

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL NOMBRAMIENTO DE CARGOS JUDICIALES: EL CASO ALONSO SAURA CONTRA ESPAÑA

NON-DISCRIMINATION ON GROUNDS OF SEX IN THE JUDICIAL APPOINTMENTS: THE ALONSO SAURA CASE AGAINST SPAIN

Ignacio Álvarez Rodríguez

RESUMEN: El presente artículo es un estudio crítico de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el asunto *Alonso Saura c. España*, de 8 de junio de 2023.

PALABRAS CLAVE: Convenio Europeo de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Constitución; España; igualdad por razón de sexo; discriminación.

ABSTRACT: This article is a critical study of the judgment of the European Court of Human Rights in the *Alonso Saura c. Spain affaire*, of June 8, 2023.

KEYWORDS: European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights; Constitution; Spain; equality based on sex; discrimination.

SUMARIO: PLANTEAMIENTO.—1. ANTECEDENTES.—2. LA SENTENCIA DE ESTRASBURGO.—3. LOS VOTOS PARTICULARES.—4. REFLEXIONES CRÍTICAS.—CONCLUSIÓN. —FUENTES CITADAS

* Ignacio Álvarez Rodríguez. Profesor Titular de Derecho Constitucional en Universidad Complutense de Madrid. Correo-e: ialvarez1@ucm.es. ORCID ID: 0000-0001-6873-7269.

PLANTEAMIENTO

En la contribución escrita en la siguientes páginas se pone a disposición del lector el comentario de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos referente a nuestro país, el caso *Alonso Saura c. España*, dictada el 8 de junio de 2023 por la Sección Quinta, con un fallo no condenatorio. Tal decisión cuenta con el voto concurrente de dos jueces y con el voto discrepante del juez “ad hoc” español. La referencia principal que se tendrá en cuenta en este texto es la que expresamente tiene que ver con la igualdad y la no discriminación por razón de sexo, comentando si resulta procedente a tal fin el resto de bienes y valores jurídicos que entraron en juego en el caso de autos.

En primer lugar pondremos al lector sobre la pista del caso conforme a sus antecedentes. En segundo lugar expondremos con cierta extensión la decisión a la que llega la mayoría de la sección quinta del TEDH (aunque no mucha, porque el parecer de la mayoría es algo parco). En tercer lugar daremos entrada a los argumentos que se formulan en el voto concurrente y discrepante, respectivamente, con atención preferente al que evacúa el juez *ad hoc* español. En cuarto lugar procederemos a aportar algunas reflexiones críticas en torno al caso. Finalmente, esbozaremos una conclusión que intente resumir los principales hallazgos resultantes.

1. ANTECEDENTES

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictó sentencia donde declaraba que el nombramiento del presidente del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Región de Murcia por parte del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) se realizó conforme a Derecho, sin que resultase lesionado derecho fundamental alguno de la candidata no elegida y luego demandante de amparo internacional.¹ Para entender esta resolución hay que remontarse algún tiempo atrás, dentro de un contexto en el que el Poder Judicial ha estado en el epicentro de diversas polémicas jurídicas y políticas, tal y como ha

¹ Respecto a la presunta discriminación de la mujer en la carrera judicial, baste decir, como casi en todo lo que tiene ver con porcentajes y estadísticas, que la clave reside en el enfoque que se desee privilegiar en aras de defender este o aquel fin. Igual de cierto es decir que las mujeres suponen hoy en día en torno al 54 por cien del total de la carrera judicial (¿discriminación en el acceso?) pero integran en menos de un 10 por cien los puestos de la cúpula judicial (¿discriminación en los nombramientos discrecionales?). Para un estudio sobre el particular véase BLAY GIL, E; y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I; “El techo de cristal en la judicatura española: hipótesis explicativas a partir de las vivencias de las magistradas”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 20/nº 2, 2022, pp. 1-18. También ha estudiado el particular PLAZA MARTÍN, C; “Grietas en el techo de cristal: Instrumentos jurídicos para promover el equilibrio entre mujeres y hombres en los puestos de responsabilidad.”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 58, 2021, pp. 1-52.

explicado la comunidad de constitucionalistas.² Por lo demás, no es ocioso recordar junto con Scruton, que los derechos-libertades suelen ser los auténticos derechos, esos que en realidad vetan lo que un tercero podría hacerme, más que exigencias de que se comporte de una determinada —y obligada— manera. Convendrá retener este aserto porque tiene algo que ver con el trasfondo del caso que pasamos a exponer.³

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) convocó proceso selectivo en 2014 para elegir al presidente del TSJ de la Región de Murcia, puesto que había quedado vacante. Se presentaron tres candidatos, que finalmente, a los efectos que aquí interesan y siguiendo lo que sucedió en el proceso, acaban siendo dos. Un hombre, el candidato M.P.H; y una mujer, la candidata P.A.S. La competencia de elegir recae en el CGPJ y en esta materia goza de cierto margen discrecional reconocido por las leyes.⁴ Después de valorar los méritos de ambos candidatos en el proceso competitivo, el CGPJ nombra a M.P.H. como presidente del TSJ en 2015, otorgando explícitamente preferencia razonada a los requisitos subjetivos. La candidata P.A.S impugna la decisión ante el Tribunal Supremo (TS), quien en 2016 dicta sentencia dándole parcialmente la razón y ordenando que el CGPJ valore de nuevo los méritos, esta vez con un razonamiento más detallado acerca de los mismos en relación con la decisión final que adopte, sea esta la que proceda. En concreto, le conmina a que subsane el déficit de motivación referido a los méritos subjetivos de los candidatos y a la inaplicación de la regla de preferencia de las mujeres a igualdad de méritos con los aspirantes varones.

Ese mismo 2016 el CGPJ reelege a M.P.H, dando especial importancia a las presentaciones orales que hicieron los candidatos, especialmente la del segundo, a la que llega a calificar de mejor “indisputablemente, indiscutiblemente, abrumadora incluso” respecto de la candidata (a la que se han reconocido mayores méritos objetivos, recordando que estamos ante un nombramiento discrecional donde lo objetivo y subjetivo se mezcla). Una minoría de cinco vocales del CGPJ disienten de la decisión de la mayoría y arguyen que

² Véase BUSTOS GISBERT, R; DELGADO DEL RINCÓN, L; FIGUERUELO BURRIEZA, Á; LÓPEZ AGUILAR, J.F; LÓPEZ GUERRA, L; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P; ROSADO IGLESIAS, G; SERRA CRISTOBAL, R; “Encuesta sobre el Poder Judicial”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 50, 2022, pp. 15-114.

³ Vid. SCRUTON, R; *Cómo ser conservador*, Homo Legens, Madrid, 2019, p. 131.

⁴ Este ha sido un tema tratado por la doctrina iuspublicística española reciente. Véanse los trabajos de FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.; “El órgano de gobierno de los jueces atrapado en el tiempo. El CGPJ hiper reformado, hiper prorrogado y, ahora en funciones, perdiendo y recuperando competencias”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 50, 2022; pp. 351-397; ESPIÉRREZ CABELLOS, M.Á.; “La desconcentración del gobierno del Poder Judicial en el Estado autonómico y los consejos de justicia como posible vía: oportunidades y problemas”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n° 35, 2022, pp. 21-51; e IGARTUA SALAVERRÍA, J.; “¿A quién afecta el descrédito, sobre todo?”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 118, 2020, pp. 153-189.

los méritos de M.P.A.S eran superiores y que debió ser, en consecuencia, la elegida.

