

Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos al auto por el que se inadmite el recurso de amparo avocado por el Pleno núm. 3883-2017, al que se adhiere el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros del Tribunal en la que se sustenta el auto, manifiesto mi discrepancia con parte de su fundamentación jurídica y con la decisión de inadmitir a trámite el recurso de amparo por apreciar la manifiesta inexistencia de las lesiones denunciadas.

Considero, en primer lugar, que el recurso tiene especial trascendencia constitucional por más motivos de los que aprecia la mayoría del Tribunal y, en segundo lugar, discrepo de la decisión de inadmitir a trámite el recurso por la manifiesta inexistencia de las vulneraciones de los derechos fundamentales alegadas. A mi juicio, el análisis efectuado no permite descartar que las lesiones invocadas no se hayan producido.

1. La especial trascendencia del recurso de amparo.

En mi opinión, las cuestiones planteadas en el recurso de amparo tienen especial trascendencia constitucional no solo porque permiten al Tribunal fijar doctrina sobre la incidencia que puede tener el incumplimiento de las medidas de acción positiva en el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, como sostiene la mayoría del Tribunal, sino también por otros motivos.

A mi juicio, en el presente caso la especial trascendencia constitucional del recurso se fundamenta, además, en que la cuestión jurídica que en él se plantea es relevante y tiene una indudable repercusión general al incidir en el alcance del control judicial de los nombramientos de los cargos judiciales. En particular, en el alcance que tiene este control cuando, como ocurre en este caso, tiene como objeto garantizar el debido cumplimiento de una sentencia.

El análisis de esta cuestión hubiera obligado a precisar si cuando el Consejo General del Poder Judicial acuerda un nombramiento en sustitución de otro que ha sido anulado por una sentencia judicial tiene plena discrecionalidad para efectuar el nuevo nombramiento o, si por el contrario, en estos casos, la discrecionalidad que la ley le atribuye para efectuar estos nombramientos puede encontrarse limitada por las determinaciones de la sentencia. La relevancia

general de esta cuestión es clara, pues afecta al modo en que el órgano de gobierno del Poder Judicial se encuentra sometido a las decisiones judiciales. Esto, a su vez, incide en la delimitación del derecho a la ejecución de sentencias por parte de quienes vieron reconocidas sus pretensiones en la sentencia que se trata de ejecutar. Dependiendo del grado en el que se ejerza control judicial sobre las decisiones adoptadas en ejecución de sentencia el contenido del referido derecho fundamental tendrá mayor o menor alcance. La determinación del alcance del control judicial de este tipo de decisiones es, por tanto, una cuestión que trasciende del caso concreto y que tiene relevancia constitucional.

Este recurso de amparo tiene también especial trascendencia constitucional por otro tipo de razones. La circunstancia de que la plaza en litigio no haya sido adjudicada a la candidata mujer a pesar de que resultan indiscutidos sus mayores méritos objetivos y de que se haya otorgado al candidato varón al considerar prevalentes sus méritos subjetivos dota a este asunto de relevancia social. La carrera judicial es una profesión en la que, aunque es mayoritaria la presencia de mujeres (el 52,7 %), su acceso a los cargos de responsabilidad sigue siendo absolutamente minoritario: de los diecisiete tribunales superiores de justicia solo uno está presidido por una mujer, por citar un dato que se refiere al cargo al que aspiraba la recurrente. Nos encontramos, por tanto, en un ámbito en el que la brecha de género es difícilmente explicable, por lo que solo en aquellos casos en los que sea evidente que no existe la discriminación denunciada (y en este caso, en mi opinión, no lo es) podrá considerarse que carece de relevancia constitucional examinar si concurre o no esta vulneración constitucional.

2. *No es manifiesta la inexistencia de las lesiones de derechos fundamentales alegadas.*

A) *No cabe descartar que las resoluciones impugnadas vulneren el derecho a la ejecución de sentencias de la recurrente en amparo.*

La mayoría del Tribunal considera que el acuerdo del Consejo General del Poder judicial de 26 de mayo 2016 ejecutó debidamente la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2016 al haber cumplido las exigencias de motivación que la referida resolución le impuso y haber respetado “las pautas y límites determinados por la sentencia del Alto Tribunal”. A mi juicio, sin embargo, esta conclusión no es evidente. La comparación entre lo establecido en la sentencia y el acuerdo que la ejecuta pone de manifiesto que existen

discordancias entre lo resuelto por el Tribunal Supremo y lo acordado por el Consejo General del Poder Judicial, las cuales son suficientes para poner en duda que la sentencia haya sido debidamente ejecutada.

