

Voto particular que formula la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón al Auto dictado en el Recurso de Amparo núm. 3883-2017.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente Voto particular a la decisión del Pleno de inadmitir a trámite el recurso de amparo núm. 3883-2017.

1. Los requisitos procesales y los de fondo en el examen de admisibilidad de un amparo que debió ser tramitado.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado recientemente al Estado español que el derecho a un proceso equitativo, reconocido en el art. 6 CEDH, no exige la creación de una jurisdicción “de amparo”, pero que, existiendo la misma, el Estado tiene la obligación de velar porque los justiciables disfruten, ante ella, de las garantías fundamentales del art. 6 CEDH (§99, *STEDH de 23 de octubre de 2018, asunto Arrozpide Sarasola y otros c. España*).

Como también recuerda la jurisprudencia de Estrasburgo, esa obligación no genera un derecho absoluto de acceso a los tribunales, y por tanto no concibe un derecho incondicionado de acceso a la jurisdicción constitucional. Si así fuera, un trámite de examen de admisibilidad del recurso de amparo, como el que se contiene en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), no tendría cabida en el art. 6 CEDH, y sería intrínsecamente contrario al derecho de acceso a la jurisdicción del art. 24.1 CE. Ahora bien, teniendo el Estado un amplio margen de apreciación a la hora de establecer legalmente las condiciones de admisibilidad de un recurso, los límites normativamente previstos “*no deben restringir el acceso abierto al individuo de un modo o hasta tal punto que el derecho se vea afectado en su propia esencia. Además, (los límites) solo son compatibles con el artículo 6 § 1 si persiguen un fin legítimo y si existe una proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin perseguido (...). En efecto, el derecho de acceso a un tribunal se ve afectado en su esencia cuando la regulación deja de servir a los fines de la seguridad jurídica y la buena administración y constituye una especie de barrera que impide al justiciable ver su litigio examinado en cuanto al fondo por la jurisdicción competente (...)*”. (§98, *STEDH de 23 de octubre de 2018, asunto Arrozpide Sarasola y otros c. España*).

Por tanto, el margen que posee el Estado legislador, a la hora de regular las condiciones procesales de admisibilidad del recurso de amparo constitucional, es tan extenso como permita la persecución de un fin legítimo, y la proporcionalidad entre medios y fines. Y, a mi juicio, el Auto que inadmite a trámite el recurso de amparo núm. 3883-2017, pone de manifiesto con la interpretación que se realiza del art. 50 LOTC, que el Tribunal no asegura el respeto del derecho de la recurrente en amparo, Magistrada en ejercicio, al acceso a un proceso constitucional en que se ventile el fondo de la pretensión deducida, tras el desarrollo y conclusión de un procedimiento completo, en que todas las partes interesadas puedan poner de manifiesto sus posiciones contradictorias, incluyéndose entre ellas al Ministerio Fiscal, que ocupa una posición insustituible en el proceso de amparo (SSTC 86/1985, 17/2006, 208/2013, 12/2014, y 182/2015), dando con ello al Tribunal la ocasión de conocer todos los argumentos presentes en el litigio. El hecho de que se haya dado respuesta a las quejas de quien está legitimada para interponer el presente recurso de amparo, en un Auto de inadmisión a trámite como el que ahí se discute, ignora asimismo el derecho de la recurrente a obtener una resolución coherente, y por tanto respetuosa con el principio de seguridad jurídica y de buena administración de justicia.

Entiendo que el amparo que se inadmite por seis de los once integrantes del Pleno del Tribunal Constitucional, no responde al modelo de amparo constitucional que nuestra Constitución recoge. Ni tampoco al que diseñó el legislador orgánico al aprobar la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

No se trata de la primera ocasión en que esta circunstancia será puesta de manifiesto en un voto particular. Tampoco se trata de la primera vez en que el Pleno del Tribunal Constitucional inadmite a trámite un recurso de amparo mediante Auto motivado, tras la reforma del año 2007, basándose en el argumento principal de la manifiesta inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados. En todas y cada una de esas otras ocasiones, otros Magistrados y Magistradas, han manifestado su disconformidad con esta opción, estableciendo una serie de líneas argumentales que sostienen dicha discrepancia, y que comparto en los términos que indico.

En el ATC 9/2012, el Pleno inadmitió a trámite el recurso de amparo promovido contra varios actos parlamentarios del Congreso de los Diputados, en el contexto de la tramitación de la proposición de reforma del artículo 135 CE. Tres Magistrados, don Eugeni Gay Montalvo, don

Pablo Pérez Tremps y don Luis Ignacio Ortega Álvarez, manifestaron su disconformidad con la inadmisión en tres votos particulares. En el del Sr. Pérez Tremps se sostiene que la decisión de rechazo *a limine* se basa en una construcción procesal anclada en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que traslada a esta fase inicial un juicio de fondo, exigiendo para la admisión la concurrencia de tres elementos: a) el cumplimiento de los requisitos procesales o formales en sentido estricto [art. 50.1 a) LOTC]; b) la concurrencia de trascendencia constitucional de la demanda [art. 50.1.b) LOTC]; y c) la imposibilidad de descartar la existencia de lesión en un juicio preliminar, *ictu oculi*, de la demanda en relación con los arts. 42 a 44 LOTC [art. 50.1 a)]. Si bien el Magistrado asume esta *“construcción jurisdiccional interpretativa de la nueva regulación legal”*, rechaza que la demanda se someta en fase de admisión a un *“acabado juicio sobre el fondo de la cuestión planteada, ya que ello supondría reservar las Sentencias de amparo para pronunciamientos estimatorios y a una sustitución del juicio sustantivo por el juicio liminar”*.