La demandante recurre de nuevo ante el TS. Este, en 2017, rechaza la demanda y confirma el nombramiento de M.P.H. La decisión se toma por 17 jueces frente a 15, emitiendo estos votos particulares y concurrentes. El TS arguye que el nombramiento discrecional implica poderes de elección para el CGPJ muy amplios, especialmente en lo que hace a puestos de gobierno de la judicatura, como era el caso.

Ante tal decisión, la recurrente demanda en amparo ante el Tribunal Constitucional (TC). Mediante el ATC 119/2018, de 13 de noviembre, se inadmite a trámite el recurso por inexistencia de vulneración de derechos fundamentales.⁵ El Juez Constitucional entiende, por un lado, que no existe vulneración del derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, ya que el segundo acuerdo del CGPJ se limita a valorar de nuevo los méritos respecto de los cuales el Tribunal Supremo así lo ordenó debido a la motivación insuficiente del acuerdo inicial. Por otro lado, se rechaza la vulneración del derecho a no ser discriminado, que la demandante basaba en la exigencia de que se adoptase una acción positiva en su beneficio. La razón del rechazo constitucional se debe tanto a una razón formal —el precepto constitucional afectado por las resoluciones impugnadas sería, si quiera a título de hipótesis, el artículo 9.2 CE, que contiene un mandato de sustantivación de la igualdad formal no susceptible de protección en amparo, pues ningún derecho fundamental regula— y otra material, dado que la acción positiva solicitada orilla indebidamente los principios constitucionales de mérito y capacidad.

La resolución del Tribunal Constitucional hace hincapié en el carácter discrecional del procedimiento de selección de la plaza objeto de la convocatoria —caracterizado por un perfil gubernativo-jurisdiccional—, lo que permite al Consejo General del Poder Judicial realizar una ponderación “en conjunto” de los méritos del candidato (objetivos y subjetivos), sin que exista previsión normativa que autorice la imposición de un resultado en favor de un sexo, en detrimento de los principios de mérito y capacidad. La resolución cuenta con tres votos particulares discrepantes, uno de ellos suscrito por dos magistrados, siendo los más incisivos en defensa del postulado igualitario el del magistrado Xiol Ríos y el de la magistrada Balaguer Callejón.

La vía quedaba expedita para la demanda de amparo internacional. La recurrente la interpone. Y el TEDH dicta la sentencia referida al inicio de estas páginas. Adelantamos ya que el Juez Convencional es deferente para con el margen de apreciación nacional y, por consiguiente, respecto de las reglas que el ordenamiento jurídico español establece en cuanto al nombramiento

⁵ El auto indica que la especial trascendencia constitucional del asunto reside en la ausencia de doctrina previa sobre la posible incidencia de las medidas de acción positiva en la configuración del derecho a la no discriminación por razón de sexo.

discrecional de cargos judiciales por parte del CGPJ. Por ello entiende que no se lesiona ningún derecho fundamental de la recurrente.⁶

2. LA SENTENCIA DE ESTRASBURGO

El TEDH es de la opinión de que las sentencias de los tribunales deben establecer adecuadamente las razones en las que se basan. Así las partes pueden prever recibir una respuesta específica y explícita como resultado de los procesos judiciales (§ 34). No obstante, recuerda el TEDH que no puede ni debe actuar como una “cuarta instancia”, como tampoco puede declarar *arbitraria* una resolución judicial doméstica salvo que haya razones de peso para ello o si esas razones se basan en errores jurídicos o factuales cometidos por los tribunales nacionales (§ 35).⁷

Al aplicar tales principios al caso concreto, el TEDH entiende que el TS ha analizado con gran detalle la decisión del CGPJ, recordando el Juez Convencional que el alto tribunal español puntualiza la facultad de amplia discrecionalidad que tiene el CGPJ a la hora de hacer nombramientos discrecionales, en particular aquellos puestos que tienen una impronta gubernativa relevante (§§ 36 y 37). El TEDH hace notar que la recurrente tuvo oportunidad de presentar su programa durante la presentación oral ante el CGPJ.

Además, el TEDH arguye que la ahora demandante de amparo internacional pudo recurrir en su momento ante las altas jurisdicciones nacionales, señaladamente ante el TS y por dos veces, quien en primera instancia le dio la razón aunque no en segunda. En todo caso, dice el TEDH, se le ofrecieron razones detalladas de por qué se rechazaba su demanda. Así las cosas, el TEDH dice que dar preferencia a uno de los candidatos cuando ambos tienen méritos suficientes para el puesto no puede ser considerado, en sí mismo, contrario al artículo 6.1 CEDH (§ 38). Para el Juez Convencional no se ha demostrado que las sentencias del Tribunal Supremo fueran arbitrarias o ma-

⁶ El margen de apreciación nacional sería un espacio de maniobra que las instituciones del Convenio reconocen a las autoridades nacionales, sin que podamos saber a priori qué engloba y que nó. De ahí que su construcción judicial por parte del TEDH adolezca de escasa enjundia argumental y de ahí que pueda aplicarse de formas muy variadas, cuando no en franca contradicción. Así lo expresa GARCÍA ROCA, J.; *La transformación constitucional de Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 104 y ss. Del mismo autor puede verse García Roca, J.; “La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos por el TEDH”. En GARCÍA ROCA, J.; y BUSTOS GISBERT, R. (coords); *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 29-62.

⁷ Para un estudio contextual y exhaustivo sobre los efectos de las resoluciones de Estrasburgo véase GARCÍA VITORIA, I.; “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En Figueroa MEJÍA, G.; *Tipología y efectos de las Sentencias Constitucionales, Regionales y Supranacionales*. Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022, pp. 1613-1644.

nifiestamente irrazonables hasta el punto de poner en riesgo la propia justicia del proceso (§ 39), por lo que declara, por seis votos contra uno, que no se violado el artículo 6.1 CEDH.⁸

3. LOS VOTOS PARTICULARES

A la resolución se le opone un voto concurrente, firmado por los jueces Ravarani y Mourou-Vikström; y un voto particular, evacuado por el juez “ad hoc” español Jimena Quesada.

Respecto al voto concurrente, los dos magistrados entienden que un tribunal internacional puede a duras penas entrar a valorar el enjuiciamiento de la calidad de los méritos de los candidatos a nivel nacional, especialmente las vistas orales, incluso si es discutible. Creen que la elección era discrecional, es decir, sujeta a una serie de criterios objetivos y subjetivos, apuntando que la normativa nacional no prevé ningún orden de preferencia entre los criterios.

Se preguntan los dos jueces si no hay contradicción o dificultad en la relación entre tales criterios, sobre todo teniendo en cuenta que sería virtualmente imposible cuestionar la decisión final se tome, por más discutible que sea. Recuerdan que el poder discrecional está sometido al principio de legalidad y debe ser distinguido de la arbitrariedad. Como también abogan por la necesidad, en ocasiones y por determinadas circunstancias, de realizar nombramientos basándose en una serie de criterios subjetivos que permiten dar entrada a cualidades personales que deben ser tenidas en cuenta para el mejor desempeño del puesto.

