

INFORME SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LOS PROCESOS ELECTORALES A LAS SALAS DE GOBIERNO DE LOS MIEMBROS DE LA CARRERA JUDICIAL QUE SE ENCUENTREN EN SITUACIÓN DE EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS

La Comisión de Igualdad de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria eleva el presente informe para su consideración por el Comité Nacional.

En Madrid, a 2 de septiembre de dos mil diecinueve.

A) Regulación actual de la elección de miembros de las Salas de Gobierno.

El artículo 149.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), dispone:

«Las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia estarán constituidas por el Presidente de éstos, que las presidirá, por los Presidentes de las Salas en ellos existentes, por los Presidentes de las Audiencias Provinciales de la comunidad autónoma, y por un número igual de magistrados o jueces, elegidos por todos los miembros de la Carrera Judicial destinados en ella. Uno, al menos, de los componentes de la Sala será de la categoría de juez, salvo que no hubiera candidatos de dicha categoría.»

Además de éstos se integrarán también, con la consideración de miembros electos a todos los efectos, los decanos que de conformidad con lo establecido en el artículo 166.3 hayan sido liberados totalmente del trabajo que les corresponda realizar en el orden jurisdiccional respectivo».

Así pues, con relación a los miembros electos, la LOPJ solamente exige que uno de ellos pertenezca a la categoría de Juez, sin imponer ningún otro requisito.

Sin embargo, el Reglamento 1/2000, de los Órganos de Gobierno de Tribunales, a pesar de reproducir en el artículo 2.2 el contenido del artículo 149.2 LOPJ, dispone en su artículo 20 lo siguiente:

«Serán elegibles los mismos electores excepto quienes por su cargo sean miembros natos de las Salas de Gobierno respectivas. Tampoco serán elegibles los Decanos a que se refiere el artículo 149.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 2.2 de este Reglamento».

Y conforme al artículo 19 del mismo Reglamento son

«(...) electores todos los Magistrados destinados en las Salas del Tribunal a cuya Sala de Gobierno se refiera la elección, así como los Magistrados y Jueces destinados, aunque no hubiesen tomado posesión, en los órganos jurisdiccionales sitos dentro del ámbito territorial de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia,

que, el día de la elección se encuentren en servicio activo; (...)).

Lo anterior significa que el Reglamento 1/2000 añade dos requisitos no previstos expresamente en la LOPJ para los miembros electos de las Salas de Gobierno, a saber:

- (i) que se trate de Magistrados o Jueces destinados (aunque aún no hayan tomado posesión) en un órgano jurisdiccional sito dentro del territorio del Tribunal Superior de Justicia de que se trate; y
- (ii) que se trate de Jueces o Magistrados que se encuentren en situación de servicio activo el día de la elección.

B) Impacto de género de la regulación vigente.

De los tres requisitos actualmente exigidos para que un miembro de la Carrera Judicial pueda ser elegible para formar parte de una Sala de Gobierno, dos de ellos (el de que al menos uno de los candidatos pertenezca a la categoría de Juez, previsto en la LOPJ; y el de que esté destinado en un órgano jurisdiccional sito dentro del territorio del Tribunal Superior de Justicia de que se trate, añadido por el Reglamento 1/2000) no tienen un impacto de género significativo. En todo caso (aunque obviamente no sea ese el objetivo de la norma al imponerlo), el primero de esos requisitos favorecería la representatividad de las mujeres en las Salas de Gobierno, dado que son mayoritariamente mujeres quienes acceden a la Carrera Judicial por la categoría de juez. En cuanto al requisito territorial, afecta indistintamente a varones y mujeres.

Distinta es la conclusión en el caso del tercer requisito (el relativo a que el candidato a la Sala de Gobierno se encuentre en situación de servicio activo en el día de la elección, añadido por el Reglamento).

Como es sabido, se encuentran en situación de servicio activo *«los jueces y magistrados (...) cuando ocupen plaza correspondiente a la Carrera Judicial, cuando se encuentren adscritos provisionalmente, cuando hayan sido nombrados jueces adjuntos, o cuando les haya sido conferida comisión de servicio con carácter temporal»* (artículo 349 LOPJ), así como cuando *“estén pendientes de tomar posesión en otro destino»* (artículo 176.1 Reglamento 1/2000).