El ATC 155/2016 inadmitió el recurso de interpuesto por don Pedro José Picabea Ugalde, frente a las decisiones del Tribunal Supremo de no contar las penas cumplidas en Francia a los efectos del cálculo en España de la acumulación de condenas. La inadmisión fue contestada en dos votos particulares que suscribieron, por una parte doña Adela Asua Batarrita y don Juan Antonio Xiol Ríos, y por otra don Fernando Valdés Dal-Ré y doña Encarnación Roca Trías. En el Voto de la Sra. Asua Batarrita y el Sr. Xiol Ríos, se cuestiona la extensión dada al concepto jurídico indeterminado *“manifiestamente inexistente”*, aplicado a la lesión denunciada. Ni el esfuerzo argumental utilizado por la mayoría en aquel supuesto, ni la extensión atribuida al proceso de razonamiento, ni la propia adopción de la decisión por el Pleno, permitían sostener, según los Magistrados discrepantes, la conclusión de inadmisión alcanzada, que no hacía sino resolver la cuestión de fondo.

Por último, el ATC 40/2017, expresa la opinión mayoritaria del Tribunal inadmitiendo a trámite un amparo en que se planteaba la afectación del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), de un condenado a prisión ante la decisión de denegar su traslado a un centro penitenciario más cercano a su domicilio familiar. En este caso, firmaban el Voto particular único doña Adela Asua Batarrita, don Juan Antonio Xiol Ríos y don Fernando Valdés Dal-Ré.

Comparto los planteamientos citados, añadiendo las consideraciones siguientes:

a) La construcción procesal desarrollada por el Tribunal desde la aprobación de la LO 6/2007, supone que la especial trascendencia constitucional no sea, una vez identificada, requisito suficiente para admitir a trámite un recurso de amparo, ni siquiera en los casos que, “por su importancia”, mención expresa contenida en el propio Auto del que discrepo, merecen la atención del Tribunal. A mi juicio, esta aproximación al trámite de examen de admisibilidad del recurso de amparo, no resulta coherente con la finalidad de la reforma introducida en el año 2007. Esta reforma, en lo relativo al recurso de amparo, puso el acento en que su admisión a trámite, como competencia atribuida a la Sección, debía analizar tanto el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en los arts. 41 a 46 y 49 LOTC, como el contenido del recurso, que justificaría un examen sobre el fondo del asunto “*en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*” [art. 50.1.b) LOTC].

En un supuesto en que el valor del recurso de amparo se mide en relación con su interés para la interpretación de la Constitución, el mero hecho de que esa importancia se reconozca expresamente por el Tribunal, como sucede en este caso, y ese reconocimiento sea formulado por el Pleno, y no por la Sección o por la Sala, que son los órganos inicialmente llamados a pronunciarse, obliga a formular un examen mucho más flexible respecto de la manifiesta inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados, requisito incorporado al examen de admisibilidad posterior a la reforma, por vía meramente interpretativa, tal y como reflejaba el voto del Magistrado Sr. Pérez Tremps al ATC 9/2012. En la medida en que la exigencia de valorar la viabilidad del recurso de amparo, o la apariencia de buen derecho de la parte recurrente, se agrega por vía interpretativa a los requisitos de admisibilidad del amparo tras la reforma de 2007, también por esta vía se debiera ajustar el análisis del requisito, cuando sea preciso tener en cuenta factores adicionales, como los que concurren en este caso, y se daban también en los que resuelven los AATC 9/2012, 155/2016 y 40/2017.

No hacerlo así, supone que el elemento subjetivo del amparo se superpone al interés objetivo, que es el interés prioritario que debiera tener en cuenta el Tribunal al examinar la admisibilidad del, ya no tan nuevo, recurso de amparo. Sin negar a este la dimensión subjetiva que la propia Constitución le atribuye en el art. 53.2 CE, y al que don Fernando Valdés define

como el *“nervio central del art. 53.2 CE, que no alude a los derechos fundamentales y libertades públicas en abstracto o en su dimensión objetiva”* (Voto particular al ATC 28/2013), la reforma del año 2007 buscó reforzar la dimensión objetiva, facilitando al Tribunal la selección de aquellos asuntos que, a su juicio, tuvieran la trascendencia suficiente como para justificar un atento análisis sobre el fondo del problema constitucional planteado. Tal y como se reconoce desde el momento en que el Tribunal comienza a interpretar el alcance de la reforma, el legislador optó por una nueva configuración del recurso de amparo, una configuración en que la *“mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su “especial trascendencia constitucional”, frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo”* (ATC 154/2010, de 15 de noviembre).

Lo que no resulta admisible es que la dimensión subjetiva del amparo se utilice, argumentativamente y en sentido contrario a lo buscado por la reforma, para desplazar la objetiva, y excluir del análisis de fondo asuntos relevantes, como es este, para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia.