En el caso concreto, estos criterios subjetivos demandaban ostentar facultades de liderazgo y manejo de recursos humanos, cualidades estas que no se deducen de examinar las páginas de un currículum y obviando la personalidad. Los dos jueces creen que el problema en el presente caso los criterios subjetivos parecen haber ensombrecido los criterios objetivos y aparentemente han servido como única base para la elección del candidato. Si un criterio subjetivo se impone sobre el resto de objetivos, dicen, el proceso por entero

⁸ Es conocido que el artículo 6 CEDH es el que más demandas genera ante Estrasburgo (también en el caso de España) y el motivo no es otro porque permitir al demandante invocar todas y cada una de las irregularidades de las que adolecieron, en su caso, los procesos internos. Vid. MENGUAL I MALLOL, A.M.^a; “Las demandas contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: procedimiento y contenido”, En ELÓSEGUI ITXASO, M.^a; MORTE GÓMEZ, C; MENGUAL I MALLOL, A.M.^a; y CANO PALOMARES, G. (coords); *Construyendo los Derechos Humanos en Estrasburgo: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa*, Tirant lo blanch, Valencia 2020, p. 125 y ss. Se calcula que más de la mitad de las demandas que llegan a la jurisdicción convencional tienen que ver, de una u otra forma, con este artículo. Así lo explica LÓPEZ GUERRA, L.; *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 140 y ss.

se convierte en discrecional. ¿Cómo resolver este dilema?, se preguntan. Y lo responden: una posible solución sería asignar coeficientes o porcentajes a cada criterio, una baremación a imagen y semejanza de como se hace a la hora de acceder a otros puestos de la función pública, para poder valorar en su justa medida los elementos y criterios en liza y así evitar que el proceso se subjetivice por completo.

Respecto al voto disidente, el Juez Jimena Quesada entiende que se han lesionado los derechos reconocidos en el artículo 6.1 CEDH, en el artículo 14 CEDH y en el artículo 1 del Protocolo 12 al Convenio. Entiende que se ha aplicado el margen de apreciación nacional de forma injustificada y acrítica a la hora de examinar tanto las decisiones del CGPJ como la Sentencia de 2017 del Tribunal Supremo. Jimena Quesada cree que el razonamiento de sus colegas de la mayoría no puede ser sino incompleto. En el caso de autos se ha producido, a su parecer, una situación sistemática de arbitrariedad al evaluar los criterios objetivos de los candidatos junto a una discriminación por razón de género que el propio TEDH debería haber corregido. De hecho, cree que este ha perdido una oportunidad crucial de dictar una sentencia piloto en aras de mejorar el sistema judicial español en consonancia con las exigencias del artículo 6.1 CEDH. A partir de esta aseveración el Juez Jimena Quesada lleva a cabo el desbroce de los argumentos en torno a los artículos concretos que estima vulnerados.

Respecto a la violación del artículo 6.1 CEDH, cree que tanto la resolución del TS de 2017, como luego la del TC de 2018 carecen de base legal suficiente en la medida en que avala una decisión del CGPJ manifiestamente irrazonable y arbitraria (la de mayo de 2016). De hecho, recuerda Jimena, el TS en primera instancia anula el primer acuerdo del CGPJ. Y lo hizo en base a dos motivos.

En primer lugar, el CGPJ ignora la relevancia de cuatro méritos objetivos que conducían a la candidata a tener mejor posición que el candidato. Estos eran: veteranía en la carrera judicial (diferencia notable de más de mil puntos entre ambos); experiencia como juez en tribunales civiles y penales (el candidato no gozaba de experiencia en los primeros); experiencia judicial en órganos judiciales colegiados (veinte años de experiencia frente a ninguno); y sentencias judiciales relevantes en tribunales civiles y penales (cincuenta y una frente a cinco).

En segundo lugar, el CGPJ ha dado un peso exagerado y sin explicar a dos de los cinco méritos subjetivos, que eran los siguientes: aptitud para ejercer funciones de dirección; coordinación y gestión de recursos humanos y materiales; participación en órganos gubernativos dentro del poder judicial; conocimiento de la situación de los tribunales pertenecientes a su división territorial; el programa de acción para el cargo al que aspiran; y otros méritos complementarios que no tengan naturaleza judicial, incluyendo actividades académicas.

El CGPJ dio un peso desmedido a los méritos complementarios y el programa de acción, a juicio del Juez Jimena. De ahí que la sentencia del 2016

del TS cuestionara la decisión por dos motivos: el CGPJ no ofreció razones de por qué los méritos objetivos, que dejaban en clara posición de ventaja a la candidata, fueron descartados como lo fueron. Y de por qué no se dieron razones de que, ante una similitud entre los méritos subjetivos de los dos candidatos, tuviera tanto peso en la decisión final el programa de acción del candidato finalmente vencedor.

Resalta el Juez español que la sentencia del TS de mayo de 2016 criticó duramente el aserto laudatorio de los méritos del candidato finalmente vencedor. Hace notar que su programa de acción había recibido ya la valoración máxima favorable y que basarse en este y en la presentación oral, así como en la entrevista en detrimento de los criterios objetivos podría abrir las puertas a una “completa arbitrariedad”. La mayoría del TEDH ignora, a juicio de Jimena Quesada, esta resolución, quien la considera relevante para enjuiciar el caso. Además, en la segunda resolución del CGPJ este no solo omite el impacto de los criterios objetivos sino que insiste en el ensalzamiento (“extolling”) de los méritos del candidato masculino tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. El tono laudatorio de las virtudes del elegido se convierte, de tal guisa, en el empleo de términos peyorativos contra la preterida.

Jimena Quesada llama posteriormente la atención sobre la segunda sentencia del TS, la que dicta en 2017, donde expone el alto tribunal que la segunda decisión del CGPJ estaba correctamente razonada y cumplía con sus dictados de 2016. Esta nueva sentencia fue ampliamente polémica pues el TS la adopta por 17 votos contra 15 (y recurrida ante el TC, este aprueba el ATC 199/2018 de 2018 por 6 votos contra 5). Todas ellas tuvieron votos particulares, que la mayoría del TEDH omite por completo. El Juez Jimena cree que la segunda sentencia del TS no fue consistente con la primera porque la brecha entre los méritos objetivos de una y los subjetivos de otro eran más que evidentes (a favor de la demandante) y por ende el TEDH debió ejercer sus labores de supervisión internacional.

Antes al contrario, para Jimena el hecho de que se hayan eludido los méritos objetivos en favor de los subjetivos (exaltando estos, para más inri) se basó en una decisión arbitraria y manifiestamente irrazonable, por lo que se vulneró el artículo 6.1 CEDH. Haciéndose eco de la normativa internacional que impone seguir criterios objetivos en la selección de candidatos judiciales, Jimena cree que los dos altos tribunales nacionales apoyaron una decisión del CGPJ que incluía párrafos tan cuestionables como ese que contiene la segunda resolución de este, donde nomina al candidato, donde el CGPJ dice literalmente:

“(…) que en ningún caso puede aceptarse que donde el legislador no limita la discrecionalidad y donde el Consejo no se autolimita, un tercer órgano, cualquiera que sea, se arrogue funciones constitucionales que están fuera de su competencia, despojando y degradando el órgano constitucional al que se le confiere esa función hasta el punto de hacer que su función sea indistinguible e irreconocible de la de un simple órgano administrativo (...)”.

