avocación a Pleno. Así, en ocasiones el criterio determinante ha sido la importancia objetiva del asunto planteado. En este sentido, es evidente que algunas de las resoluciones más importantes del Tribunal en Derechos Fundamentales han sido dictadas por el Pleno en aplicación de este mecanismo, pudiendo citarse en este sentido las SSTC de 31.3.1982, 4.2.1983.

En otras ocasiones la elevación al Pleno parece no producirse como consecuencia de la importancia objetiva del pronunciamiento, sino de las discrepancias surgida en la Sala a la hora de decidir sobre el Recurso de Amparo, existiendo finalmente supuestos que pueden calificarse en ambas categorías al mismo tiempo, razón por la cual no puede determinarse en un momento concreto en el que se deba producir la avocación. Ahora bien, si es por causas objetivas, lo razonable es pensar que ha de producirse desde su admisión, pues carece de sentido que habiéndose acordado como en este caso, el conocimiento de este asunto por unos Magistrados concretos en virtud del correspondiente turno de reparto, posteriormente y en el mismo día señalado para la deliberación se acuerde la avocación a Pleno.

A la vista de tales criterios, y de los principios informadores de cualquier actuación administrativa habremos de concluir que en este caso no existían razones objetivas, o por lo menos no se expresan así en el Decreto del Excmo. Sr. Presidente de la Sala Quinta.

Es cierto que el Decreto en cuestión contiene una supuesta motivación, que no es tal, sino que se trata de una fórmula elegida ex profeso para justificar a una decisión subjetiva adoptada con anterioridad que afecta al Juez predeterminado por la Ley.

**V.-** Debemos añadir que nuestra jurisprudencia ha negado valor a las motivaciones efectuadas “a posteriori” e incluso ha aceptado la recusación de quien ha actuado sin motivos cambiando la composición de una Sala. En concreto, en el Auto de fecha 24 de enero de 2005 ( incidente de recusación nº 3/2005 respecto al Excmo. Sr. D. Javier Gómez Bermúdez) dictado por la Sala de Justicia de la Audiencia Nacional, se dispone ( fundamento de derecho décimo sexto ) que en el presente caso, al haberse modificado la composición inicial de los Magistrados que integraban la Sección Tercera, sin justificación alguna, justificación que llega en un momento posterior cuando se ha producido la interposición de un recurso de súplica, y un incidente de recusación, puede crear la apariencia de falta de imparcialidad en alguna de las partes, como ha sucedido, por lo que en beneficio de la máxima garantía formal del derecho a obtener la tutela judicial efectiva por jueces imparciales, procede estimar la causa de abstención, que en este caso es de recusación, recogida en la causa décima del artículo 219 de la LOPJ.

**VI.-** Por todo ello, y esa es la razón de nuestro voto, consideramos, primero que la facultad del art. 197 LOPJ no es discrecional y, segundo, que la supuesta motivación del Decreto es meramente formal sin que en realidad obedezca a razones objetivas, más allá del criterio subjetivo de quien la dictó. Que ello es así lo demuestra el que en la primera ocasión en la que se acordó el conocimiento de este asunto por el Pleno no se hizo justificación alguna y sí sólo después de que se acordara la anulación de dicha

resolución. Luego, por tanto, las razones de la avocación a Pleno son meramente nominalistas o formales fruto de un criterio marcadamente subjetivo contrario al espíritu y finalidad del art. 197 LOPJ.

Todas estas razones nos llevan a realizar este voto particular.

Madrid, 9 de marzo de 2006

Fdo: Fernando Salinas Molina

Fdo: Luis Aguiar de Luque

Fdo: M<sup>a</sup> Angeles García García

Fdo: Félix Pantoja García

Fdo: Juan Carlos Campo Moreno

Fdo: Alfons López Tena