La extensión del razonamiento desarrollado por el Pleno en el Auto del que discrepo, no niega la especial trascendencia del recurso de amparo, al contrario, y además formula ese atento análisis sobre el fondo del problema constitucional planteado, por lo que ponen de manifiesto claramente que el asunto debió ser admitido a trámite. Posiblemente el resultado final del proceso hubiera sido un fallo desestimatorio de la pretensión de la parte, a juzgar por la posición de la mayoría de Magistrados, pero no es de ninguna manera razonable pensar que la admisión del recurso de amparo deba ser sinónimo de la estimación del mismo. El propio Auto es un ejemplo paradigmático de como la forma que adopta y el procedimiento por el que se adopta una resolución judicial, puede entrar en intensa contradicción con el contenido material de lo decidido. La relevancia de la solución al problema planteado para la interpretación de la Constitución, viene marcada por la remisión del asunto al Pleno, por la extensión de la argumentación del Auto, y por la profunda discrepancia en el seno del órgano, que se pone de manifiesto en su aprobación por una ajustada mayoría de seis votos frente a cinco, y se hace expresa en los votos particulares que le acompañan.

b) Un argumento adicional refuerza mi desacuerdo con la preterición de la dimensión objetiva de este amparo, en favor de la valoración sobre el fondo del asunto en el trámite liminar de admisión. El Auto aprobado por el Pleno constata “*que el recurso de amparo no adolece de defectos procesales y que posee especial trascendencia constitucional por la segunda causa de las alegadas en la demanda*”. Desde este argumento, sin mayores explicaciones, se pasa al examen de las quejas constitucionales de fondo planteadas por la recurrente. Pero al formular de este modo el juicio relativo a la causa de especial trascendencia que concurre, el Tribunal evita analizar motivos ajenos a los alegados por la parte, pues se limita a identificar en este caso la concurrencia de una de ellos.

Este Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones que solo a él corresponde apreciar en cada caso la existencia de esa “especial trascendencia constitucional”, esto es, si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo, conforme al art. 50.1 b) LOTC, a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales (así, por todas, SSTC 172/2016, de 17 de octubre, FJ 2, y 22/2017, de 13 de febrero, FJ 2). En todo caso, es evidente que el carácter flexible que hemos predicado tanto de la noción de “especial trascendencia constitucional” como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren a este Tribunal un amplio margen para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo [STC 89/2011, de 6 de junio, FJ 2 c)], sin encontrarse vinculado por lo que la parte demandante haya alegado en su recurso. En este sentido, el Tribunal debiera haber apreciado, también, que el asunto plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social [STC 155/2009, FJ 2 g)] y ello en una doble vertiente.

Por un lado la demanda plantea el problema de los nombramientos de determinados puestos en la carrera judicial, por parte del Consejo General del Poder Judicial, y la cuestión de la discrecionalidad que preside este tipo de nombramientos. La definición de los límites a dicha discrecionalidad y el alcance del control constitucional sobre la misma, poseen indudable repercusión en la opinión pública, y por tanto inequívoca repercusión social, tanto en lo relativo a la independencia del Poder Judicial, como en lo que se refiere a la sujeción del Consejo a determinados principios constitucionales del ordenamiento, como la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) o, como expone la recurrente en amparo, la ejecución de las sentencias

de los órganos jurisdiccionales en sus propios términos (art. 24. 1 CE y 18.2 LOPJ). La duda que subyace al problema constitucional planteado obliga a reflexionar sobre el control constitucional de los mecanismos de revisión de la arbitrariedad en el seno del Poder Judicial.

Y, en segundo lugar, la cuestión de la parificación entre hombres y mujeres en los puestos cuya designación corresponde al Consejo General del Poder Judicial, es decir en los puestos de la cúpula del Poder Judicial, tampoco carece de repercusión social, en un momento como el presente, en que la reflexión pública sobre la presencia de las mujeres en los puestos de toma de decisiones no puede ser ignorada. El debate sobre la democracia paritaria, en todas sus vertientes, está en los medios de comunicación, en el debate político, en el académico y debe estar también en el debate jurídico. Por tanto, el Tribunal Constitucional no debe permanecer ajeno a esa realidad, particularmente cuando se discute sobre una fórmula de promoción profesional en la carrera judicial.

La presencia de las mujeres juezas y magistradas en los puestos cuya designación corresponde al Consejo General del Poder Judicial es llamativamente baja, sobre todo teniendo en cuenta la cantidad de mujeres que en la actualidad integran el Poder Judicial. Los datos que facilita el propio Consejo en sus informes, y particularmente en el “*Boletín núm. 53*”, publicado el 14 de mayo de 2018 de la Sección de Estadística del Consejo, son muy elocuentes: desde el año 2013, las Juezas y Magistradas constituyen el 53,2% de los miembros de la carrera judicial. La igualdad formal, lograda con la Ley 96/1966, de 28 de diciembre, que al modificar el art. 3.2.c) de la Ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos de la mujer, nos permitió acceder a la judicatura, tiene hoy una traslación material cuando se observan las cifras de mujeres integrantes de la carrera judicial. Pero esa igualdad real no alcanza a los puestos de Gobierno dentro del Poder Judicial. Y no es esta una brecha que pueda cerrarse solo con el transcurso del tiempo. El Escalafón General de la Carrera Judicial cerrado a marzo de 2018 pone de manifiesto que, en el año 2018, el 47,9% de las Magistradas tenían más de 10 años de antigüedad en dicha categoría, requisito temporal que se exige para el nombramiento en órganos de gobierno judicial. El porcentaje de Presidentas de Tribunales Superiores de Justicia es del 7,1%; el de Presidentas de Salas de TSJ el 20%; el de Presidentas de Audiencias Provinciales el 16.3 %; y el de Presidentas de Secciones de Audiencias el 21,9%. Todas esas cifras están muy lejanas del citado 47,9%.