La situación de servicio activo es distinta de la situación de excedencia voluntaria (artículo 348 LOPJ). Los miembros de la Carrera Judicial se encuentran en situación de excedencia voluntaria en los siguientes casos (artículo 356 LOPJ):

- a) Cuando se encuentren en situación de servicio activo en un cuerpo o escala de las Administraciones públicas o en la carrera fiscal.
- b) Cuando pasen a desempeñar cargos o prestar servicios en organismos o entidades del sector público, y no les corresponda quedar en otra situación.

c) Por interés particular, siempre que hayan prestado servicios en la carrera judicial durante los cinco años inmediatamente anteriores, sin que en esta situación se pueda permanecer menos de dos años.

d) Para el cuidado de los hijos, por un período no superior a tres años para atender a cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, por adopción, por acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o desde la fecha de la resolución judicial o administrativa que lo acuerde, respectivamente.

e) También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

f) Cuando se presenten como candidatos en elecciones para acceder a cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales. De no resultar elegidos, deberán optar, comunicándolo así al Consejo General del Poder Judicial, en el plazo de treinta días, por continuar en la situación de excedencia voluntaria o por reingresar en el servicio activo.

Por lo tanto, si un miembro de la Carrera Judicial se ha de encontrar en el día de la elección en situación de excedencia para el cuidado de un hijo, conforme a los artículos 19 y 20 del Reglamento 1/2000, no podrá ser candidato en dicho proceso electoral.

La excedencia para el cuidado de hijo es un derecho reconocido a todos los miembros de la Carrera Judicial, varones y mujeres, y es un importante instrumento de conciliación de la vida personal y la actividad profesional. Sin embargo, los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial revelan que el número de varones que solicitan la excedencia voluntaria para el cuidado de hijo es insignificante, ya que, a modo de ejemplo¹:

- a 1 de enero de 2019, solamente 2 varones se encontraban excedentes para el cuidado de hijo, frente a 21 mujeres;
- a 1 de enero de 2018, no había ningún varón en esa situación, frente a 17 mujeres;
- a 1 de enero de 2017, había un solo varón en esa situación, frente a 29 mujeres;
- a 1 de enero de 2016, no había ningún varón en esa situación, frente a 20 mujeres;
- a 1 de enero de 2015, había un solo varón en esa situación, frente a 29 mujeres.

¹Datos de Estructura demográfica de la Carrera Judicial, que se pueden consultar en el siguiente enlace:
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Estructura-demografica-de-la-Carrera-Judicial/>

Así pues, la limitación impuesta a los miembros de la Carrera Judicial que se encuentran en situación de excedencia para el cuidado de hijo para concurrir como candidatos a las elecciones a Sala de Gobierno, aun dirigida indistintamente a varones y mujeres, afecta de manera predominante – casi exclusiva – a mujeres.

C) Efecto discriminatorio del requisito de que el candidato se encuentre en situación de servicio activo el día de la elección.

El principio de igualdad de trato entre mujeres y varones supone, según el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres,

«la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil».

Y es un principio informador del ordenamiento jurídico que, como tal, debe tenerse en cuenta en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (artículo 4 Ley Orgánica 3/2007).

En particular, está prohibida la discriminación por razón de sexo, que puede ser no solo directa sino indirecta. Conforme al artículo 6.2 Ley Orgánica 3/2007, hay discriminación indirecta por razón de sexo cuando una disposición, un criterio o una práctica

«aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

Es importante resaltar que la discriminación indirecta se produce cuando el resultado perjudicial carente de justificación y/o desproporcionado se produce para las personas de un determinado sexo, con independencia de que ese resultado haya sido querido o no por el responsable de la práctica, el criterio o de la disposición. La intencionalidad no es, por lo tanto, relevante.

Analizamos a continuación el requisito establecido en el artículo 20, en relación con el 19, del Reglamento 1/2000, de órganos de gobierno, a partir de lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007.

a) Neutralidad de la disposición:

El requisito impuesto por el artículo 20, en relación con el 19, del Reglamento 1/2000, de órganos de gobierno, consistente en que no pueden ser candidatos a las Salas de Gobierno los miembros de la Carrera Judicial que no se hallen en situación de servicio activo el día de la elección, es aplicable indistintamente a varones y mujeres.

b) Impacto sobre las personas de un sexo:

La disposición afecta casi en exclusiva, como hemos visto, a mujeres.

c) Perjuicio particular:

El requisito establecido en la norma coloca a las mujeres a las que afecta en una situación de desventaja, ya que les impide concurrir al proceso electoral para formar parte de un órgano de gobierno con importantes funciones.