El acuerdo efectúa una valoración de los méritos de los candidatos que no siempre se atiende a lo establecido en la sentencia. Por ejemplo, al valorar los méritos relativos a la participación en órganos de gobierno de los tribunales, el acuerdo sostiene que los méritos del Sr. Pasqual de Riquelme son superiores a los de la Sra. Alonso Saura a pesar de que la sentencia había establecido que los méritos de los aspirantes no eran significativamente distintos. También existe una discordancia en la valoración del mérito consistente en haber ocupado destinos en órganos colegiados (mérito que el nombrado para el cargo no reunía y que sí tenía la otra candidata). Según la sentencia, aunque no es un requisito de imprescindible concurrencia, “sí que es en todo caso un mérito de necesaria valoración, siendo por ende un dato desfavorable de peso el no reunir dicho mérito ni siquiera mínimamente”. El Consejo, sin embargo, no lo aprecia así, pues en la ponderación efectuada no toma en consideración la carencia de este mérito. De igual modo, la sentencia establece que el hecho de que el candidato nombrado no aportara sentencias dictadas en materia civil “no puede tenerse por intrascendente, visto que a la plaza convocada le corresponden competencias civiles”. Tampoco esta “pauta” fue tomada en cuenta por el Consejo al efectuar la valoración de los méritos de los aspirantes.

Asimismo, no resulta evidente que el acuerdo impugnado haya cumplido debidamente las exigencias de motivación que le impone la sentencia. El Tribunal Supremo anuló el nombramiento porque apreció que no estaban suficientemente explicados los motivos por los que los méritos subjetivos del candidato nombrado prevalecían sobre los mayores méritos objetivos de la recurrente. En particular, sostuvo que, para que el proyecto de actuación presentado por el candidato designado hubiera podido desplazar los superiores méritos objetivos de la Sra. Alonso Saura y justificar que se le adjudicara la plaza, hubiera sido necesario que en el acuerdo se expusieran las razones por las que se consideraba que la excelencia del programa presentado permitía obviar los demás parámetros de selección establecidos en la convocatoria. Ese “plus de motivación” se consideró “una exigencia inexcusable”, por lo que, al no contenerla el acuerdo impugnado, el Tribunal Supremo lo anuló. El Consejo, al ejecutar esta sentencia y efectuar un nuevo nombramiento, explicó abundantemente las razones por las que consideró que el proyecto de actuación presentado por el Sr. Pasqual de Riquelme merecía una valoración “extraordinariamente positiva”, así como las razones por las que consideraba que este candidato

tenía más méritos subjetivos que la recurrente. Sin embargo, no justificó por qué estos méritos tenían entidad suficiente para prevalecer sobre los méritos objetivos que tiene la otra aspirante al cargo, que es lo que expresamente le exigía la sentencia. Por ello, tampoco es claro que la motivación expuesta en el acuerdo cumpla lo dispuesto en la sentencia.

Las razones que han llevado al Consejo General del Poder Judicial a no atenerse estrictamente a lo declarado en la sentencia pueden deberse a lo manifestado en el fundamento jurídico primero del acuerdo. En esta resolución se parte de afirmar que la decisión se va a adoptar “expresando la motivación que le ha sido exigida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia 1033/2016 exteriorizando de manera específica o especial, con pleno respeto a lo señalado en dicha resolución, la valoración de los méritos que la sentencia califica de ‘subjetivos’”. No obstante, considera necesario aclarar que la motivación exigida por el Tribunal Supremo es compatible con sus potestades para valorar los méritos previstos en la convocatoria por tres motivos: (i) porque ni la convocatoria, ni la normativa aplicable establecen una jerarquía o preferencia entre los méritos a valorar; (ii) porque el concurso en el que se produce el nombramiento no es un concurso reglado o baremado de méritos y (iii) porque la ley le otorga “una amplia discrecionalidad a la hora de priorizar aquellos méritos y capacidades que considere más relevantes y trascendentes para el desempeño de la concreta plaza a cubrir en cada caso y momento”. Asimismo, sostiene que

“este consejo entiende que [lo que] en ningún caso cabe aceptar es que donde el legislador no límite la discrecionalidad, o donde no se autolimite el propio Consejo, pueda un tercer órgano, el que sea, arrogarse funciones constitucionales que le son ajenas privando de ellas al órgano constitucional que las tiene atribuidas, degradándolo hasta hacer irreconocible su función que no sería distinguible de la de un simple órgano administrativo”