Vistos estos datos, no parece que exija excesiva explicación la trascendencia y repercusión social que podría tener una sentencia del Tribunal Constitucional en la que se abordase la cuestión de la aplicación, por parte del Consejo General del Poder Judicial, en su propia política de nombramientos, de unas reglas de parificación obligatoria que reforzasen la presencia femenina en los puestos de responsabilidad del Poder Judicial.

Por si los anteriores argumentos no fueran suficientes, también incurre el Tribunal en una contradicción argumentativa insalvable, cuando se refiere a la causa de especial trascendencia presente en este supuesto: si la causa de especial trascendencia identificada se refiere a que el Tribunal no ha fijado doctrina sobre la cuestión de la discriminación por razón de género, que se plantea en el acceso a los puestos de gobierno del Poder Judicial, o sobre los supuestos en que la vulneración del art. 14 CE procede de la falta de adopción de medidas positivas para garantizar que la igualdad entre mujeres y hombres sea efectiva, no es posible que el propio Tribunal formule un juicio de ausencia evidente de lesión, cuando acaba de reconocer, implícitamente, que no existe un canon previo para formular dicho juicio preliminar.

c) Es preciso recordar que también el amparo es un proceso judicial, en este caso ante el Tribunal Constitucional, no haciéndolo ello inmune a las exigencias derivadas del propio art. 24 CE, en conexión con lo dispuesto por el art. 6 CEDH.

El modelo de admisión del amparo previo a la reforma de 2007 atribuía al Tribunal Constitucional la posibilidad de prescindir de la tramitación del procedimiento, y por tanto inadmitir a trámite el recurso de amparo, cuando se percibiera, desde el primer momento que una eventual sentencia jamás podría ser estimatoria (por todos ATC 274/2009, y el resto de los citados en el Voto particular de doña Encarnación Roca Trías y don Fernando Valdés Dal-Ré al ATC 155/2016). Esa claridad, exigía que la ausencia de viabilidad del recurso fuera patente, clara y notoria. Pero además, el art. 50.3 LOTC, en la versión previa a la reforma de 2007, preveía un mecanismo procesal adicional de garantía de los intereses del recurrente en amparo: en caso de que no existiera unanimidad de los integrantes de la Sección para acordar la inadmisión del recurso, debía abrirse un trámite de audiencia al solicitante de amparo y al Ministerio Fiscal, para adoptar posteriormente por Auto motivado la eventual inadmisión del recurso. Por tanto, la participación del Ministerio Fiscal y de la parte en la valoración de la manifiesta inexistencia de lesión, era un elemento necesario de apertura del debate.

En el recurso de amparo interpuesto por doña Maria del Pilar Alonso Saura, ni ella misma, ni el Ministerio Fiscal, han tenido la ocasión de pronunciarse y formular alegaciones específicas respecto de la manifiesta ausencia de la lesión denunciada, de modo tal que su situación, como recurrente en amparo, es indudablemente peor que la que hubiera tenido bajo el mandato del art. 50.3 LOTC previo a la reforma. En el actual modelo, la apariencia de lesión no basta para adoptar una decisión de admisión a trámite, porque se requiere la concurrencia de especial trascendencia constitucional, pero sin embargo la aparente ausencia de lesión basta para inadmitir, siendo esta apariencia abiertamente controvertida, y sin que la recurrente ni el Ministerio Fiscal puedan presentar alegaciones en relación con dicha controversia. Es decir, sin que este criterio adicional de admisión a trámite se haya asegurado una mínima garantía de contradicción y debate procesal abierto y amplio.

d) Por último, en este caso, no era posible determinar con carácter previo que una eventual sentencia jamás hubiera podido ser estimatoria, si se observaban con atención los antecedentes. La división de pareceres jurídicos sobre las cuestiones planteadas estuvo presente tanto en el Consejo General del Poder Judicial, como en el Tribunal Supremo. Así, el nombramiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, efectuado por el Pleno del CGPJ, de 29 de enero de 2015, no fue formulado por unanimidad, sino que se adoptó por mayoría de doce vocales, con la oposición manifiesta de seis que formularon un Voto particular que no se incorporó al expediente por ser considerado extemporáneo. La Sentencia del Tribunal Supremo que, el 10 de mayo de 2016, anuló en primer término el nombramiento, fue acogida por el Pleno de la Sala Tercera compuesto por 33 Magistrados, con Voto particular en contra de 10 de ellos, esto es, algo menos de una tercera parte del órgano. El subsiguiente nombramiento efectuado por el Consejo General del Poder Judicial, mediante Acuerdo de 26 de mayo de 2016, cuenta de nuevo con cinco Votos particulares y, por último la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 2017, adoptada esta vez por 32 Magistrados y con una composición ligeramente distinta, incorpora un total de tres Votos particulares firmados por quince Magistrados y Magistradas discrepantes, a los que se suma uno más concurrente, que, estando de acuerdo con el fallo, disiente respecto de la consideración como discrecional de la facultad del Consejo General del Poder Judicial.

