

**Voto particular que formula el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en la Cuestión de Inconstitucionalidad 2860-2018,**

De conformidad con lo previsto en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, reflejo en este voto particular mi opinión discrepante tanto con la fundamentación como con la decisión alcanzada por la mayoría de los Magistrados de este Tribunal, con el respeto que ambas por supuesto me merecen, en relación con uno de los motivos de la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Me refiero a la declaración de que no conculca el art. 122.1 de la Constitución, la creación por norma de rango legal ordinario, de un órgano judicial con competencia única e inmodificable (salvo por la propia ley), como es la Sección encargada de resolver el recurso de casación por infracción de normas autonómicas contra Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. La cuestión de inconstitucionalidad debió ser estimada en este punto, conforme a los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno y que a continuación expongo:

1. Es doctrina inalterada de este Tribunal, ante todo, que el enunciado del art. 122.1 de la Constitución (“La ley orgánica del poder judicial determinará, la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales...”) trae como consecuencia, en lo que se refiere al aspecto estrictamente orgánico, que ha de ser necesariamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial (hoy, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio), y no en otra ley orgánica, ni tampoco en una ley de rango legal ordinario, donde se contenga la “configuración definitiva de los Tribunales de Justicia” en los distintos ámbitos materiales de tutela (SSTC 38/1982, FJ 5; 254/1994, FJ 3; 213/1996, FJ 3; y 91/1998, FJ 2.B). Ello no obsta a que, asegurada en todo caso esa previsión en la LOPJ, puedan producirse en paralelo o con posterioridad, remisiones y referencias lógicas del legislador a tales juzgados y tribunales en las distintas leyes de procedimiento, en la ley de Demarcación y de Planta Judicial (Ley 38/1988, de 28 de diciembre), o en cualquier otra normativa que incluya la atribución de competencias a cualquiera de ellos. Por tanto, la denominación del órgano, el orden jurisdiccional donde éste ha de ejercer la potestad del art. 117.3 CE, y los ámbitos en que ha de impartirla (instancia o recursos devolutivos), constituyen contenido propio e inexcusable de la Ley Orgánica del Poder Judicial, previo a su puesta en funcionamiento.

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, se ocupó de la modificación de diversos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ninguno de ellos relativo a los Tribunales Superiores de

Justicia de las Comunidades Autónomas. E incluyó en sus disposiciones finales la modificación parcial también de diversas leyes de procedimiento, entre ellas la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (disposición final tercera), a cuyas normas otorgó expresamente rango de ley ordinaria (disposición final quinta de la misma Ley Orgánica 7/2015). Es aquí, de manera exclusiva, y no conjuntamente y en correspondencia con su inserción en la LOPJ, donde se dio forma a un nuevo órgano judicial, la Sección con función casacional autonómica regulada en los párrafos segundo y tercero del art. 86.3 LRJCA.

2. Dentro de la organización judicial española las “Secciones” se configuran como un auténtico tribunal de justicia, pero no están dotadas de autonomía orgánica ni funcional, por cuanto en ambos aspectos resultan dependientes de un órgano superior. La LOPJ las incardina dentro de las Salas jurisdiccionales de los tribunales colegiados (art. 27.1), tanto cuando se trata del Tribunal Supremo (art. 54), como de la Audiencia Nacional (arts. 63.1 y 64.2), y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (arts. 72.2 y 73.6 -este último, respecto de su Sala de lo Civil y Penal-). Y no formula en ninguno de esos casos previsión específica alguna acerca de sus competencias, porque éstas son justamente las que se asignan a las distintas Salas en las que tales Secciones se constituyen. Además, conforme al art. 152.1 de la misma LOPJ, son las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, las encargadas de aprobar las normas de reparto de los asuntos entre las distintas Secciones de cada una de las Salas de dichos Tribunales (para cada año judicial), así como los turnos para su composición y funcionamiento, facultad que en la práctica se ha extendido también a la creación y supresión de las Secciones, de acuerdo con la propuesta que haga el Presidente de cada Sala, atendida la carga de trabajo existente. En lo que respecta a las Audiencias Provinciales, éstas carecen de Salas y administran justicia bien constituidas como tales Audiencias (si el volumen de los asuntos lo permite), bien a través de las Secciones integradas en ellas (arts. 80.2; 81 apartados 1, 3 y 4; 82.1.3º y 82.2 apartados 2º, 3º y 4º), siendo en este último caso el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde radican, el encargado de aprobar las normas de reparto de los asuntos entre las diferentes Secciones (respetando el mandato de especialización de algunas de ellas, según los preceptos citados de la LOPJ), y su constitución la acuerda el Gobierno por Real Decreto (art. 36 LOPJ, art. 20 LDPJ), quien también puede hacerlo para otros Tribunales (como muestra, el Real Decreto 229/2017, de 10 de marzo, aprobando medidas para hacer efectiva la segunda instancia penal, que incluye la creación de Secciones de apelación penal en la Sala de lo Civil y Penal de algunos Tribunales Superiores de Justicia).