Estas “aclaraciones” que se efectúan en el acuerdo podrían poner de manifiesto que el Consejo, aunque no lo diga expresamente, entiende que su posición institucional le permite ejecutar las sentencias que anulan sus actos sin respetar estrictamente lo acordado en la sentencia (según se afirma, la discrecionalidad que la ley le reconoce no puede encontrarse limitada por “un tercer órgano”) y explicarían por qué no ha tomado en consideración las valoraciones de los méritos efectuada por el Tribunal Supremo, así como las indicaciones que efectúa sobre cómo ha de motivarse un determinado mérito para que pueda prevalecer frente a los demás (el Consejo parece sostener que la valoración de tales méritos y la determinación de cuál de ellos ha de

prevalecer es de su exclusiva competencia). Si este fuera su sentido, el modo en que el Consejo ha ejercido las potestades discrecionales que la ley le otorga para efectuar este tipo de nombramiento podría no ser acorde con la obligación de cumplir las resoluciones judiciales que impone el art. 118 CE, lo que podría conllevar una vulneración del derecho a la ejecución de sentencias que garantiza el art. 24.1 CE. Ha de tenerse en cuenta, además, que estas declaraciones no pueden considerarse un mero *obiter dicta*, pues, como se ha indicado, existen discordancias importantes entre lo establecido en la sentencia y la decisión del Consejo que la ejecuta.

Por todo ello me parece que en este caso no es evidente que el modo en el que el Consejo ha ejecutado la sentencia cumpla lo en ella establecido y, por tanto, considero que la lesión del derecho a la ejecución de sentencias que denuncia la recurrente no puede considerarse manifiestamente inexistente. Para apreciar si la sentencia se ha ejecutado debidamente no basta, como sostiene la opinión mayoritaria, con comprobar que el acuerdo está motivado al explicar por qué considera que el candidato designado tiene mayores méritos subjetivos que la otra candidata. Es preciso, a mi juicio, ir más allá del mero control formal y comprobar que las razones expuestas responden a la motivación específicamente exigida y no contravienen lo establecido en la sentencia. Este control material es el que no se ha efectuado y es el que, a mi juicio, hubiera debido hacerse para comprobar que el cumplimiento de lo acordado no es meramente aparente, sino real, y evitar, de este modo, lo que el Tribunal Supremo y este Tribunal han denominado “la insinceridad de la desobediencia disimulada”.

B) No es manifiesta la inexistencia de la vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo aducida por la recurrente.

De igual modo, considero que en este supuesto concurren una serie de circunstancias que impiden considerar que la discriminación por razón de sexo que denuncia la recurrente sea manifiestamente inexistente, como sostiene la mayoría del Tribunal.

De los nueve méritos, que, según establecía la convocatoria, debía tomar en consideración el Consejo para apreciar cuál de los candidatos era el más idóneo para desempeñar el cargo, solo en dos de ellos el candidato designado tenía más méritos que la Sra. Alonso Saura (en el programa de actuación presentado y en el relativo al ejercicio de profesiones y actividades jurídicas no jurisdiccionales –este último método está calificado como complementario en la convocatoria–). Así lo estableció el Tribunal Supremo en la sentencia que ejecuta el acuerdo ahora impugnado.

Según se sostiene en esta sentencia, la Sra. Alonso Saura, salvo en los méritos que se acaba de indicar, no solo se encontraba en una situación equiparable a la del candidato designado, sino que en los méritos más objetivables (antigüedad, tiempo de desempeño en órganos colegiados y experiencia judicial en materia civil) la diferencia a su favor era “clara y evidente”.

En esta sentencia se sostuvo, asimismo, que los méritos subjetivos del candidato al que se le había otorgado la plaza solo podrían desplazar los mayores méritos objetivos de la recurrente si se explicaban las razones por las que tales méritos podían inclinar la decisión a su favor obviando los demás parámetros de selección que la convocatoria establecía. Este “plus de motivación” se consideró por el Tribunal Supremo una “exigencia insoslayable” (FJ 8). A pesar de ello, el Consejo, en ejecución de la referida sentencia, dictó un nuevo acuerdo en el que volvió a nombrar al mismo candidato sin explicar específicamente las razones por las que considera prevalentes sus méritos subjetivos frente a los méritos objetivos de la ahora recurrente.