Por tanto, descartar en trámite de examen de admisibilidad la lesión de los derechos fundamentales que se invocan, cuando se han dado en el procedimiento judicial previo las excepcionales circunstancias descritas, no parece la mejor forma de abordar un recurso que pretende cumplir la finalidad de fijar una doctrina que trascienda los intereses subjetivos concernidos.

El ATC 13/1989, estableció en su día, al poco de incorporarse a la LOTC la nueva redacción del art. 50.1.c) en que se regulaba la manifiesta falta de contenido del amparo de cara a su examen de admisibilidad, que se da tal ausencia manifiesta de contenido *“cuando los argumentos en que se apoya la alegación de que se ha producido una lesión de los derechos fundamentales son tan inconsistentes que, prima facie, pueden ser rechazados”*. En el mismo sentido el ATC 27/1991, sostiene que *“tal causa de inadmisión concurre en todos aquellos casos en los que, a la vista de los hechos y de los argumentos de derecho expuestos en la demanda, la supuesta vulneración de los derechos fundamentales no está dotada de la mínima probabilidad o verosimilitud indispensables para abrir sobre ella un más amplio debate trayendo a este proceso todo lo actuado ante la jurisdicción ordinaria”*.

Si algo menos de un tercio de los vocales del Consejo, y un notable número de Magistrados del Tribunal Supremo, no han percibido con meridiana claridad la ausencia de verosimilitud de la denuncia planteada por quien hoy recurre en amparo, parece evidente que la recurrente en amparo debería haber obtenido una sentencia, con los razonamientos del Tribunal acerca de los derechos que invocaba.

Por las razones expuestas, el Tribunal debió admitir a trámite el presente recurso de amparo, del mismo modo que debió evitar resolver sobre el fondo de las pretensiones deducidas en un Auto que, formalmente, es de inadmisión a trámite, aun cuando se haya excedido de las dimensiones habituales de una resolución de esta naturaleza, en su intento de justificar la inadmisión a trámite.

La denegación de una admisión a trámite de una demanda de amparo no suele exigir 108 páginas, lo que pone de manifiesto el alcance de un asunto que exigía razonamientos y análisis más propios de una sentencia. El contenido de la resolución, más allá de su extensión, igualmente se corresponde más con el de una sentencia, que con el puro análisis de los requisitos de admisión.

2. La discrecionalidad del Consejo General del Poder Judicial, en su potestad de efectuar nombramientos, ha de circunscribirse al estricto respeto a determinados preceptos de la Constitución.

Si bien mi discrepancia inicial tiene que ver con la decisión de inadmisión a trámite del recurso de amparo, y fue esta la que me llevó a declinar la ponencia que inicialmente, y por sorteo, me fue atribuida, no puedo dejar de exponer algunos argumentos sobre las cuestiones de fondo, puesto que el Auto del que disiento entra a resolver las pretensiones de la recurrente en amparo para desestimarlas, a mi manera de ver, de forma indebida.

El Auto de inadmisión descarta, en primer término, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente en amparo, en su vertiente del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos. Para justificar tal desestimación, el Tribunal se ve en la tesitura de establecer cuál fue el alcance de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2016, negando que la misma predeterminase calificación alguna de los méritos de la recurrente, y limitando el ámbito de la ejecución de la misma al refuerzo en la motivación de una resolución previamente adoptada. El Pleno reinterpreta así la primera sentencia del Tribunal Supremo a la luz de la segunda, y dar por buena su ejecución entendiendo que el propio Tribunal Supremo también lo hace. Pero nuestra labor, como garantes del derecho a la tutela judicial efectiva, hubiera debido ir más allá. El Tribunal se limita a realizar un análisis exclusivamente formal: el Tribunal Supremo pedía que se motivase mejor, y el Consejo General del Poder Judicial motivó, por lo que se entiende que la sentencia ha sido ejecutada. Pero el Auto obvia el verdadero problema, que radica en si el Consejo, al elegir ese modo de redefinir el alcance de la Sentencia del Tribunal Supremo y ejecutar como lo hizo, incurrió o no en arbitrariedad, insistiendo en su decisión inicial bajo una cobertura argumentativa más amplia, pero sin modificar en absoluto las razones que le llevaron a adoptar la primera decisión.

En el FJ 7 de la STC 238/2012, se establecía que se aplican a los nombramientos efectuados en el seno de la carrera judicial por el Consejo General del Poder Judicial, los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), respeto al derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), y respeto a los principios de mérito y capacidad que han de inspirar el acceso a la función pública (art. 103.3 CE). E incidía en este último criterio, reforzando la jurisprudencia

