

DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y PROFESORADO UNIVERSITARIO. ESPECIAL ATENCIÓN AL ACCESO Y PROMOCIÓN A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN*

Resumen

La aproximación al concepto de igualdad como diferencia se ha concretado ya en algunas técnicas, como la denominada discriminación positiva. El objeto del presente trabajo es el debate acerca de la implantación de tales medidas en el ámbito universitario, en particular, a raíz de la pionera sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2019. Esta decisión judicial admite que una Universidad incluya una variable de género en una primera fase de determinación de las áreas/departamentos donde se crearán las plazas de catedráticos de universidad. En el trabajo también se analiza la conformidad con el ordenamiento jurídico nacional y comunitario de tres clases de medidas de discriminación positiva: asignación de puntuación extra, medidas de desempate y cuotas rígidas.

Palabras clave

Discriminación positiva, igualdad, género, profesorado universitario, acceso y promoción a la función pública.

Abstract

Viewing the concept of equality as difference is an approach taken in certain techniques, for example positive discrimination. The aim of this paper is to discuss the implementation of such measures within Higher Education, particularly in the wake of the groundbreaking Supreme Court ruling of 16th October 2019. This judicial decision stipulates that universities may include a gender variable in the initial stages of determining which faculties or departments will be allocated new university professorships. The article also analyses the extent to which three types of positive discrimination measures comply with national and EU legislation: additional point allocation, tie-breaker clauses, and strict quotas.

* Profesora Titular de Derecho Civil acreditada a Catedrática de Universidad. Universidad Autónoma de Madrid. Dirección de correo electrónico: alma.guitian@uam.es

Keywords

Positive Discrimination, Equality, Gender, University Professors, Access and Promotion to Civil Servant Status.

SUMARIO. I. Notas introductorias. II. Medidas de discriminación positiva y ámbito universitario. III. Escrutinio de constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva. 1. Concurrencia de desigualdad fáctica actual del colectivo favorecido con el trato jurídico diferente. IV. Clases de medidas de discriminación positiva. 1. Primer tipo de medidas: asignación de puntuación extra por la condición de miembro del colectivo femenino. A. Inclusión del criterio del género en una primera fase de dotación de plazas universitarias. a) Acuerdo del Consejo de Gobierno de la UAM de 30 de septiembre de 2016 por el que se aprueba el proceso de promoción interna de profesores titulares para el acceso a cátedras. b) Necesidad de desequilibrio estructural del profesorado femenino de la UAM respecto a las cátedras. c) Examen del *iter* judicial. d.) Valoración global del *iter* judicial y, en particular, de la STS, 3.ª, de 16 de octubre de 2019. B. Inclusión del criterio del género en una segunda fase de convocatoria pública de las plazas y posterior celebración de los concursos para su provisión. 2. Segundo tipo de medidas: Medidas de desempate. 3. Tercer tipo de medidas: Cuotas rígidas. V. Bibliografía.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

EN el momento actual se ha producido una evolución desde el concepto de igualdad estrictamente formal ligado al Liberalismo económico del siglo XIX hacia una nueva comprensión de dicho concepto que, para identificarse con la justicia sustantiva, necesariamente ha de incluir la diferencia y el derecho a su reconocimiento. La igualdad debe tomar en consideración las diferencias que se dan en la realidad, tanto para tutelarlas cuando impliquen un bien como para suprimirlas cuando supongan una injusticia (1). La aproximación al concepto de igualdad como diferencia se ha plasmado ya en algunas técnicas, como la discriminación positiva o inversa. Esta última expresión alude a un trato jurídico diferente y favorable que se proporciona a los miembros de un grupo fácticamente desventajado que lleva consigo, correlativamente, un trato jurídico concreto, diferente y peor, para uno o varios miembros del grupo mayoritario (2). La justificación normativa

(1) En este sentido DÍEZ SASTRE, S., *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 350. Esta autora señala, además, que el punto inicial para este nuevo concepto de igualdad se halla en el ordenamiento anglosajón (extensamente pp. 350-360).

(2) REY MARTÍNEZ, F., «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 100, septiembre-diciembre 2017, p. 144.

para el trato diferenciado es la consecución de la igualdad sustancial o real, recogida, en el caso del ordenamiento jurídico español, en el artículo 9.2 CE 1978 (3).

Dos son las condiciones, pues, para la existencia de la discriminación positiva (4): La primera es la atribución de un trato preferente a una persona en cuanto integrante de un grupo discriminado desde el punto de vista histórico, esto es, se trata de personas que poseen un rasgo o motivo *sospechoso*, como son los enumerados en el artículo 14.2 CE. Tales rasgos se caracterizan por su transparencia y por su dificultad de modificación por el propio sujeto (como ocurre con la raza o el sexo). La segunda condición es su ubicación en hipótesis de especial escasez y, por tanto, de gran competitividad. Por ejemplo, entre los bienes escasos e indivisibles se hallan los puestos de trabajo o las plazas universitarias.