Nos encontramos, además, ante un caso en el que los indiscutidos méritos objetivos de la recurrente se han visto desplazados por la preeminencia que se ha otorgado a los llamados méritos subjetivos. Estos méritos, por su propia naturaleza, son difícilmente cuantificables y su valoración depende de la libre apreciación del Consejo. Por ello, para descartar un indebido ejercicio de esta potestad discrecional es preciso expresar las razones que determinan su mayor o menor valoración y explicar los motivos por los que estos méritos tienen entidad suficiente para prevalecer frente aquellos otros que objetivamente acreditan mayor experiencia en la carrera judicial y en el ejercicio de la función jurisdiccional. El acuerdo impugnado expone las razones por las que considera que los méritos subjetivos del candidato nombrado son superiores a los de la ahora recurrente. Sin embargo, como ya he puesto de relieve, no explica los motivos por los que considera que estos méritos pueden prevalecer sobre los méritos objetivos de la otra candidata. Por excelente que sea el programa de actuación presentado por el candidato nombrado y por muy positiva que sea la valoración que le merezca al Consejo la apreciación de los otros méritos llamados subjetivos (experiencia en cargos gubernativos, en el ejercicio de profesiones y actividades jurídicas no jurisdiccionales, en la gestión de medios humanos y materiales vinculados a la plaza), el nombramiento para un cargo, como es el de presidente de un Tribunal Superior de Justicia, que conlleva no solo el ejercicio de funciones gubernativas, sino también importantes funciones jurisdiccionales, no puede dejar de tomar en consideración los superiores méritos que en este tipo de funciones había acreditado la candidata no nombrada. La resolución impugnada, sin embargo, aunque constata la superioridad de la Sra. Alonso Saura en los méritos

objetivos, no los tiene cuenta al efectuar la valoración de conjunto de los méritos que determinan la adjudicación de la plaza.

La ausencia de una específica motivación que explique por qué los méritos subjetivos del candidato varón desplazan los indiscutidos mayores méritos objetivos de la candidata mujer, a pesar de que la sentencia que ejecuta el acuerdo expresamente exigía esta explicación, podría justificarse en la dificultad de razonar este extremo. Es muy probable que una valoración de conjunto de los méritos objetivos y subjetivos de los candidatos solo pudiera abocar a adjudicar la plaza a la Sra. Alonso Saura. De acuerdo con la valoración de los méritos que efectúa la sentencia, no parece difícil sostener que la recurrente tiene más méritos que el otro candidato o que, al menos, sus méritos resultan equiparables, lo que, en este caso, determinaría que se le hubiera tenido que adjudicar la plaza [art. 16 de la Ley Orgánica 3/2017; art. 3.1 de su propio Reglamento 1/2010; acuerdo del Pleno de junio de 22 de junio 2005; y Plan de igualdad de la carrera judicial (aprobado por acuerdo del Pleno de 14 de febrero de 2013)]. Esta posibilidad no es descartable, como pone de manifiesto uno de los votos particulares a la sentencia del Tribunal Supremo que anuló el primer nombramiento.

Por todo ello considero que en este supuesto existen indicios que impiden descartar que el acuerdo recurrido no incurra en desviación de poder. La peculiaridad del presente caso es que el motivo que podría determinar que no se otorgara la plaza al candidato con más méritos y capacidad podría ser la existencia de un prejuicio que considerase que para los puestos de responsabilidad son más idóneos los hombres. La posible discriminación por razón de sexo de la ahora recurrente es una cuestión que ha estado presente desde el principio en este procedimiento. La Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial, en el informe de impacto de género que emitió en este procedimiento, advirtió expresamente que el no otorgar la plaza a la ahora recurrente podría evidenciar “una intolerable discriminación por razón de sexo”. También el Tribunal Supremo sostuvo que al encontrarnos “ante una aspirante mujer que tiene un perfil de méritos profesionales que se presenta inicialmente por lo menos parejo al del otro aspirante varón, e incluso en algunos relevantes puntos notablemente superior, la decisión final de adjudicar la plaza a este último tiene que ser, con especial énfasis singularmente explicada” (FJ 7). Esta explicación, como he puesto de manifiesto, ni se encontraba en el acuerdo anulado por esta sentencia, ni está en el acuerdo ahora impugnado.

