

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA M^a ANGELES GARCIA GARCIA RESPECTO AL NOMBRAMIENTO DE D. MANUEL MARCHENA GOMEZ.

El Consejo General del Poder Judicial, en el Pleno de 31 de enero del presente año, ha acordado nombrar Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a D. Manuel Marchena, en provisión de la vacante producida por jubilación de D. José Antonio Martín Pallín (turno de juristas de reconocido prestigio) frente a tal decisión se alza este voto particular que tiene su fundamento en las razones siguientes:

El acuerdo desconoce, una vez más, las exigencias de motivación establecidas en los arts. 137.5 de la LOPJ y 54.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Procedimiento Administrativo, exigencias de las que no están excluidos los nombramientos discrecionales como en reiteradas ocasiones ha dicho la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sentencias que damos aquí por conocidas).

En el caso que nos ocupa se ha elevado al Pleno por la Comisión de Calificación una terna por orden alfabético y sin preferencia, acompañada de un somero informe (de un folio) de los méritos de los componentes de la misma, D^a Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, D. Antonio del Moral García y D. Manuel Marchena Gómez. Se ha omitido el informe de otro peticionario, D. Gonzalo Quintero Olivares, quien había sido propuesto por los Vocales D. Félix Pantoja, D. Javier Martínez Lázaro y D. Agustín Azparren el 31 de octubre del año 2006 con la petición de que, además, de los incluidos en la terna se tome en consideración su solicitud para la plaza e inclusive se solicita que se acompañe el correspondiente informe sobre la aptitud del candidato propuesto (art. 74 del ROF).

Además de la omisión que acabamos de referir, el informe de la Comisión de Calificación, necesario para emitir una decisión fundada, omite -¿ladinamente?- datos tan objetivamente relevantes como la antigüedad en la Carrera Fiscal y en su actual destino, la Fiscalía del Tribunal Supremo (Sección de lo Penal) de los peticionarios. Casualmente los dos preteridos son los más perjudicados por la omisión: D^a Consuelo Madrigal Martínez-Pereda 26 años en la Carrera Fiscal, de ellos 12 en la Fiscalía del Tribunal Supremo, sección de lo penal, 10 años y 7 meses en la plaza en propiedad y 1 año y 5 meses en comisión de servicios; D. Antonio del Moral García, 23 años en la Carrera Fiscal, de ellos, 7 años y 8 meses en la Fiscalía del Tribunal Supremo, sección de lo penal; D. Manuel Marchena Gómez, 21 años en la Carrera, de ellos, solamente, 2 años y 6 meses en la Fiscalía del Tribunal Supremo en la misma sección de lo penal

A mayor abundamiento, se hace constar la cualidad de Doctor de D. Manuel Marchena y se omite que también es Doctor D. Antonio del Moral, se pasa por alto que D. Antonio del Moral además de Fiscal es Juez excedente. Se contenta, en breve síntesis, con afirmar en los respectivos informes que los tres cuentan con una pertinente formación teórica y práctica que les habilita totalmente para ser designados Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y que los tres tiene una destacada actividad como conferenciantes y publicistas. En el Pleno (al que no se aportó los *curricula* de ninguno de ellos, constaba en el Orden del día que “estaba a disposición de los sres. Vocales en Secretaría”, pero solamente ha sido recabada dicha documental por la Vocal que suscribe este voto particular) D. Adolfo Prego propone que se vote a D. Manuel Marchena por sus conocimientos excelentes en Derecho Penal, formación magnífica y méritos. D. Félix Pantoja propone a D. Antonio del Moral por su capacidad profesional y por sus méritos. D. José Merino defiende la candidatura de D. Manuel Marchena por ser magnífico jurista, compañero suyo en Las Palmas y el mejor de la terna. Quien suscribe este voto particular pide el voto para D^a Consuelo Madrigal por entender que es la más antigua en la Carrera Fiscal y en el Tribunal Supremo y que en la actividad extrajudicial son también relevantes sus méritos.

Por motivos ignotos el agraciado en la votación fue D. Manuel Marchena Gómez.

En este Voto particular, una vez más, se reitera lo dicho en todos los Plenos en los que se producen nombramientos: es preciso cumplir con rigurosidad la normativa vigente; la interdicción de la arbitrariedad está en el frontispicio de la Constitución; la motivación debe de ser real, no basta con una mera apariencia; es imprescindible una modificación reglamentaria en materia de nombramientos que permita dar transparencia a los mismos y cumplir el requisito de motivación exigido por las Leyes y la jurisprudencia de la Sala Tercera que las interpreta.