El problema se agudiza porque, al tratarse de espacios donde la competencia es individualizada, la carga que supone la concesión del bien escaso a los miembros del colectivo fácticamente desventajado recae de forma directa sobre miembros concretos del grupo dominante, de modo que éstos últimos dejan de obtener dicho bien, no pudiéndose, a la vez, distribuirse y difuminarse el coste de dicha carga entre todos las personas que conforman tal grupo dominante (5).

Desde tesis favorables a la adopción de estas medidas se manifiesta una clara insatisfacción ante la denominación que reciben las mismas. En primer lugar, porque parece contradictorio llamar a las mismas *discriminatorias* cuando dichas medidas pretenden la consecución de la justicia sustantiva, esto es, el logro de la no discriminación de miembros de grupos tradicionalmente marginados (6). A la anterior afirmación se añade que la palabra *inversa*, unida a la de discriminación, da a entender, de un modo erróneo, que con tal medida se provoca idéntica injusticia a la que ha sufrido una persona por su pertenencia a un colectivo socialmente en desventaja, aunque esta vez aplicada al miembro del colectivo dominante (7). Por otra parte, la expresión *positiva* no parece tampoco eliminar el carácter peyorativo que suele ir ligado al concepto de discriminación (8).

(3) La función del artículo 9.2 CE («Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social») es una función legitimadora de acciones igualatorias a las que pueden proceder los poderes públicos. El juego del artículo 9.2 CE en las decisiones del Tribunal Constitucional se combina, en ocasiones, con el artículo 14.2 CE (prohibición de discriminación). Al respecto FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «Comentario al artículo 9.2 CE», *Comentarios a la CE 1978*, XL aniversario, tomo I, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M./Casas Baamonde, M. E. (dirs.), y Pérez Manzano, M./Borrajo Iniesta (coords.), y Arnaldo Alcubilla/Remón Peñalver (eds.), Fundación Wolters Kluwer-BOE-TC-Ministerio de Justicia, 2018, pp. 166-167 y 170.

(4) Explicadas por RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación inversa e igualdad», *El concepto de igualdad*, Valcárcel, A. (coord.), Editorial Pablo Iglesias, 1994, p. 80.

(5) Así, MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 2003, p. 46.

(6) MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites*, cit. p. 46 nota de pie de página 29.

(7) BARRERE UNZUETA, M. A., «Igualdad y “discriminación positiva”»: un esbozo de análisis teórico-conceptual», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 2003, pp. 22-23. Sin embargo, apunta RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación inversa e igualdad», cit. p. 81, que el término *inversa* describe bien su naturaleza al aludir a una discriminación anterior mediante una discriminación posterior, pero esta vez de signo opuesto.

(8) RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación inversa e igualdad», cit. p. 81.

Este trabajo se circunscribe al análisis de las medidas de discriminación positiva y no a las llamadas acciones positivas. Estas últimas también benefician a los miembros del colectivo que tradicionalmente ha sido estigmatizado, pero no parece haber problema en cuanto a la admisión de su constitucionalidad ya que no causan más que un perjuicio indirecto a los que no forman parte de dicho colectivo. Así, no influyen directamente en los procesos de selección para lograr, o al menos favorecer de forma inmediata, la elección de los candidatos del grupo minusvalorado, al revés de lo que sucede con las medidas de discriminación inversa. Las acciones positivas únicamente pretenden remover los obstáculos que impiden llegar a los sujetos que conforman el grupo en desventaja al proceso de selección en igualdad de condiciones (9).

La primera vez que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) tuvo oportunidad de declarar constitucional una acción positiva es en el caso *Guarderías Infantiles* [STC 128/1987 de 16 de julio (10)]. Un varón, casado y con una hija, interpone recurso de amparo contra la sentencia de la Magistratura de Trabajo de Ávila de 11 de noviembre de 1985, que había desestimado su demanda por no concurrir en el demandante los requisitos para la percepción de un complemento dinerario en concepto de guardería; concepto que se reconocía en centros del Insalud tanto a las mujeres trabajadoras con hijos menores de 6 años como a los varones viudos con hijos de dicha edad. La cuestión básica se centra en discernir si existe un trato discriminatorio hacia el recurrente por razón del sexo. Considera el TC en su FJ 8.º que «(...) las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes».