Jimena Quesada argumenta que la decisión definitiva del CGPJ adopta una postura difícilmente compatible con las exigencias del Estado de Derecho y del control judicial, sujeciones ambas que rigen para los actos de aquel. Eso fue, *grosso modo*, lo que argumentaron los votos particulares de los 15 jueces del TS que discreparon de la decisión tomada por los otros 17.⁹

Entiende el Juez español que los tres pilares en los que se basa el propio Consejo de Europa —Estado de Derecho, democracia y derechos humanos— deben permear el funcionamiento de los sistemas judiciales de los Estados miembro. Se le antoja que un consejo judicial con tal “absoluto” poder es mucho más vulnerable a la politización, porque los partidos políticos se verían tentados de aprobar leyes, especialmente en lo tocante a nombramientos judiciales, que harían de estos órganos menos autónomos ante una posible “invasión” por parte del legislativo y del ejecutivo. Aprovecha el Juez para recordar que desde instancias internacionales se han dictado normas expresas para que los Estados tomen medidas para despolitizar el proceso de elección de vocales a este tipo de órganos. La Comisión Europea, en un informe de 2022, recordó a España que la renovación del CGPJ pendía desde 2018 y que sigue pendiente. El presente caso, según el Juez Jimena Quesada, no es extraño a este contexto.¹⁰

Posteriormente aborda el Juez español los motivos por los que entiende que el artículo 14 CEDH se ha violado. No acepta que hubiere razones objetivas y razonables que condujeran a la elección del candidato. De hecho, cree que se produjo un trato favorable basado en razones subjetivas, a las que se dio un peso desproporcionado. Entiende que según las obligaciones que impone el artículo 14, un trato es discriminatorio si no goza de justificación objetiva y razonable, si no persigue un fin legítimo, o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los fines y los medios empleados. Para el Juez Jimena se ha producido una discriminación por razón de sexo, sobre todo a la luz del hecho de que solo una mujer, frente a dieciséis hombres, es presidente de un TSJ en España. Por ello entiende el Juez que el artículo 14 CEDH implica una “obligación positiva” de hacer una “distinción” en favor de la demandante.

La segunda razón para entender vulnerado el precepto igualitario para Jimena Quesada reside en el hecho de que la decisión final del CGPJ “refleja un patrón de desigualdad de género en torno a la demandante”. Al comparar los programas de acción de los candidatos, el Consejo se refirió a la “escasez” que presentaba el de la demandante, de contenido “escaso, genérico y con

⁹ Sobre la polémica generada en torno al “control de convencionalidad” puede verse ALONSO GARCÍA, R.; “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 119, 2020, pp. 13-51; y Díez-Picazo, L.M.^a; “Variaciones sobre el control de convencionalidad”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 53, 2023, pp. 89-107.

¹⁰ Vid. Comisión Europea; “Informe sobre el Estado de Derecho en 2022: la situación del Estado de Derecho en la Unión Europea”, 2023.

propuestas muy triviales”. Añade el Consejo que de la comparación de ambos programas se deduce que la diferencia era “indiscutible, obviamente indiscutible, abrumadora incluso” a favor del candidato.

A pesar de que la mayoría del TEDH dice tener en cuenta para su decisión la comparecencia en audiencia pública de ambos candidatos, para Jimena Quesada se demostró que no hubo ninguna entrevista real, ya que el CGPJ no hizo pregunta alguna que pudiera servir para clarificar el asunto disputado. Las expresiones referidas y que se acaban de entrecomillar aquí son, a juicio del Juez español, difícilmente aceptables a la hora de llevar a cabo procesos selectivos en la función pública. Se interroga el Juez si hubieran sido aceptables esos calificativos respecto de la falta de algunos méritos objetivos del candidato. Como él mismo alega, la pregunta es recurrente y la respuesta obvia.

En suma, cree que se ha lesionado el artículo 14 CEDH, en conjunción con el artículo 6.1 CEDH, porque no solo fue la demandante evaluada injustamente en términos de mérito y capacidad a la hora de acceder al cargo de presidente del TSJ, más allá de la naturaleza discrecional de decidir sobre un puesto con un componente tanto judicial como gubernativo, sino que tal dislate —esto es de cosecha propia— no se remedió por las jurisdicciones internas, por lo que sufrió una “doble victimización” debido a cómo decidió el CGPJ.

El Juez español aborda la última de las lesiones que entiende que se ha producido con la sentencia de la mayoría: la lesión del artículo 1 del Protocolo 12 al Convenio, en conjunción con el artículo 6.1 CEDH. Este precepto reconoce el derecho a gozar de los derechos reconocidos en el Convenio sin discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo. El magistrado cree que debieron aplicarse las previsiones legales nacionales, en concreto el artículo 16 de la Ley de Igualdad de 2007 (“Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan”); y por el artículo 3.1 del Reglamento de 2010 que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, donde se dice literalmente que “en la provisión de las plazas a que se refiere este Reglamento se impulsarán y desarrollarán medidas que favorezcan la promoción de la mujer con méritos y capacidad”.

El Juez Jimena Quesada recuerda posteriormente que la jurisprudencia convencional ha establecido que los estándares exigidos en torno al artículo 14 CEDH son también aplicables al artículo 1 del Protocolo 12. También recuerda que en estas lides los Estados gozan de cierto margen de apreciación nacional para establecer qué diferencias justifican tratos diferentes, pudiendo variar en función de las circunstancias, la materia o el contexto. Pero la decisión última sobre la observancia del Convenio corresponde al TEDH. Por eso comprende el Juez español que el margen de apreciación nacional debió cumplimentarse acudiendo a los postulados igualitarios españoles. Al

no hacerlo, los tribunales nacionales fracasaron a la hora de “implementar la incontrovertida interpretación de la legislación en la materia”. Dicho con otras palabras: aplicar las medidas igualitarias reseñadas y dar el puesto a la candidata.

Para entender el bagaje en torno a la igualdad de género, el Juez Jimena Quesada permuta las posiciones de los dos candidatos, a título de hipótesis, y procede a analizar el caso de tal guisa. Es decir: supongamos que el candidato hubiera tenido más méritos objetivos y que la diferencia con los méritos subjetivos hubiera sido menor. En tal caso: ¿habría dado el CGPJ preferencia a la candidata? De nuevo, la pregunta es recurrente, y la respuesta obvia, según su propio parecer. En cualquier caso, sin recurrir a tal hipótesis, la situación real (mayor diferencial objetivo a favor de la demandante frente a menor diferencial subjetivo a favor del candidato) debería haber llevado a aplicar la “igualdad efectiva” contemplada en la ley española y, en consecuencia, a dar el puesto a la mujer frente al hombre. No obstante, el CGPJ (ni la mayoría del Tribunal Supremo en su sentencia de 2017, ni la del Tribunal Constitucional en su ATC 119/2018) no ofreció ninguna razón de por qué, a pesar de que la brecha entre los méritos objetivos entre ambos era mucho mayor que la brecha entre los méritos subjetivos, no se aplicaron las normas nacionales sobre igualdad efectiva para evitar la *discriminación inversa* a favor del candidato masculino.

4. REFLEXIONES CRÍTICAS

Se ha expuesto las principales argumentaciones tanto de la mayoría como de la minoría del TEDH. Conviene recordar que el caso, a la fecha de cierre de estas líneas, puede ser objeto de recurso ante la Gran Sala.