Los informes anuales sobre la carrera judicial que elabora el CGPJ demuestran que desde hace ya casi dos décadas existe prácticamente una presencia equilibrada entre mujeres y hombres en la carrera judicial (según la *Memoria* de 2017, el 52.7% de los jueces y magistrados son mujeres). Este equilibrio, sin embargo, se rompe, como he puesto de manifiesto al inicio del voto, en los cargos de responsabilidad. Según los datos de la *Memoria* del CGPJ de 2017, el porcentaje de mujeres en el Tribunal Supremo es del 12,8%; en la Audiencia Nacional del 37,1% y en los tribunales superiores de justicia el 36,1%. Y la presidencia de estos órganos judiciales solo en el caso de un tribunal superior de justicia la ostenta una mujer. Las cifras, por tanto, son elocuentes. Ya no puede sostenerse que las mujeres no acceden a los puestos superiores de la carrera judicial porque no hay mujeres. Hay más mujeres que hombres en esta carrera por lo que su falta de presencia en los cargos superiores tiene que obedecer a otro tipo de razones. Entre ellas no puede descartarse que tengan especial incidencia las viejas inercias de seguir nombrando hombres para el desempeño de estos cargos por considerarlos más idóneos para el puesto. Acabar con estas prácticas ha de ser un objetivo prioritario de la sociedad, en general, y, en particular y con especial énfasis, de los poderes públicos. Como he señalado en varios votos particulares, el derecho antidiscriminatorio no es una medida de la calidad democrática; es una condición esencial de la democracia misma. La prohibición de determinados motivos de discriminación está íntimamente vinculada con la dignidad humana (art. 10.1 CE), con los valores superiores de la igualdad y del pluralismo político como fundamento del ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.2 CE) y con el mandato dirigido a los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).

La desviación de poder difícilmente podrá verificarse atendiendo a la motivación expresada en el acto. Los actos que incurren en este vicio no suelen explicar la finalidad ilícita que pretenden; su motivación suele tratar de ocultar la causa real por la que se adoptan. Por ello, no comparto la decisión de la mayoría por la que se descarta la existencia de la discriminación al apreciar que “no hay ningún pasaje de los acuerdos que lleven a deducir tal cosa [que ha habido una voluntad deliberada de no elegir a la recurrente por su condición de mujer]”. La motivación del acto no suele reconocer los fines ilegítimos que constituyen su causa. Tampoco estoy de acuerdo con la afirmación que sostiene que la demanda no aporta indicios que puedan poner de manifiesto la finalidad oculta que persigue el acto. Esta consideración solo puede obedecer a un entendimiento meramente formal de cómo han de formularse estos indicios para que puedan

fundamentar una queja por discriminación, pues la demanda expone con claridad meridiana los motivos en los que argumenta que la decisión impugnada encubre una discriminación por razón de sexo de la recurrente.

En mi opinión, en este caso, ante la sospecha de una decisión discriminatoria –sospecha que, como he señalado, se fundamenta en indicios de cierta entidad– no podía descartarse la lesión efectuando un análisis meramente formal de este motivo del recurso. El Tribunal hubiera debido admitir a trámite la demanda y entrar a examinar si la decisión impugnada encubría o no una decisión lesiva del derecho que consagra el art. 14 CE. Solo de este modo se hubiera podido apreciar la finalidad real que a través de este acto se perseguía y se hubiera podido determinar si el acuerdo impugnado encubría o no la discriminación por razón de sexo que denuncia la recurrente.

Por último, quiero también poner de manifiesto que, a pesar de que el Tribunal ha apreciado que la cuestión planteada en este recurso tiene especial trascendencia constitucional porque le permite fijar doctrina en torno a la incidencia que tienen las medidas de acción positiva establecidas al amparo del art. 9.2 CE en la configuración del derecho a la no discriminación por razón de sexo que garantiza el art. 14 CE, se ha resuelto este recurso sin introducir ningún cambio, matización o aclaración de la doctrina establecida por la jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión.

Han pasado más de veinte años desde que en la STC 128/1987, de 16 de julio, el Tribunal considerara que la adopción de medidas dirigidas a revertir “la histórica situación de inferioridad en la que la vida social y jurídica [...] había colocado a la población femenina” no podían considerarse opuestas al “principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes”. Quizás la resolución de este recurso hubiera sido un buen momento para reflexionar sobre la conveniencia de avanzar en esa doctrina y establecer que tales medidas, una vez previstas por el legislador, conforman el ámbito garantizado por el art. 14 CE. Este cambio doctrinal conllevaría que estas medidas de acción positiva no solo no serían lesivas del principio de igualdad, como sostiene la doctrina de este Tribunal, sino, que, además, integrarían el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo. La inclusión de este tipo de medidas en la configuración legal del derecho a la no discriminación conllevaría, por tanto, que su incumplimiento, además de una infracción legal, fuera un acto discriminatorio prohibido por el art. 14 CE. Esta cuestión hubiera merecido, a mi juicio, un análisis específico en

el que se ponderase si la persistente brecha de género que sigue existiendo en casi todos los ámbitos de la sociedad justifica una protección jurídica reforzada de las medidas de acción positiva que, en garantía de la igualdad real y efectiva, establezca el legislador.

Madrid, a trece de noviembre de dos mil dieciocho.