A las anteriores razones, -que justifican cumplidamente este voto particular- hemos de añadir otras más, aunque nada canse más que demostrar lo evidente, son las siguientes:

Siete Tratados Internacionales de Derechos Humanos en vigor tienen en común un mecanismo de protección basado en los informes periódicos que los Estados Parte deben suministrar a otros siete Comités de expertos independientes (uno por cada Convención) con una finalidad fundamentalmente preventiva de futuras violaciones. En el tema que nos ocupa la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las

Formas de Discriminación contra la Mujer. Nueva York, 18 de diciembre de 1979.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer en sus observaciones finales sobre España felicita al Estado Parte respecto a la información relativa a la situación de la mujer; especialmente, por el nombramiento de igual número de mujeres y de hombres en el nuevo Gobierno, emanado de las elecciones del 2004, y acoge con beneplácito las numerosas iniciativas encaminadas a lograr la igualdad de género y eliminar la discriminación contra la mujer; entre ellas, el IV plan de igualdad de oportunidades, II plan integral contra la violencia doméstica, la creación de Instituciones de observación, etc. etc.. Pero recomienda que se consagre en la legislación interna una definición de la discriminación contra la mujer, como la que se establece en el artículo 1º de la Convención y **“le preocupa la escasa representación de la mujer en altos cargos en algunas de las esferas de la vida profesional y política, como en el Poder Judicial y el servicio exterior, particularmente en las categorías más altas”**. El Comité recomienda que “se adopten políticas dinámicas con miras a aumentar la participación de la mujer a esos niveles y que, cuando corresponda, se adopten medidas especiales de carácter temporal de conformidad con el párrafo 1º del artículo 4 de la Convención y la recomendación general 25, para garantizar que se acelere el logro de la verdadera potenciación de la mujer en pie de igualdad con el hombre”.

Es una obviedad afirmar que para conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres en nuestra sociedad es necesario impulsar políticas que incluyan medidas de “acción positivas” a favor de las mujeres, por ser este un colectivo históricamente discriminado como consecuencia de un modelo de sociedad que ha fomentado que la mujer esté en situación de inferioridad. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional avala las denominadas “medidas de acción positiva” hacia colectivos históricamente discriminados, utilizando la terminología del Tribunal Constitucional (STC 229/92 de 14 de octubre) es el llamado Derecho Desigual Igualitario entre Hombres y Mujeres. En el Tratado de Ámsterdam se establece: “con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado Miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

El Consejo General del Poder Judicial parece, aparentemente, permeable a estas necesidades. Se ha constituido, ya el 16 de marzo de

2005, una Comisión para la Igualdad de Oportunidades de Mujeres y Hombres en la Judicatura y considerada como el colmo de la modernidad un gran número de Vocales mostraron su deseo de formar parte de ella siendo la más numerosa de todas las Comisiones del Consejo: 8 Vocales. Ya en la sesión constitutiva de dicha Comisión se acordó “el impulso de políticas judiciales a favor de la promoción de mujeres con mérito y capacidad para su nombramiento en los cargos gubernativos de la Carrera Judicial (Presidencias de Tribunales Superiores de Justicia y sus Salas y Audiencias Provinciales) y en el Tribunal Supremo”. Hubo que esperar más de tres meses para que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial sesión de 22 de junio de 2005, acordara: **“impulsar y desarrollar políticas que favorezcan la promoción de las mujeres con méritos y capacidad en los procesos de nombramientos de cargos gubernativos de la Carrera Judicial (Presidencias de Tribunales Superiores de Justicia y sus Salas y Audiencias Provinciales) y MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO. Para ello, CUANDO CONCURRAN VARIOS CANDIDATOS CON SIMILARES MÉRITOS SE PROCURARÁ FACILITAR EL NOMBRAMIENTO DE MUJERES PARA ESTOS PUESTOS.**

El Consejo General del Poder Judicial hace caso omiso: de las recomendaciones del Comité de Expertos antes citado; de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, partiendo de la obviedad de la infrarepresentación de las mujeres en los sectores de la función pública, exige que en caso de igualdad de calificación entre candidatos de distinto sexo para la función pública otorgue preferencia a las candidatas femeninas **y de sus propios Acuerdos.** Por si lo precedente fuera poco, que no lo es, añádase los razonamientos del voto particular concurrente formulado por las Magistradas Excmas. Sras. D^a Celsa Picó y D^a Margarita Robles en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006.

En el caso que nos ocupa en el informe de la Comisión de Calificación ya citado -de mero aliño- concluye que D^a Consuelo Madrigal “cuenta con la pertinente formación teórica y práctica que la habilitan totalmente para ser designada Magistrada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”. No otra cosa se dice de los demás peticionarios incluidos en la terna. Pese a ello, es preterida una Fiscal del Tribunal Supremo con 25 años de antigüedad en la Carrera Fiscal y 12 años en su destino actual, y es nombrado un Fiscal con 21 años en la Carrera y 2 años y 6 meses como Fiscal del Tribunal Supremo, sin que se motive tan extraña decisión.

Ignora, una vez más, este Consejo que la mera voluntad basada en la votación mayoritaria no es suficiente en un Estado de Derecho. En un Estado de Derecho debe decidirse en función de las cualidades relevantes para el Servicio, cualquier otro criterio de decisión es arbitrario. Sólo la motivación permite compatibilizar discrecionalidad y Estado de Derecho. La no motivación permite nombramientos no acordes con los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad y con ello, se ven afectados los peticionarios preteridos, se arrojan sombras de sospechas sobre los nombrados y se atenta contra el interés público principio constitucional rector del funcionamiento de todas las administraciones.

En el caso que nos ocupa era necesario un plus de motivación por las razones antedichas máxime siendo la preterida, la única peticionaria.

A mayor abundamiento existe una mera apariencia del cumplimiento de los requisitos procedimentales y se ha infringido frontalmente el art. 74 del ROF.

Madrid, 1 de febrero de 2007

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Fdo: Mª Angeles García García