El caso presenta diversas aristas, todas ellas de enjundia. Así que vamos a enumerar en primer término cuáles son y a abordarlas separadamente después.

En primer lugar, el lector colegirá que estamos ante un caso límite, muy polémico, donde las partes implicadas, así como los órganos constitucionales y jurisdiccionales que decidieron la cuestión, estaban profunda y filosóficamente divididos de forma casi irreconciliable. *Hard cases make bad law*, se podría decir.

En segundo lugar, se detecta en la sentencia convencional una deferencia importante respecto de las decisiones tanto de los altos tribunales nacionales como del propio CGPJ. El TEDH viene a decir que estas no han lesionado el derecho a un juicio justo. Pero en esta cuestión sucede algo extraño: el TEDH empieza diciendo que la demandante alega que se han vulnerado sus derechos reconocidos en el artículo 6.1 CEDH, pero añade que también se podrían haber vulnerado los derechos del artículo 14 CEDH así como los contemplados en el artículo 1 del Protocolo 12 al CEDH (§ 1). No sin sorpresa, la *ratio decidendi* del TEDH omite por completo las dos últimas alegaciones, no

hace alusión alguna a la igualdad. Se limita a dilucidar si se ha quebrado el artículo 6.1 CEDH. Ya sabemos que su respuesta es negativa, porque entiende que el margen de apreciación nacional implica que la selección conforme a los criterios ejecutados en el caso de autos fue conforme al Convenio.

En tercer lugar, a la fecha de cierre de las presentes líneas no existen opiniones doctrinales sobre el caso.¹¹ No obstante, dado que hemos trabajado con cierta dedicación algunas de las cuestiones que plantea el principio de igualdad y de no discriminación, quizá quepa lanzar ciertas ideas a modo de hipótesis para contribuir al debate que a buen seguro suscitará esta sentencia.¹² Comencemos por la decisión del CGPJ y su convalidación por parte del Tribunal Supremo.

El CGPJ, en su Acuerdo de 26 de mayo de 2016, dice que no existe jerarquía en los méritos a ponderar; de ahí que efectúe su análisis en conjunto. Ponderar significa equilibrar entre varios valores en juego, que es precisamente lo que sucede en este caso: dotado un margen discrecional indubitado, el CGPJ, examinados los méritos de los candidatos, nombra a uno de ellos. No estamos ante un concurso reglado o baremado de méritos, pues de haber sido esta la opción querida el legislador orgánico la habría introducido en las directrices que rigen este tipo de convocatorias. El mandato legal confiere amplia discrecionalidad al CGPJ en aras de priorizar los méritos y capacidades más relevantes, pues eso significa “ponderar”, recuerda el propio Consejo. No cabe olvidar, en fin, que los nombramientos integran el núcleo de la función constitucional atribuida al Consejo *ex* artículo 122.2 CE.

Además, en cuanto a la presunta discriminación por razón de sexo, el CGPJ sí tuvo en cuenta el impacto de género de su decisión, hasta el punto de que solicitó y manejó el Informe de la Comisión de Igualdad del propio CGPJ.¹³ Añade el órgano constitucional que el principio de composición equilibrada

¹¹ Se ha encontrado una reflexión en contra del parecer de la mayoría del TEDH en el blog del magistrado CHAVES, J.R.; “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entierra las esperanzas de eliminar la politización de los nombramientos de cargos judiciales”, *delJusticia.com*, 8 de junio de 2023. En línea: <https://delajusticia.com/2023/06/08/el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-entierra-las-esperanzas-de-eliminar-la-politizacion-de-los-nombramientos-de-cargos-judiciales/>. Último acceso: 12/06/2023.

¹² También conviene hacer notar que se entiende mejor si se pone en consonancia con otras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materias estrechamente relacionadas. Por todos, véase BOUAZZA ARIÑO, O.; “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, n° 221, 2023, pp. 1-23; y BOUAZZA ARIÑO, O.; “Los umbrales de calidad del aire, la irretroactividad de las normas urbanísticas favorables y otras cuestiones de interés en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 63, 2023, pp. 1-22.

¹³ Para conocer más sobre este órgano véase el trabajo de FIGUERUELO BURRIEZA, Á.; y IGLESIAS BÁREZ, M.; “El Poder Judicial. El principio de paridad democrática”. En VENTURA FRANCH, A.; e IGLESIAS BÁREZ, M.; *Manual de Derecho Constitucional español con perspectiva de género*, vol. I, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2020, p. 638 y ss.

no puede operar con “rígido automatismo” cada vez que una mujer concurra con un hombre en la disputa por un cargo cuyo nombramiento no es reglado sino discrecional. Tal extremo solo acaecería si se apreciase “una idoneidad parangonable o una igualdad sustancial de méritos”, lo cual no es precisamente lo que sucede en el caso de autos.

Sabemos que en primera instancia el TS anula la decisión y obliga al CGPJ a motivar de forma más exhaustiva los razonamientos que le llevan a decidirse por el candidato masculino. Dando cumplimiento a tal exigencia, el CGPJ aprueba por nuevo Acuerdo volver a nombrar al candidato nombrado en primera instancia.

En cuarto lugar, es menester intentar arrojar luz sobre la decisión del Tribunal Supremo. Los argumentos que maneja en su Sentencia de 27 de junio de 2017, dictada por el Pleno de la Sala 3^a, recuerdan que el codemandado alega que la motivación del Acuerdo del CGPJ ha sido tan deferente y clara que no ha lugar a que se adopte una acción positiva que conlleve el nombramiento de la candidata femenina. Dicho con otras palabras: los dos candidatos tienen méritos diferentes. Es discreción del CGPJ valorar tales méritos. El CGPJ decide en primera instancia elegir al candidato pero, a juicio del TS, la motivación ofrecida para respaldar tal decisión es insuficiente. Procede a realizar el nombramiento por segunda vez, y esta vez entiende el TS satisfecha la exigencia de motivación, recordando la facultad discrecional del CGPJ.

En suma, no es tanto que el CGPJ decidiera contra Derecho, es que decidió, dentro de la discrecionalidad que le confieren las normas, en primer término con una motivación insuficiente y, posteriormente, con una ya adecuada a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo. Esto resulta plenamente congruente con la doctrina asentada en este alto tribunal: los actos del CGPJ son fiscalizables en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, también (especialmente) en el ámbito de nombramientos no reglados donde la discrecionalidad es moneda de curso legal.¹⁴

Lo que se acaba de decir no parece presentar especiales problemas en la teoría, aunque sí en la práctica. Al no regirse por criterios de antigüedad o escalafón, el Consejo hará nombramientos sensibles e importantes (magistrados del Tribunal Supremo y presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, de Audiencia Nacional, y de Audiencias Provinciales) siguiendo la técnica discrecional. No queda exento de control, sus decisiones siguen siendo controlables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, “que velará por la regularidad del procedimiento de nombramiento”. Así las cosas, no es infrecuente que el Tribunal Supremo revoque nombramientos efectuados por el CGPJ, incluso en ocasiones nombramiento de magistrados...del Tribunal Supremo.¹⁵

¹⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, L.M.^a; *Ordenamiento constitucional español*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, p. 410.

¹⁵ Vid. LÓPEZ GUERRA, L.; *La Constitución de España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2023, 2^a edición, p. 147.

