CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocal
Juan Martínez Moya

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL JUAN MARTÍNEZ MOYA AL ACUERDO ADOPTADO EN EL PUNTO 1.3-13 POR LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EN SESIÓN CELEBRADA EL 16 DE FEBRERO DE 2017

1. Con el máximo respeto y consideración a la posición mayoritaria adoptada en la Comisión Permanente hago uso de la facultad establecida en el artículo 631.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) a fin de manifestar mi discrepancia con el Acuerdo adoptado por la mayoría dando respuesta a la consulta planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia acerca de la duración del permiso de paternidad regulado en el artículo 373.6 de la LOPJ y el artículo 221 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, tras la entrada en vigor de la Ley 9/2009, de 6 de octubre que amplía la duración del permiso de paternidad a cuatro semanas en los casos de nacimiento, adopción o acogida.

2. El presente voto se funda en las consideraciones que expuse en el debate en la Comisión Permanente enderezadas a sostener la posición de que hasta tanto no se produzca la modificación legislativa, el CGPJ, y los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, competentes en la concesión del permiso de paternidad, deben admitir, a partir del 1 de enero de 2017, la ampliación de la duración a cuatro semanas del permiso de paternidad a los miembros de la carrera judicial beneficiarios del mismo.
El fundamento jurídico nuclear de esta posición es que siendo el permiso de paternidad un derecho vinculado al derecho a la igualdad, el órgano de gobierno de la carrera judicial, en cuanto Poder Público (art. 14 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, "criterios generales de actuación de los Poderes Públicos") puede y debe hacer una interpretación integrada del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución (artículos 1, 9.2 y 14) y a la normativa de la Unión Europea y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la interpreta.
3. Comparto íntegramente la fundamentación jurídica y las conclusiones que se contienen en el informe de la Comisión de Igualdad del CGPJ emitido en expediente administrativo al amparo del artículo 610 de la LOPJ.
En este informe se explica, con precisión, el origen del precepto de la LOPJ que introduce el permiso de paternidad en la carrera judicial (art, 373.6

LOPJ) a través de la Disposición Adicional Tercera de la mencionada LOIEHM 3/2007, de 22 de marzo.
La Ley 9/2009, de 6 de octubre de ampliación de la duración del permiso de paternidad, contempló la ampliación de la duración del permiso de paternidad a cuatro semanas con carácter general a trabajadores por cuenta ajena y a empleados públicos, si bien congeló la aplicación efectiva de esta ampliación al 1 de enero de 2017 (Disposición final segundad). La falta de previsión expresa al colectivo judicial no se debe a una deliberada voluntad de excluir a los miembros de la carrera judicial de esa previsión, sino a un olvido del hecho de que su estatuto se encuentra regulado por norma específica, de rango orgánico (la de ampliación no tiene ese carácter) y diferente a la que rige el resto de empleados públicos.

4. Poner fin a la discusión jurídica tras detenernos en una interpretación formal y literal de los preceptos estatutarios judiciales (art 373.6 de la LOPJ y 221 del Reglamento 2/2011 de la carrera judicial), que evidentemente fijan en quince días la duración del permiso de paternidad, para concluir que la claridad de los términos normativos cierran el paso al análisis del impacto normativo de la extensión de la duración del permiso para todos los trabajadores (tanto del sector público como del ámbito privado) nos lleva, en mi opinión, a orillar, marginando, las dimensiones constitucional y transversal del derecho en juego, y, también, su resultado práctico, que se traduce en una diferencia de trato no justificada para los jueces y magistrados con relación al resto de empleados públicos.

5. Interesa tener muy presente que fue la LOIEHM 3/2007, de marzo la que incorporó por primera vez el permiso de paternidad. Específicamente para la carrera judicial se alumbró a través de su Disposición Adicional Tercera, introduciendo un nuevo apartado 6 al artículo 373 LOPJ del siguiente tenor: "*Por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, el juez o magistrado tendrá derecho a disfrutar de un permiso de paternidad de quince días, a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción".*

6. Interesa asimismo reparar en la naturaleza y caracteres del derecho objeto de examen. El permiso de paternidad presenta notables similitudes con el de maternidad, hasta el punto de que se puede hablar, lógicamente con matices (entre ellos la duración), de "permiso espejo". Por ello en el tratamiento que ha dado el CGPJ ante las situaciones planteadas a propósito de la maternidad sirve de guía y ayuda para entender el tratamiento jurídico a las cuestiones que se planteen con relación al de paternidad, salvando evidentemente su diferente régimen jurídico-legal.
Las repuestas que ha venido dando el CGPJ a estos derechos se han inscrito en la línea de fomentar la conciliación de la vida familiar y la

corresponsabilidad, manteniendo una coherencia progresiva del reconocimiento de estos derechos en toda su extensión y elementos.