del Tribunal Supremo que había ido evolucionando progresivamente en esa misma dirección. No obstante, decía el Tribunal Constitucional entonces que *“la provisión de destinos en estos casos, si bien ha de guiarse por criterios que sean reconducibles a las nociones de mérito y capacidad, también es altamente discrecional, deja un amplio margen de libertad de apreciación al órgano competente para proveer la plaza, margen que no es reconducible a parámetros objetivados y predeterminados”*. Por tanto, la jurisprudencia previa de este Tribunal establece que la provisión de las plazas que compete efectuar al Consejo General del Poder Judicial, y entre las que se encuentran las presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia, se aleja del modelo reglado, y se aproxima al sistema de libre designación prevista para los funcionarios cuya constitucionalidad ha sido validada (SSTC 18/1987, de 16 de febrero, FJ 5; 207/1988, de 8 de noviembre, FJ 3, 10/1989, de 24 de enero, FJ 3, y 235/2000, de 5 de octubre, FJ 12), siempre y cuando se entienda que la discrecionalidad en los nombramientos *“no atribuye al órgano de decisión una especie de poder omnímodo a fin de decidir como tenga por conveniente, con olvido de que el servicio del interés público es la esencia y el fundamento del ejercicio de toda potestad administrativa, con la consecuencia, en todo caso, de la eventual apreciación, con ocasión del oportuno control judicial ex art. 106.1 CE, del vicio de desviación de poder de constatarse una marginación indebida de los principios de mérito y capacidad”* (STC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 12)” (STC 238/2012, FJ 7).

En este punto exacto, es donde está la clave del problema que el Tribunal no aborda, en un Auto que debió ser una sentencia. La naturaleza jurídica normativa de la Constitución exige que los actos discrecionales, en este caso los nombramientos en el seno de uno de los tres poderes del Estado, así como la revisión judicial de los mismos, sean escrupulosamente respetuosos con los preceptos constitucionales que hacen referencia a los criterios aplicables al acceso y promoción a funciones y cargos públicos. La discrecionalidad, como un elemento de valoración en el derecho administrativo, ha surgido históricamente ligada a la necesidad de que los órganos de la Administración del Estado protejan el interés público. Y no puede haber mayor interés público que la aplicación y el refuerzo de la eficacia normativa de la Constitución.

Desde este punto de vista, la actividad discrecional se opone a la actividad reglada de la Administración, en aquellas situaciones en que los órganos administrativos han de decidir en función de un interés público, que ha de prevalecer sobre los intereses privados. A diferencia de los actos reglados, que deben ser adoptados por la mera aplicación de la ley, los actos

discrecionales permiten un ámbito de libertad en la decisión, basado en el criterio de quien la toma. Ese ámbito de libertad va siempre ligado a la preservación del interés público que debe ser indagado por el órgano decisor, como una exigencia justificativa de la discrecionalidad. La ley no puede preverlo todo, y en determinadas ocasiones debe permitirse una valoración subjetiva sobre qué tipo de decisión beneficia a un interés prevalente. La doctrina administrativista es coincidente en este sentido, como también en que la discrecionalidad muestra mayor eficacia en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, que pueden ser interpretados con el canon del interés público del Estado. Pero, en la medida en que la Constitución ha establecido preceptos concretos y valores constitucionales que fijan con rigidez la normatividad constitucional, cualquier regulación en que se atribuyan potestades administrativas discrecionales debe ser analizada al amparo de estas normas y valores.

Las exigencias derivadas del art. 9.3 CE han supuesto una nueva reformulación de buena parte de la dogmática administrativista, que tendía a considerar la discrecionalidad como un expediente técnico de resolución de conflictos entre los particulares y el Estado, reduciendo el ámbito material de su aplicación y estableciendo límites a la discrecionalidad. Y del mismo modo que se contemplan límites derivados de la obligación de observar el valor de la igualdad constitucional, definida en los términos de los arts. 14, 23.2 y 103.3 CE, cuando la discrecionalidad actúa sobre la selección de personal al servicio de las administraciones públicas, o sobre su promoción, se ponen en juego valores como la garantía del prestigio profesional, o el derecho a la promoción a través del trabajo (art. 35 CE), que exigen de la sujeción a criterios objetivos, hasta donde sea posible cuantitativos, con el fin de minimizar la subjetividad, la discrecionalidad en suma, de quiénes llevan a cabo esas valoraciones.

En este contexto es en el que la motivación asume un papel relevante, como garantía de un adecuado control posterior de la discrecionalidad. Ello obliga a considerarla como el fundamento mismo de la decisión, en la medida en que se exige que no se plantee solamente en su configuración formal, sino que ha de estar necesariamente dirigida a la justificación material de los méritos y a la determinación racional de la elección de una u otra persona para el mejor desempeño de la plaza convocada. Para ello, no solamente debe exigirse una motivación genérica de la valoración de los candidatos a un puesto, sino que ha de justificarse y explicitarse la relación de causalidad entre los elementos valorados y su relación con el puesto, de manera que sea

objetivamente comprensible la elección, y fácilmente justificable que dicha elección ha tenido por finalidad preservar el interés público.

Si el Tribunal hubiera formulado este juicio, la aplicación de tal canon al caso concreto, podría haber llevado a valorar de modo distinto la pretensión de la recurrente, respecto de la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo del año 2016.