En quinto lugar, es el turno del razonamiento del Tribunal Constitucional. Sabemos que el TC inadmitió a trámite el recurso de amparo presentado por la candidata mediante un Auto que tiene cuerpo y espíritu de sentencia. Sobre la presunta discriminación por razón de sexo se afirman cuestiones de franco interés tanto en la *ratio decidendi* de la mayoría como en los votos particulares.

La mayoría del Juez Constitucional llega a la conclusión de que las acciones positivas plantean en ocasiones una lesión de la igualdad (FJ 5). Aplicando la STC 117/2011, entiende que sólo se puede emplear el sexo en circunstancias excepcionales, lo cual implica que será escrutado conforme a cánones más estrictos en cuanto a su justificación y proporcionalidad. No forma parte del contenido esencial del artículo 14 CE que se adopten acciones positivas en favor de la mujer (ni de nadie), más allá de que muy puntualmente, tal y como indicó la STC 128/1987, cupiera hacer una excepción. La mayoría aplica también la doctrina sobre las acciones positivas dictada tanto por el TEDH como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).¹⁶

Después de dicho análisis llega a la convicción (FJ 8) de que no cabe imponer con automatismo a la candidata cuando exista diferencia de méritos. Ello atendería contra los criterios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), proyectado en el acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos (art. 23.2 CE). La jurisprudencia del TJUE exige que exista una “cláusula de apertura” que permita entrar a valorar los currículos de los candidatos, entendiendo contraria al Derecho de la UE una cuota que establezca, sin mayores distinciones, la preferencia automática en favor de uno de los contendientes.¹⁷

El TC deja un párrafo luminoso cuando dice, literalmente, que “lo que no puede pretenderse es que la recurrente deba ser puesta en posesión de la plaza para compensar la falta de mujeres en las presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia olvidando cualquier otra consideración, cuando el

¹⁶ Sobre la posibilidad de un sistema conjunto europeo de derechos y libertades véase HERNÁNDEZ RAMOS, M; “El fortalecimiento de la Europa de los derechos mediante la adhesión de la Unión Europea al sistema del Convenio”. En GARCÍA ROCA, J.; y BUSTOS GISBERT, R. (coords); *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 141-176. También incide en la cuestión ROCA FERNÁNDEZ, M.^ªJ.; “La identidad constitucional en la Unión Europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales”. En GARCÍA ROCA, J.; y BUSTOS GISBERT, R. (coords); *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 63-90.

¹⁷ Así se estableció por el propio TJUE en el señero caso *Kalanke*, asunto C-450/93, de 17 de octubre de 1995; una vez que se elimina la preferencia automática la promoción igualitaria podría tener cabida, va de suyo que respetando el resto del ordenamiento jurídico, tal y como se ratificó en el siguiente caso en el que el TJUE tuvo la oportunidad de hacerlo, caso *Marschall*, asunto C-409/95, de 17 de noviembre de 1997. Se abordó la cuestión en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.; *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012. Sobre el particular, recientemente véase DÍEZ-PICAZO, L.M.^ª; *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 190 y ss.

órgano de selección (...) ha razonado en este caso de manera pormenorizada (...) el por qué el otro candidato posee en conjunto más méritos para ocupar la plaza convocada” (FJ 8).

El Tribunal Constitucional inadmite a trámite por dos motivos. El primero es un motivo formal y es que el artículo 9.2 CE no es un derecho fundamental y no puede ser objeto de un proceso de amparo. El segundo es un motivo sustantivo, y es que el automatismo de la acción positiva solicitada por la candidata prescinde indebidamente de los principios de mérito y capacidad.

Además, debemos recordar que, respecto a la discriminación por razón de sexo, el TC añade (FJ 9) que no ha lugar porque la demanda de amparo se basa en afirmaciones gratuitas como que el CGPJ “no quiere mujeres en puestos de mando”, al igual que afirma que se evita elegir a mujeres “que por su edad y experiencia tienen personalidad y criterio propio”. Tales pareceres carecen del más mínimo soporte probatorio, ni siquiera constituyen indicios que pudieran hacer cambiar de parecer al Juez Constitucional. Añade este que los méritos solicitados podían ser alcanzados por hombres y mujeres por igual, amén de que el CGPJ entendiera correctamente que al no haber igualdad en los méritos (“no parangonables”), no se daba el presupuesto de hecho para adoptar una acción positiva.

Estamos, en suma, ante un proceso regido por la decisión discrecional de un órgano constitucional, técnica esta que ya fue avalada en sede constitucional de modo explícito por la STC 238/2012 (FJ 10).

Los votos particulares emitidos también gozan de interés. Expondremos primero el del magistrado Xiol Ríos, al que se adhiere el magistrado Valdés Dal-Ré y, posteriormente, el de la magistrada Balaguer Callejón.

Respecto al primero, los magistrados discrepantes entienden que pudo lesionarse el artículo 14 CE, toda vez que la candidata tenía más méritos objetivos que el candidato. Estos se han visto desplazados por los subjetivos, donde el candidato, a juicio del CGPJ, tenía más pujanza, sin ofrecer la necesaria motivación reforzada que, a juicio de los dos magistrados, debía haber sido explicitada por el Consejo. A lo peor, barruntan los dos jueces, estamos ante un caso de desviación de poder.

Xiol y Valdés creen que se debería haber aprovechado la ocasión para profundizar en los lineamientos de la STC 128/1987, que es la primera y hasta la fecha última que ha optado por defender la legitimidad constitucional de las acciones positivas como exigencia de una interpretación al alimón entre el artículo 14 CE y el artículo 9.2 CE. Los magistrados discrepantes entienden que las acciones positivas no son una excepción al derecho fundamental a la igualdad, sujetas a límites y excepciones, sino que, antes al contrario, integran el contenido del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo. De incumplir la que así se dictase sólo podría reputarse como inconstitucional. La postura de los discrepantes implicaría, en puridad, darle la vuelta a la interpretación de un artículo tan sensible como el 14 CE.

Algo similar sucede en el voto particular evacuado por la magistrada Balaguer Callejón. Comienza recordando que el concepto “democracia paritaria” se introdujo en la STC 12/2008 y que el caso de autos es una variante del mismo pero con “juezas y magistradas” en lugar de con representantes políticos.¹⁸ A la magistrada Balaguer se le antoja que la falta de perspectiva de género en el parecer de la mayoría oscurece su razonamiento y cita en apoyo de su tesis el artículo 4 de la Ley de Igualdad de 2007, que establece la interpretación y aplicación de las normas jurídicas atendiendo al principio de igualdad de trato y de oportunidades (no de la perspectiva de género).

Entiende Balaguer Callejón que el artículo 9.2 CE es un límite a la discrecionalidad del CGPJ, a la par que constata que existe un sesgo de género en los méritos de cada candidato porque la candidata hubo de hacer los suyos —y dejar de hacer los que luego fueron definitivos, como estancias en el extranjero— mediando factores como la edad fértil o la crianza y educación de los hijos.