En este sentido:

- La LOPJ (versión original 1985) fijó la duración del permiso de maternidad en catorce semanas para el caso de parto, sin contemplar siquiera la posibilidad de adopción. Decía el artículo 373.1 LOPJ (texto original*) : "1. Los Jueces y Magistrados tendrán derecho a licencias por razón de matrimonio de quince días de duración y de catorce semanas en caso de parto".*

- Con posterioridad, se amplió a dieciséis semanas y se contempló la adopción -aunque en aquel momento con una duración inferior a la de la licencia por parto- en la Ley 3/1989, de 8 de marzo, sin que el redactado de la LOPJ quedase directamente afectado ni por esa Ley ni por la posterior Ley de Conciliación 39/1999, de 5 de noviembre, pues la LOPJ siguió hablando de 14 semanas solo por parto.

- No fue hasta la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que da nueva redacción al art. 373.2 explicando en su Exposición de Motivos (apartado V) que "se incorpora al Estatuto de Jueces y Magistrados la normativa del régimen común relativa a la conciliación de la vida familiar con la actividad profesional", expresión que viene a demostrar la voluntad legislativa de no separar a la Carrera Judicial del régimen general de la conciliación, voluntad legislativa que debería ser desplegada en el caso del permiso de paternidad. Entre 1989 y 2003, a pesar de que la LOPJ hablaba de catorce semanas solo para parto, no consta que a ninguna jueza le fueran denegadas las dieciséis semanas.

7. Pero es que refiriéndonos al permiso de paternidad, debe recordarse asimismo que el CGPJ reconocía este derecho sin expresa previsión legal.

En efecto: meses antes de la entrada en vigor de la LOIEMH la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en fecha 30 de enero de 2007 aprobó por primera vez, a solicitud de un magistrado, la aplicación del permiso de paternidad de 10 días naturales previstos en el denominado "Plan Concilia" (artículo 30.1 a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (según redacción dada por la

Ley 21/2006 de 20 de junio), medida ésta contemplada por la Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajos y la profesionalización de los empleados públicos (el denominado "Plan Concilia"). Lo hacía sobre la base de tres argumentos: *"a) Pese a que el artículo 373.5 LOPJ establece un permiso de tres o cinco días de duración, también es verdad que resulta preferente la aplicación del citado artículo 30.1 a) de la Ley 30/1984 (modificado por la Ley 21/2006 de 20 de junio), en cuanto norma legal posterior, ya que el régimen jurídico de las licencias y permisos se encuentra excluido de la reserva de Ley Orgánica, desde el momento en que la propia LOPJ establece en su artículo 377 que dicho régimen se desarrollará reglamentariamente. b) Se trata de una medida que, resultando plenamente compatible con las especificidades propias del ejercicio de la función jurisdiccional, desarrolla los principios constitucionales de protección de la familia y protección integral de los hijos. c) Es una interpretación que favorece el criterio básico de homologación del estatuto de los Jueces y Magistrados con las normas comunes que rigen el resto de los funcionarios públicos, criterio éste recogido en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial".*

8. Con ello pretendo poner de manifiesto que una interpretación conforme al ordenamiento jurídico constitucional nacional y de la Unión Europea permite extender también al colectivo judicial, la aplicabilidad de la ampliación del permiso de paternidad a cuatro semanas llevada a cabo por la Ley 9/2009 tanto a trabajadores del sector privado como empleados públicos, sin que la literalidad de la norma en lo referente a un aspecto o elemento accidental del permiso (puesto que se trata de no alterar la naturaleza o configuración del mismo), como es el periodo de duración, suponga una coraza refractaria a una interpretación extensiva e integradora con fundamento en normativa de rango superior.

9. La razón esencial de que otra interpretación más allá de la literal es posible estriba en el hecho de que el entronque legal del permiso de paternidad es común para todos los colectivos: la LOIEMH. El olvido de la carrera judicial en que pudiera haberse producido con la Ley 9/2009, no es deliberado por lo antes razonado.

Y en este estado, tratándose de un derecho vinculado a la igualdad, de máximo rango constitucional (arts. 1, 9.2 y 14 de la CE), y a la vida privada

(art. 18 CE), lo que se demuestra por el hecho de que el permiso de paternidad fue introducido por la LOIEMH, no hay razón objetiva y razonable que justifique su no aplicación a la carrera judicial bajo la argumentación de que la norma legal que lo reconoce, de naturaleza orgánica y la reglamentaria que lo replica, actúan como cláusulas de blindaje refractarias a interpretaciones extensivas.