El perjuicio es aún mayor si tenemos en cuenta que el desempeño de funciones gubernativas es un mérito computable para la provisión de determinados puestos de nombramiento discrecional (artículo 7 del Reglamento 1/2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales), que son precisamente los de mayor responsabilidad y mayor remuneración dentro de la Carrera Judicial, con lo que, en un segundo plano de análisis, se está limitando el acceso de las mujeres afectadas a esos cargos.

d) Justificación objetiva de la norma:

El resultado discriminatorio es admisible si está objetivamente justificado, lo cual exige que responda a una finalidad legítima para cuya consecución se hayan empleado medios proporcionados (necesarios y adecuados).

(i) Finalidad legítima - En cuanto a la finalidad perseguida por la exigencia de que los candidatos a las Salas de Gobierno estén en situación de servicio activo, puede razonablemente asumirse que se persigue con ello que quienes integren esos órganos de gobierno, dadas las importantes funciones gubernativas que tienen atribuidas en relación con el conjunto de jueces y magistrados que ejercen funciones jurisdiccionales en el territorio, mantengan el contacto estrecho con el ejercicio de la jurisdicción que necesariamente va asociado a todas las circunstancias que determinan la situación de servicio activo, a saber: ocupar plaza correspondiente a la Carrera Judicial o estar pendiente de tomar posesión en otro destino, estar adscrito provisionalmente, haber sido nombrado juez adjunto o encontrarse en comisión de servicio temporalmente (artículos 349 LOPJ y 176.1 Reglamento 1/2000).

Ese contacto estrecho con la realidad del ejercicio diario de la jurisdicción, puede suponerse, redundar en una mayor eficacia en la toma de decisiones gubernativas, en la medida en que estas van referidas, justamente, a jueces, magistrados que la están ejerciendo de manera efectiva. De hecho, el cambio de situación del Juez o Magistrado a otra que no sea la de servicio activo, o el cese en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es causa de cese anticipado de los miembros electos de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 51.1, letra a), del Reglamento 1/2000, de Órganos de Gobierno).

Puede igualmente entenderse que se persigue con ello reforzar la legitimidad

de los miembros electos de las Salas de Gobierno, al determinar el requisito que los electos proceden del mismo colectivo que los electores (los jueces y magistrados del territorio en servicio activo).

Estas dos finalidades son sin duda admisibles.

(ii) Proporcionalidad de los medios – El medio empleado para alcanzar las finalidades mencionadas es el de exigir que el candidato a miembro electo de la Sala de Gobierno (1º) esté en situación de servicio activo (2º) en el día en que las elecciones tienen lugar.

- Con respecto a lo primero, de las distintas situaciones en las que se puede encontrar un juez o magistrado (servicio activo, servicios especiales, excedencia voluntaria, suspensión de funciones y excedencia por razón de violencia sobre la mujer – artículo 348 LOPJ -) solamente la de servicio activo comprende jueces y magistrados que tengan un contacto efectivo y ordinario con el desempeño de funciones jurisdiccionales.

Ahora bien, dentro de la situación de excedencia voluntaria, la de cuidado de hijo (y, en buena medida, la de cuidado de familiar, a la que son aplicables en lo esencial las conclusiones de este informe) presenta unas características peculiares. En efecto, los supuestos previstos en las letras a), b), c) y f) del artículo 356 LOPJ tienen en común el responder a situaciones en las que el juez o magistrado opta por apartarse del ejercicio de la jurisdicción para desempeñar su actividad profesional en otros ámbitos de la Administración Pública o del sector privado - letras a), b) y c) -, o para ocuparse de sus asuntos privados - letra c) - o para desarrollar una actividad política - letra f)-.

En el caso de la excedencia para el cuidado de hijo, por el contrario, el interesado se aparta del ejercicio de la jurisdicción para atender una obligación familiar. La decisión es obviamente igual de voluntaria que en el resto de supuestos, pero no refleja una intención de apartarse de la jurisdicción para desarrollar otra actividad diferente, sino que por el contrario expresa una determinada opción personal y familiar respecto a la atención de las cargas propias de la vida familiar.

Tan es así, que el régimen de esta excedencia es distinto del resto de supuestos y se coloca en un espacio intermedio entre el estatuto propio del juez en servicio activo y el del juez excedente. Así, quien esté en situación de excedencia para el cuidado de hijos tiene derecho a la reserva de plaza durante dos años, el tiempo de permanencia en la situación de excedencia se computa a efectos de trienios y derechos pasivos, se le computa también a efectos de antigüedad y para el cálculo de los días de vacaciones anuales a que se refiere el segundo párrafo del artículo 371.1 de la Ley Orgánica del Poder judicial y puede participar en concursos de traslado y en cursos de formación (artículos 358.2 LOPJ y 182.2 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial).