Finalmente, cabría preguntarse si podría suceder un caso similar hoy. Debemos reparar en que los hechos de autos suceden en el año 2014 y de ahí en adelante. En el año 2018 se reformó el artículo 326 LOPJ, acogiendo las recomendaciones que los informes GRECO del Consejo de Europa habían reiterado. La reforma establece un mecanismo transparente y objetivo para la provisión de altos cargos judiciales. Las bases de la convocatoria deben fijar de forma clara y separada cada uno de los méritos que se vayan a tener en consideración, diferenciando cuáles deban ser las aptitudes de excelencia jurisdiccional y cuáles las de cariz gubernativo, así como separar los méritos comunes de los méritos específicos para desempeñar el puesto. Se obliga también a que la valoración de conjunto de los méritos se encuentre motivada y, quizá más importante a la luz de las exigencias de género tan propias de los tiempos que nos toca vivir, la propuesta final de valoración debe pronunciarse sobre su adecuación a la Ley de Igualdad de 2007.¹⁹

Además, debemos mencionar la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, limitando algunas atribuciones del CGPJ cuando se encuentre en funciones por no haberse renovado en el plazo previsto por la ley. El artículo 570 bis LOPJ no permite al CGPJ en funciones el nombramiento de los presidentes de TSJ, entre otros nombramientos de presidentes de órganos judiciales colegiados que también tiene vetados. La doctrina

¹⁸ Cuando la doctrina constitucionalista ha estudiado el asunto ha circunscrito el asunto al ámbito político-representativo. También se ha empezado a estudiar el acceso femenino a las altas esferas económicas, como lo demuestra la excelente monografía de MARTÍN GUARDADO, S.; *Techo de cristal y democracia paritaria. El acceso de la mujer a las altas esferas económico-productivas como un reto del Estado Social y Democrático de Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

¹⁹ Véase DELGADO DEL RINCÓN, L.; “El Poder Judicial”. En BIGLINO CAMPOS, P; BILBAO UBILLOS, J.M.^a; REY MARTÍNEZ, F.; MATIA PORTILLA, F.J.; VIDAL ZAPATERO, J.M. (coords); *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, (3ª edición), p. 271 y ss.

constitucionalista no parece haber acogido de buen grado esta nueva reforma y ofrece abundantes razones que podrían unificarse en una: en ocasiones puede ser peor el remedio que la enfermedad, para mayor descrédito de la justicia a ojos de los justiciables o la falta de cintura para permitir que órganos judiciales puedan funcionar en plenitud, entre otros efectos negativos.²⁰

Lo que se acaba de decir podría verse como un “parche” que no funcionará porque el problema, lejos de ser coyuntural, es estructural. Si recordamos brevemente lo que sucedió, desde la entrada en vigor de la Constitución hasta el año 2005, aproximadamente, los nombramientos discrecionales realizados por el CGPJ carecían de control alguno. En torno a 2005, los jueces del Tribunal Supremo introducen la exigencia de motivación del nombramiento, como forma de controlar en cierta medida tales nombramientos. Después se pasa a hablar de abuso de poder o desviación de poder, donde el TS puede corregir o anular los nombramientos (lo que sucedió en el caso de autos).

Algunos autores abogan por introducir un concurso de méritos en la provisión de tales plazas y el asunto quedaría resuelto. No tanto la *cirugía invasiva* de eliminar el propio Consejo —por estas y otras muchas disfuncionalidades que convergen en ser correa de transmisión de intereses políticos— sino la *cirugía estética* de limitar su capacidad discrecional obligando legalmente que la cúpula judicial, entendida en sentido amplio, se rija por las mismas reglas que las que operan para el resto de miembros de la carrera judicial. Un concurso ordinario, con las diferencias de baremos que deban establecerse en función del puesto y de sus exigencias concretas.²¹

No queremos dejar en el silencio alguno de los argumentos que formuló el magistrado Pérez Tremps en su voto concurrente a la STC 13/2009. Al convalidar la constitucionalidad de una medida bastante parecida al principio de composición equilibrada electoral, en este caso para el País Vasco, el magistrado entiende que este tipo de medidas:

“(…) aunque se formulen en términos neutros, finalmente son medidas positivas, como en seguida se verá y, lógicamente, no sólo tienen el límite de no lesionar derechos fundamentales, sino que están sujetas al conjunto de la norma fundamental. Por lo demás, este Tribunal viene exigiendo un especial rigor en el enjuiciamiento de medidas diferenciadoras basadas en el criterio del sexo (STC 200/2001, entre otras) (...)”.

Hay que elaborar, pues, un juicio global de constitucionalidad y este debe ser estricto, siguiendo a Pérez Tremps. Estamos, al fin y al cabo, ante medidas

²⁰ Vid. VVAA; *Encuesta sobre el Poder Judicial*, cit; p. 35 (profesor Delgado del Rincón); p. 33 (profesor Bustos Gisbert); p. 38 (profesora Figueruelo); p. 41 (profesor López Aguilar); p. 44 (profesor Lucas Murillo de la Cueva); p. 47 (profesora Rosado Iglesias); y p. 51 (profesora Serra).

²¹ Vid. ARAGÓN REYES, M.; DE CARRERAS, F.; DÍEZ NICOLÁS, J.; FERNÁNDEZ, T-R.; GARCÍA DELGADO, J.L.; LAMO DE ESPINOSA, E.; MANGAS, A.; SOSA WAGNER, F.; Y TORTELLA, G.; *España: democracia menguante*, Fundación Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2022, p. 129 y ss.

que difícilmente se concilian con el principio de igualdad. Uno de los factores que podrían hacerlas legítimas es su temporalidad. *Mutatis mutandis*, en el caso que aquí nos ocupa la demandante no alega que se aplique una acción positiva temporal sino una medida positiva que *la favorezca directamente* a ella. Ese es, podríamos barruntar, el auténtico quid de la cuestión: la candidata saber que tiene más méritos objetivos pero estos han pesado menos en la decisión del CGPJ que los subjetivos de su contrincante. Por eso reclama una “acción positiva”. Como dice Pérez Tremps en el voto concurrente: estas medidas están “por definición situadas en tensión con el citado principio de igualdad” y “cumplido su objetivo, deberán ser reformuladas, en una valoración que corresponde al legislador, pero que también puede ser objeto de control de constitucionalidad de este tribunal”. Para el caso que nos ocupa, es lo contrario a lo que propone tanto la demandante como el Juez *ad hoc*.

Abundando en el parecer anterior con un criterio similar, el constitucionalista Díez-Picazo ha resumido a la perfección lo mollar cuando ha dicho lo que sigue:

“Parece, en todo, caso, que la introducción de excepciones a la asignación de derechos y deberes sobre la base de características personales exige una extrema prudencia, pues puede perjudicar a personas que de ningún modo son responsables de la situación que se trata de paliar. Por ello, es importante la matización que a menudo se hace sobre la inadmisión del puro automatismo y, más aún, sobre el carácter necesariamente temporal de las medidas de acción positiva. Y no estaría de más, en fin, que se les impusiera la superación del juicio de proporcionalidad”.²²

CONCLUSIÓN

El caso *Alonso Saura*, decidido por una sentencia que a la fecha de cierre de estas líneas todavía no es firme, tiene diversas implicaciones para el ordenamiento jurídico español. Es para congratularse el hecho de que no se haya dictado una violación del Convenio. Para la mayoría del TEDH, el análisis realizado por la jurisdicción interna, señaladamente el Tribunal Supremo, ha sido respetuoso para con las garantías inherentes al artículo 6.1 CEDH.