El Consejo General del Poder Judicial, amparándose en el ejercicio de su potestad de nombramiento, y en el alcance discrecional de la misma, una vez recibida la primera Sentencia del Tribunal Supremo que había anulado el nombramiento de uno de los candidatos, exigiendo que se retrotayeran las actuaciones a fin de que se resolviera sobre la adjudicación de manera motivada, vuelve al principio del procedimiento y, obviando la evaluación del Tribunal Supremo, formula otra sobre los méritos subjetivos de los candidatos, ignorando abiertamente la superioridad de los méritos objetivos de la recurrente en amparo. No cabe duda de que es posible formular un control sobre la valoración de los méritos objetivos, aunque exista cierta discrecionalidad, en la medida en que se pueden permitir las comparaciones en términos cuantitativos. Pero cuando el Consejo opta por reforzar el peso de los méritos subjetivos y formular, a partir de ahí, una nueva valoración, las posibilidades de control se reducen, y ya no resulta posible una comparación de cada uno de los elementos de lo que se presenta como un curriculum en términos homologables. En este caso, la primera valoración del Consejo se basaba en una evaluación más o menos conjunta de los méritos, que es anulada por la Sentencia del Tribunal Supremo, devolviendo actuaciones y obligando a explicitar los criterios de manera pormenorizada. Pero la segunda valoración pone el acento en la evaluación del mérito menos reglada, y que por ello concita una superior carga de subjetividad valorativa: el referido a un posible programa de actuación que fue en esta segunda valoración, entusiastamente enaltecido por el Consejo. Este único elemento sirvió para ocultar el resto de los méritos en los que la solicitante de amparo demostró una mejor valoración, permitiendo al Consejo llegar a la conclusión de que no existía entre ambos candidatos una igualdad sustancial de méritos, dado que quien obtuvo la plaza, había presentado un mejor programa de actuación.

A mi juicio, no es posible entender de este modo la sujeción de la discrecionalidad a la exigencia constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), a la interdicción de la discriminación (art. 14 CE), o a la necesidad de motivación (art. 24 CE), cuya aplicación a la solicitante de

amparo, en cuanto funcionaria pública, es de obligado cumplimiento. Para una funcionaria que pertenece a la carrera judicial, su ascenso no es diferente en términos profesionales, al de cualquiera otra persona que pertenezca a la función pública, y esa carrera ha de estar amparada igualmente por los arts. 23.2 y 103.3 CE. Así, la previsibilidad de que su promoción se lleve a cabo en plena igualdad de opciones respecto de la totalidad de quienes concurren a un mismo puesto, exige una valoración con claros y objetivos parámetros, que respete los criterios de mérito y capacidad constitucionalmente establecidos, y que estos no puedan ser discrecionalmente preteridos.

La calificación como de “indiscutible, rabiosamente indiscutible, avasalladora incluso”, de la propuesta de uno de los aspirantes, se alejó de la terminología jurídica, que exigiría una valoración de las aptitudes ajustada al sosiego que se presupone a la Administración de Justicia, y cuesta admitirla como elemento de valoración discrecional objetiva. Pero, más allá de la emotividad que provoquen en su juicio las valoraciones del Consejo, hubiera sido importante que se tomara en consideración el hecho de que los Tribunales Superiores de Justicia también ejercen funciones jurisdiccionales, respecto de las que parecía poco discutible la superioridad de la reclamante en amparo. La idea que transmite el Consejo de que la valoración “extraordinariamente positiva” del proyecto de actuación gubernativa, “resulta decisiva para (el) nombramiento” del candidato seleccionado, sin importar la evaluación de los méritos objetivos, hubiera exigido por parte del Tribunal una interpretación constitucionalmente justificada de los límites de la discrecionalidad en las potestades de nombramiento del Consejo General del Poder Judicial. A estos efectos, no basta una motivación genérica, como se dijo ya en la primera Sentencia del Tribunal Supremo que obligó al Consejo a revisar su resolución, sino que ha de atenderse a los concretos criterios valorativos de los candidatos, y delimitar la motivación separada de cada uno de ellos, razonando sobre cuales han de ser las diferencias justificativas de la propuesta final.

En suma, la motivación de una resolución atinente al otorgamiento de una plaza como a la que optaba la recurrente, ha de efectuarse sobre un razonamiento de contraste con los arts. 9.3, 23.2 y 103.3 CE, y una motivación que ignora estos preceptos no es una motivación constitucionalmente adecuada (STC 238/2012). Lo que se ha calificado por la doctrina administrativista como “la lucha contra las inmunidades del poder”, se hubiera visto favorecida por el análisis de todos estos elementos, aún cuando la conclusión alcanzada hubiera sido la de

la desestimación del amparo, por entender que la resolución recurrida era en todo conforme a la Constitución, en una consideración del concepto de discrecionalidad diferente al que expresa este Voto.

3. La promoción de las juezas y magistradas en el seno de la carrera judicial y la discrecionalidad como barrera a la consecución de la plena igualdad (art. 9.2 CE).

La STC 12/2008 introdujo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la noción de “democracia paritaria”. Desde entonces, ningún asunto, hasta el que ahora nos ocupa, había sometido a la consideración del Tribunal Constitucional la cuestión de la legitimidad constitucional de las medidas de acción positiva, para facilitar la promoción de las mujeres, en la ocupación de cargos públicos o representativos.

En la referida STC 12/2008, la cuestión que se planteaba era la del ejercicio del poder político a través de la presencia de la mujer en los puestos de representación política. En este caso se trata de valorar la necesaria presencia de las mujeres juezas y magistradas en los órganos de gobierno del Poder Judicial. Una dimensión distinta, pero complementaria, de lo que entendemos por democracia paritaria. El Pleno no ha respondido a las pretensiones de la recurrente desde esta perspectiva. Como ya he puesto de manifiesto en otros votos particulares, la falta de consideración de la perspectiva de género en la actividad interpretativa desarrollada en las resoluciones de la mayoría del Tribunal, desatiende el mandato del art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece que “*la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*”. Cuando la interpretación de dichas normas conduce al refuerzo de una situación de discriminación de las mujeres, sin cuestionar esa situación, no sólo no se tiene en cuenta este mandato, sino el que se contiene en el art. 9.2 CE.