Por lo tanto, el juez en excedencia para el cuidado de hijo no es un juez que se aparta de la jurisdicción y se vincula a otra organización pública o privada en la

que desempeña una actividad diferente; sino que es juez que sigue vinculado al desempeño de sus funciones, sigue recibiendo formación para ejercerlas y participa en los concursos para la provisión de plazas vacantes. Así es percibido por el legislador, visto el régimen legal que se le aplica, y no es descabellado decir que así es percibido por el resto de miembros de la Carrera Judicial en servicio activo.

Como consecuencia de lo anterior, podemos concluir que la exclusión absoluta de los miembros de la Carrera Judicial en situación de excedencia por el cuidado de hijo no es necesaria para asegurar que los miembros electos de las Salas de Gobierno mantengan un estrecho contacto con el ejercicio de la jurisdicción que garantice la eficacia de sus decisiones, ni para procurar un refuerzo de la legitimidad democrática de los electos, sino que alguna forma de participación en el proceso puede darse a los excedentes para el cuidado de hijo sin afectar sustancialmente la consecución de aquellos fines.

- Con respecto a lo segundo, la exigencia de que el requisito concurra a la fecha de celebración de la elección no está justificada. Al día siguiente de la votación se proclaman los candidatos electos y quince días después se constituye la Sala de Gobierno (artículos 47 y 49 del Reglamento 1/2000, de los Órganos de Gobierno de Tribunales). El mismo resultado que persigue la norma se consigue retrasando la exigibilidad del requisito a la fecha de constitución de la nueva Sala de Gobierno.

Además, la situación de excedencia para el cuidado de hijo no es incompatible con el desarrollo de actividades profesionales, salvo de aquellas que menoscaben la atención y el cuidado del hijo (artículo 182.4 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial). De modo que retrasar la exigencia de que el miembro electo se encuentre en situación de servicio activo a un periodo razonable posterior a la constitución de la Sala de Gobierno, no impide que el electo que esté en excedencia pueda cumplir con sus funciones gubernativas y tampoco afecta sustancialmente a la consecución de los fines legítimos perseguidos.

En resumen y como conclusión de lo expuesto, podemos decir que la exclusión absoluta del proceso electoral de los jueces y magistrados que vayan a estar en situación de excedencia para el cuidado de hijos en el día de la elección resulta desproporcionada, porque la finalidad perseguida se puede lograr limitando el alcance de la exclusión.

Al faltar el requisito de la proporcionalidad, la disposición incurre en discriminación indirecta por razón de sexo.

D) Propuesta de modificación.

No se puede olvidar que la finalidad perseguida al exigir que los miembros de las Salas de Gobierno estén en situación de servicio activo es legítima y razonable. Y tampoco que la excedencia para el cuidado de hijo, pese a sus peculiaridades, sí implica que quien la disfruta se aparta temporalmente del ejercicio efectivo de la jurisdicción.

Por ello, lo razonable no es exigir que el requisito desaparezca, sino que se regule de manera proporcionada para eliminar el carácter discriminatorio de la disposición. En este sentido, una modificación del artículo 20 del Reglamento 1/2000, de los Órganos de Gobierno de Tribunales, que permitiera concurrir como candidato a las elecciones a Salas de Gobierno a aquellos miembros de la Carrera Judicial en situación de excedencia voluntaria que vayan a estar en situación de servicio activo dentro del plazo que se estime razonable (que podría ser de tres meses) posterior a la constitución de la Sala de Gobierno, cumpliría con las exigencias de proporcionalidad. En todo caso, debería permitir que concurrieran quienes vayan a estar en situación de servicio activo a la fecha de constitución de la nueva Sala de Gobierno.

Esta modificación no afecta a la regulación de la LOPJ, ya que el requisito al que se refiere está establecido en el Reglamento 1/2000, de Órganos de Gobierno.

En todo caso y puesto que se trata de evitar la aplicación de una disposición de rango reglamentario y discriminatoria, que contraviene lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 6 de la Ley Orgánica 3/2007, con carácter transitorio podría solicitarse al Consejo General del Poder Judicial, en el ejercicio de las funciones previstas en los artículos 151.3 LOPJ y 22 del reglamento 1/2000, de Órganos de Gobierno, que dicte las instrucciones oportunas para que en los procesos electorales se interpreten las normas electorales de modo que los miembros de la Carrera Judicial que se encuentren en situación de excedencia para el cuidado de hijos puedan concurrir a la elección, en los términos propuestos en este informe.

COMISIÓN DE IGUALDAD
AJFV