Se constata que dicha mayoría emplea de forma deferente el margen de apreciación nacional. Dos magistrados concurren en el fallo de sus colegas, aunque discrepan del razonamiento en lo que hace a la ponderación entre los méritos objetivos o subjetivos, pues entienden que los segundos han eclipsado a los primeros y que tal cosa podría evitarse, pro futuro, mediante el establecimiento de un baremo que pondere previamente los méritos exigidos. El magistrado *ad hoc* español hace un voto particular mucho más duro, pues entiende que el CGPJ tomó una decisión arbitraria, que los altos tribunales

²² Vid. DÍEZ-PICAZO, L.M.³; *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 199.

nacionales no le enmendaron la plana (salvo en primera instancia el TS) y de algún modo convalidaron tal estado arbitrario de cosas, amén de entender que se ha producido una vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, que debió ser corregido por algún tipo de acción positiva amparada en la legislación igualitaria que rige en España.

En puridad, el asunto tiene poco que ver con la igualdad y sí con el poder discrecional de nombrar que faculta al CGPJ. Parece una solución más plausible, pausada y realista la de los dos magistrados que discrepan concurriendo, pues introducir una baremación significa intentar establecer reglas a priori que sirvan para que la contienda se desarrolle sabiendo de antemano qué se exige y cómo se va a exigir. Las medidas incrementales, por su naturaleza gradual, no quedan a expensas de un “todo o nada”. Caben matices, puntualizaciones, otorgar algo más de peso a este o a aquel mérito y, en fin, establecer unas precondiciones más seguras desde el punto de vista jurídico.

Finalmente, aun dando entrada al postulado igualitario, rápidamente este se abandona o desaparece para exigir, como bien arguye el voto de Jimena Quesada, una acción positiva que hubiere favorecido a la candidata frente al candidato, otorgándole el puesto. Eso también integró el *petitum* de la candidata. Pero, en mi modesta opinión, yerran el tiro pues piden tal cosa a sabiendas de que lo de veras exigen es que hubiere tenido más peso el criterio objetivo que el subjetivo. Al ver cómo la balanza se decanta a favor del segundo (insistimos: no es ilegalidad sino discrecionalidad), solo queda el recurso de solicitar, ante la escasísima infra-presencia de jueces mujeres en los puestos altos del escalafón, que se adopte una medida promocional que atribuyera el puesto a la demandante.

Este caso lo vuelve a demostrar una vez más: hacer justicia no tiene que ver con darle automáticamente el bien disputado a quien pertenece a una presunta minoría (las mujeres no lo son en términos sociales y menos las mujeres jueces) sino en establecer a priori condiciones objetivas, regladas y baremadas para que gane el/la mejor.

FUENTES CITADAS

- ALONSO GARCÍA, R.; “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 119, 2020.
- ARAGÓN REYES, M.; DE CARRERAS, F.; DÍEZ NICOLÁS, J; FERNÁNDEZ, T-R.; GARCÍA DELGADO, J.L.; LAMO DE ESPINOSA, E.; MANGAS, A.; SOSA WAGNER, F.; TORTELLA, G.; *España: democracia menguante*, Fundación Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2022.
- BLAY GIL, E.; Y González Sánchez, I; “El techo de cristal en la judicatura española: hipótesis explicativas a partir de las vivencias de las magistradas”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 20/nº 2, 2022.
- BOUAZZA ARIÑO, O.; “Los umbrales de calidad del aire, la irretroactividad de las normas urbanísticas favorables y otras cuestiones de interés en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 63, 2023.

- BOUAZZA ARIÑO, O.; “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, nº 221, 2023.
- BUSTOS GISBERT, R.; DELGADO DEL RINCÓN, L.; FIGUERUELO BURRIEZA, Á.; LÓPEZ AGUILAR, J.F.; LÓPEZ GUERRA, L.; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.; ROSADO IGLESIAS, G.; SERRA CRISTOBAL, R.; “Encuesta sobre el Poder Judicial”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 50, 2022.
- CHAVES, J.R.; “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entierra las esperanzas de eliminar la politización de los nombramientos de cargos judiciales”, *delajusticia.com*, 8 de junio de 2023. En línea: <https://delajusticia.com/2023/06/08/el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-entierra-las-esperanzas-de-eliminar-la-politizacion-de-los-nombramientos-de-cargos-judiciales/>. Último acceso: 12/06/2023.
- COMISIÓN EUROPEA; “Informe sobre el Estado de Derecho en 2022: la situación del Estado de Derecho en la Unión Europea”, 2023.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.; “EL PODER JUDICIAL”. EN BIGLINO CAMPOS, P.; BILBAO UBILLOS, J.M.³; REY MARTÍNEZ, F.; MATIA PORTILLA, F.J.; VIDAL ZAPATERO, J.M.; (coords); *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, (3ª edición).
- DÍEZ-PICAZO, L.M.³; *Ordenamiento constitucional español*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020.
- *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- “Variaciones sobre el control de convencionalidad”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 53, 2023.
- ESPIÉRREZ CABELLOS, M.Á.; “La desconcentración del gobierno del Poder Judicial en el Estado autonómico y los consejos de justicia como posible vía: oportunidades y problemas”, *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, nº. 35, 2022.
- FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.; “El órgano de gobierno de los jueces atrapado en el tiempo. El CGPJ hiper reformado, hiper prorrogado y, ahora en funciones, perdiendo y recuperando competencias”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 50, 2022.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á; Y IGLESIAS BÁREZ, M.; “El Poder Judicial. El principio de paridad democrática”. En VENTURA FRANCH, A.; E IGLESIAS BÁREZ, M.; *Manual de Derecho Constitucional español con perspectiva de género*, vol. I, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2020.
- GARCÍA ROCA, J.; “La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos por el TEDH”. En García Roca, J.; y Bustos Gisbert, R. (coords); *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022.
- GARCÍA ROCA, J.; *La transformación constitucional de Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- GARCÍA VITORIA, I.; “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En Figueroa Mejía, G.; *Tipología y efectos de las Sentencias Constitucionales, Regionales y Supranacionales*. Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.
- HERNÁNDEZ RAMOS, M.; “El fortalecimiento de la Europa de los derechos mediante la adhesión de la Unión Europea al sistema del Convenio”. En García Roca, J.; y Bustos Gisbert, R (coords); *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J.; “¿A quién afecta el descrédito, sobre todo?”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 118, 2020.
- LÓPEZ GUERRA, L.; *La Constitución de España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2023, 2ª edición.
- *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.

MARTÍN GUARDADO, S.; *Techo de cristal y democracia paritaria. El acceso de la mujer a las altas esferas económico-productivas como un reto del Estado Social y Democrático de Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

MENGUAL I MALLOL, A.M.^a; “Las demandas contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: procedimiento y contenido”, En Elósegui Itxaso, M.^a; Morte Gómez, C.; Mengual i Mallol, A.M.^a; y Cano Palomares, G. (coords); *Construyendo los Derechos Humanos en Estrasburgo: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa*, Tirant lo blanch, Valencia 2020.

PLAZA MARTÍN, C.; “Grietas en el techo de cristal: Instrumentos jurídicos para promover el equilibrio entre mujeres y hombres en los puestos de responsabilidad.”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 58, 2021.

ROCA FERNÁNDEZ, M.^aJ.; “La identidad constitucional en la Unión Europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales”. En GARCÍA ROCA, J.; Y BUS-TOS GISBERT, R. (coords); *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022.

SCRUTON, R.; *Cómo ser conservador*, Homo Legens, Madrid, 2019.