3. Con ruptura del sistema así establecido por la Constitución y la LOPJ, los párrafos segundo y tercero del art. 86.3 LRJCA que son objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, crean en el seno de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia una nueva Sección, a la que se confiere nominalmente una competencia exclusiva y excluyente, la del recurso de casación por “infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma” contra Sentencias dictadas por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del respectivo Tribunal Superior de Justicia (art. 86.3 párrafo primero). También son exclusivas las reglas para su composición entre Magistrados de la Sala o Salas de lo Contencioso-Administrativo de cada Tribunal Superior (art. 86.3, párrafo segundo), sin ninguna relación por tanto con las demás Secciones que operan en éstos al amparo del art. 72.2 LOPJ. La Sala de Gobierno del Tribunal Superior únicamente interviene para fijar los turnos entre Magistrados que “ocuparán los puestos” de tal Sección específica y especializada, cuando exista más de una Sección en la Sala o Salas de lo Contencioso-Administrativo (art. 86.3, párrafo tercero). No puede la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, ni tampoco el Gobierno de la Nación por Real Decreto, acordar la creación o supresión de dicha Sección especial, sea cual fuere su carga de trabajo efectiva, ni modificar su competencia, extremos que quedan reservados al legislador, pero no al orgánico de la LOPJ encargado de la “configuración definitiva de los Tribunales de Justicia”, sino al legislador ordinario (LRJCA).

Por si todo esto no supusiera suficiente anomalía del mandato constitucional, resulta que el objeto de conocimiento de esa Sección *ad hoc* es el recurso devolutivo extraordinario de casación, el cual cabe según se ha indicado ya, contra las Sentencias dictadas -en única instancia o en apelación- por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo dentro de la cual dicha Sección formalmente se incardina. Es decir, aunque a efectos formales se la configura con subordinación a la Sala, funcionalmente se la sitúa por encima de ésta, pues se erige en órgano revisor de sus resoluciones y no por cierto de aquellas de naturaleza interlocutoria, sino definitiva (Sentencias). Semejante potestad de control jerárquico no solamente no la tiene ninguna otra Sección de ningún Tribunal establecido, sino que tampoco la ostenta ninguna Sala de Justicia en los distintos órdenes jurisdiccionales, salvo las dos únicas excepciones de la Sala especial del art. 61.1 LOPJ y de la Sección de casación para la unificación de doctrina del art. 61.3 LOPJ, ambas dentro del Tribunal Supremo y, no por casualidad sino precisamente por tener esas funciones definidas expresamente en dicha Ley Orgánica.

4. La Sentencia aprobada por la mayoría del Pleno desestima en el Fundamento Jurídico 4, letras b) a d), este punto planteado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que se apoyaba en un Informe del Gabinete Técnico del CGPJ de 30 de mayo de 2017 en el mismo sentido, y que respaldó en este proceso constitucional la Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones. Parte la Sentencia para ello de relativizar la distinción entre “Secciones orgánicas” y “Secciones funcionales”, postura ésta con la que estamos de acuerdo, pero de la que luego se desdice en varias ocasiones, en las que apela justo a esa categorización, sin resultado eso sí efectivo. Luego de citar y transcribir en parte diversos preceptos de la LOPJ en los que se alude desde diversas ópticas a las Secciones, la Sentencia aprobada afirma, ya en referencia al órgano judicial cuya creación se cuestiona, que “la composición de las referidas Secciones no ha sido establecida de forma reglada”, sino que corresponde a la Sala de Gobierno, aludiendo con ello a la potestad que tiene ésta (art. 86.3, párrafo tercero) de intervenir en su composición anual, cuando hubiere más de una Sección o Sala en ese Tribunal Superior. Pero nada dice del dato previo fundamental del que ya hemos hecho advertencia antes, y es que es la ley y no la Sala de Gobierno la que predetermina qué cargos judiciales han de componer tal Sección (art. 86.3 párrafo segundo), cosa que no sucede en absoluto en las Secciones creadas al amparo del art. 72.2 LOPJ en las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia. La Sentencia continúa razonando que el precepto cuestionado no vulnera el art. 78 LOPJ (lo que no es materia de debate aquí), pero no desmonta la evidencia de que la Sección especial tiene otorgada una competencia que la sitúa por encima de las atribuidas a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, todo esto sin reflejo expreso en la LOPJ, lo que lejos de “sobreevaluar” el problema supone constatar el vaciamiento del mandato constitucional del art. 122.1 CE. Un vaciamiento que no solo se produce cuando la previsión de la ley ordinaria se opone frontalmente u obstaculiza en su caso la previsión de la LOPJ -algo inobjetable-, sino también cuando simplemente se omite toda referencia en esta última al órgano judicial creado, como aquí ha sucedido. Finalmente, sustentar la validez de la norma cuestionada, como se señala en la Sentencia aprobada, por el hecho de haber funcionado anteriormente una Sección de composición semejante encargada de los recursos de casación para la unificación de doctrina autonómica, en interés de ley y de revisión, conforme los ya derogados arts. 99.3, 101.3 y 102 LRJCA (aunque sorprendentemente conservada en el art. 16.4 de esta última ley, sin supresión ni modificación por la Ley Orgánica 7/2015, en otra muestra palpable de defectuosa técnica legislativa), ni puede tener efectos sanatorios, ni revela otra cosa que el padecimiento del mismo déficit constitucional por parte de aquella Sección, formalmente hoy ya extinta.

Por todo ello, considero que la presente cuestión de inconstitucionalidad debía haber sido estimada en el punto objeto de análisis.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid a tres de diciembre de dos mil dieciocho.