10. Es incontestable, como se indica en el acuerdo mayoritario, que una consecuencia directa de la reserva de ley reforzada para la regulación normativa del estatuto de la carrera judicial (art. 122 CE) es la necesidad de que cualquier modificación que afecte al contenido sustancial del estatuto jurídico de los miembros de la carrera judicial haya de realizarse a través de una reforma de la LOPJ.

Ahora bien, esta afirmación no puede servir de coraza impenetrable en situaciones en las que una rígida y estricta interpretación literal de los artículos, provoque como resultado un tratamiento desigual para el colectivo judicial beneficiario del permiso de paternidad, sin causa objetiva y razonable con relación al resto de trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos.

Y esto es lo que acontece en el marco de una modificación legislativa que entronca con derechos fundamentales y tiene su fuente común legislativa en la LOIEMH que –reitero- afectó directamente a la LOPJ, Es ese tronco común normativo (la LOIEMH) del que participan todos los colectivos, el que impide hablar de "espigueo aplicativo de la norma". No es ese el enfoque donde debe analizarse la cuestión planteada; el escenario es otro diferente: el de la aplicación de principios de superior rango que permiten ampliar para no hacer de peor condición a unos beneficiarios del derecho de paternidad que como los miembros de la carrera judicial se encuentran en la misma situación que el resto de trabajadores y empleados públicos a los que se les ha ampliado el permiso de paternidad de dos a cuatro semanas.

11. Este criterio extensivo o asimilador no significa que la decisión del CGPJ esté animada por un mero voluntarismo, carente de soporte normativo, a la hora de poner en práctica criterios de gobierno de la carrera judicial dirigidos a mejorar la protección social en el estatuto judicial. Antes al contrario:

(a) Por una parte, el apartado 7 que se incorporó en el artículo 373 de la LOPJ vía Disposición Adic. 3ª de la LOIEH plasmaba una técnica

legislativa tendente a evitar desfases de regulación de la Carrera Judicial con relación al Función Pública cuando afirma que "*Los jueces y magistrados tendrán derecho a permisos y licencias para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y por razón de violencia de género. El Consejo General del Poder Judicial, mediante reglamento, adaptará a las particularidades de la carrera judicial la normativa de la Administración General del Estado vigente en la materia".*

(b) Por otra parte, el CGPJ está sujeto a los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos plasmados en el artículo 14 de la LOIEHM (insisto, la ley que introdujo por primera vez el permiso de paternidad en la carrera judicial), que son aplicables a todos sin excepción. Por tanto, también al ámbito del gobierno judicial. Entre ellos, el citado art. 14 menciona: *"1. El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres". (..) "8. El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia".* Además, el artículo 15 de la LOIEHM establece que *"El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades".*

(c) Finalmente, la normativa europea en materia de permisos parentales, más concretamente, la Directiva 96/34/CE, que aprobaba el Acuerdo Marco Europeo sobre el permiso parental- hoy sustituida por la Directiva 2010/18UE que recoge el Acuerdo europeo revisado prescribe la necesidad de "adoptar medidas más efectivas para fomentar una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares entre hombre y mujeres (…)" y "el reparto de responsabilidades entre mujeres y hombres". En este sentido la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015 (*caso Konstantinos*

Maïstrellis contra Grecia (Ypourgus Dikaiosynis, Diafanaeias kai Anthropinon Dikaiomaton), referida concretamente a la solicitud de un permiso parental por parte de un juez griego, reconoce como principio general que ha de presidir la regulación de los permisos derivados del nacimiento o adopción de hijos el de favorecimiento de la corresponsabilidad en el cuidado de los mismos, y el de favorecimiento de la igualdad de trato de mujeres y hombres de la articulación y concesión de esta clase de permisos.

12. Conclusión. Por todo lo expuesto, reiterando el máximo respeto a la decisión mayoritaria, considero que debió aprobarse un acuerdo distinto que diera respuesta a la consulta planteada en el siguiente sentido:

Sin perjuicio de que el CGPJ inste la reclamación al legislador de la modificación del art. 373.6 de la LOPJ, con el fin de ampliar la duración del permiso de paternidad a cuatro semanas, y equiparar con ello al régimen de dicho permiso para los miembros de la carrera judicial con el régimen general previsto en el art. 49.c) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, el CGPJ, en cuanto Poder Público y los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, competentes en la concesión del permiso de paternidad, con base en los criterios de actuación contenidos en el artículo 14 de la LOIEHM, y hasta tanto no se produzca la modificación legislativa indicada, deben realizar una interpretación integradora del ordenamiento jurídico y admitir que el permiso de paternidad pueda extender su duración a cuatro semanas a los miembros de la carrera judicial que así lo solicite.

Madrid, 20 de febrero de 2017

Juan Martínez Moya
Vocal del Consejo General del Poder Judicial