El recurso de amparo llamaba a valorar si es posible integrar como límite a la discrecionalidad del Consejo, no sólo la interdicción de arbitrariedad y el respeto a los arts. 23.2 y 103.3 CE, sino también la garantía de la igualdad material *ex art. 9.2 CE*. Se trataba, por tanto, de apreciar si el Consejo, elegidos los criterios determinantes de la selección del candidato, y habiendo otorgado un peso desproporcionado a los criterios de valoración subjetiva sobre los

méritos objetivos, desactivó, de forma arbitraria y contraria al principio de promoción de la igualdad del art. 9.2 CE, las reglas de parificación que él mismo se había dado en el Reglamento 1/2010, de 25 de febrero, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales.

El preámbulo de este Reglamento establece expresamente que *“en relación con los principios constitucionales de mérito y capacidad, se atenderá al principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad, a que se refiere la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”*. Y en varios preceptos, en particular en el art.3.3, se habla del respeto al principio de igualdad, siempre sin detallar las acciones de promoción que habría que llevar a cabo para garantizar la consecución del objetivo de presencia equilibrada de hombres y mujeres en los puestos que deba nombrar el Consejo.

Por tanto, existe una regla que debe orientar la valoración discrecional del Consejo y que se vincula a la voluntad manifestada de asegurar la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los puestos de Gobierno del Poder Judicial. Pero esa regla queda condicionada a la valoración de los principios de mérito y capacidad. No se trata, por supuesto, de elegir a las mujeres por esa mera circunstancia fáctica si en las mismas no concurren los requisitos exigidos, y el mérito y capacidad constitucionalmente consagrados. Y es ahí, precisamente, donde se encuentra la posibilidad de defraudar la finalidad del precepto mediante una interpretación efectuada por el propio Consejo General del Poder Judicial, que evita la aplicación del art. 3.3 del Reglamento deteniéndose en la previa valoración del mérito y la capacidad. Porque el Consejo da prevalencia, por encima de los criterios objetivos de evaluación, a un criterio eminentemente subjetivo que favorece al varón, aparentemente de forma sistemática, a juzgar por la presencia de mujeres en los puestos cuya selección corresponde al Consejo. Cabe pensar entonces si podría existir un problema de discriminación sistémica o estructural de las mujeres en el seno de la carrera judicial. Parece evidente que si las mujeres constituyen aparentemente una mayoría numérica en la carrera judicial, a la que se accede mediante pruebas objetivas y ciegas al género, exclusivamente basadas en la valoración de actitudes personales objetivables, y esa presencia no se replica, en proporciones equivalentes, o al menos próximas, en los puestos de Gobierno cuya selección corresponde al Consejo, debería indagarse si existe algún problema con la discrecionalidad en los

nombramientos. Al menos, en lo que hace a la aplicación, como límite de dicha discrecionalidad, del principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres.

Además, si a la hora de valorar el ascenso a puestos de Gobierno, el Consejo tiene en cuenta elementos del currículum que sostienen un sesgo de género, como por ejemplo la previa presencia en puestos gubernativos o la estancia en el extranjero, en tramos de edad fértil o de crianza y educación de hijos e hijas, está incurriendo en una práctica que supone *de facto* una discriminación indirecta. La lectura de los datos estadísticos que facilita el propio Consejo es clara en ese sentido: la mayoría de los puestos de gobierno o gestión son ocupados por hombres, de modo que si este criterio es determinante para efectuar un nuevo nombramiento para un puesto gubernativo, se produce una barrera de entrada para las mujeres, de manera que ese elemento de valoración, si es tenido en cuenta sin apreciar los efectos, se convierte en un elemento de discriminación indirecta, que, desde su aparente neutralidad, consolida una situación de exclusión sistemática de la mujer en el acceso a determinados puestos de la carrera judicial.

Un análisis del trámite de admisibilidad del amparo atento a la cuestión de fondo planteada, y formulado a la luz del art. 16 de Ley Orgánica 3/2007 referida, hubiera exigido valorar el mandato de que *“los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan”*. Este precepto, del que resulta de manera refleja el art. 3.3 del Reglamento 1/2010 CGPJ, exige que el Consejo efectúe la adecuada ponderación de los méritos y la capacidad para dar prioridad a la selección de mujeres en sectores profesionales subrepresentados, con respeto a los criterios hermenéuticos que exige la perspectiva de género, de manera que su valoración tenga en cuenta la finalidad de la paridad de género en los órganos judiciales. Los preceptos constitucionales concernidos (arts. 9.2, 9.3, 14, 23, 24 y 103 CE), han de ser interpretados de conformidad con el art. 4 LO 3/2007, que se erige en “principio informador del ordenamiento jurídico” conforme al sistema de fuentes establecido en el art. 1 del Código Civil vigente.

Y en este sentido, emito el presente Voto particular.

Madrid, a trece de noviembre de dos mil dieciocho.