De este primer pronunciamiento jurisprudencial se deduce, pues, que las acciones positivas son admisibles desde el punto de vista constitucional en cuanto tratan de favorecer a las mujeres con la finalidad de luchar contra su discriminación (artículo 14.2 CE). Su validez radica en que la medida persigue la consecución de la igualdad real de tal colectivo, y este objetivo es constitucionalmente deseable al recogerse en el artículo 9.2 CE (11). Este pronunciamiento no hace referencia, sin

(9) Parte de la doctrina, como REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, Kalanke)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996, pp. 323 y 325, diferencia, como categorías distintas, entre las acciones positivas y las medidas de discriminación inversa, considerando que solo son conformes a derecho el primer tipo de medidas. Sin embargo, GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 76-77, considera la discriminación inversa como una especie dentro del género de las acciones positivas. Por tanto, dicho género comprendería las acciones positivas moderadas y la discriminación inversa. Pero su concepto de acción positiva moderada se corresponde esencialmente con el concepto de acción positiva que maneja la primera corriente doctrinal.

(10) RTC 1987/128.

(11) Muy distintas se consideran, sin embargo, por el TC aquellas medidas que mantienen a una mujer en una posición de relegación en el mundo del trabajo. Así, algunas disposiciones normativas, que parten de presupuestos de inferioridad física de la mujer, o de su mayor vocación hacia las tareas domésticas, han establecido diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral

embargo, a la proporcionalidad que el trato desigual en que consiste la acción positiva ha de guardar entre la finalidad a conseguir y los medios empleados. No obstante, se ha sostenido que la acción positiva siempre va a ser proporcional, en la medida en que tal acción nunca va a afectar directamente a los derechos de terceros (12).

II. MEDIDAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y ÁMBITO UNIVERSITARIO

Cabe apuntar varias manifestaciones relativamente recientes de medidas de discriminación positiva dentro del ámbito de la universidad española, que, desde luego, no han dejado de provocar una gran polémica. Así, la Universidad de Castilla La Mancha, por Resolución de 3 de junio de 2019, que establece las bases reguladoras y la convocatoria de contratos predoctorales para personal investigador en formación, otorga un punto extra a los solicitantes de un contrato predoctoral cuyas tesis sean dirigidas por mujeres. El punto concedido por género es solo uno de los 19 que miden los méritos del director de tesis en los contratos predoctorales, pues 13 se obtienen por su experiencia investigadora y 5 por su capacidad de formación doctoral (13). La medida busca el incremento del número de directoras de tesis doctorales, en cuanto que en dicha Universidad solo hay un 20 % de directoras de tesis frente al 45 % de mujeres que, teóricamente, podrían desempeñar tal responsabilidad.

Los defensores de la medida sostienen que ésta no es más que la concreción de la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LO 3/2007), cuyo artículo 11 prevé que «Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres (...)». Por el contrario, La Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF) critica que tal medida implica una discriminación de género llevada a cabo por la Universidad en cuanto que la actividad investigadora debe estar basada en la meritocracia (14).

En segundo lugar, dentro de la «Propuesta Abierta para un programa común progresista», presentada el 3 de septiembre de 2019 por el entonces Presidente del Gobierno en funciones, Pedro Sánchez, para conseguir el apoyo suficiente para la formación de Gobierno, se recogen varias medidas que inciden directamente en la temática aquí planteada. La medida 52 señala que «En el ámbito del empleo público, implementaremos la perspectiva de género en las instituciones de la Administración General del Estado para eliminar la discriminación y hacer efectiva la igualdad entre

que, aunque aparentemente parezcan de carácter tuitivo de las mujeres, lo que hacen es reproducir y mantener en la práctica la posición de inferioridad de las mujeres en la sociedad. Consúltese FJ 6.º

(12) GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit. pp. 161 y 163-164.

(13) Véase Anexo 2 punto C.3. del *Diario Oficial de Castilla-La Mancha*, Año XXXVIII, número 119, 19 de junio de 2019, p. 23.483.

(14) Véase la noticia de fecha 21 de junio de 2019 (disponible en <https://www.lanzadigital.com/castilla-la-mancha/csif-considera-discriminatorio-las-bases-de-los-contratos-predoctorales-de-la-uclm>) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019).

hombres y mujeres». Por su parte, la medida 58 apunta que «Potenciaremos las vocaciones STEM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas) entre las jóvenes para cerrar la brecha de género en estos estudios. Plantearemos la matrícula gratuita el primer año, para las jóvenes que se matriculen en carreras donde haya de media menos del 30 % de estudiantes mujeres, y estudiaremos la aplicación de puntos adicionales en las solicitudes de becas para estos estudios de grado y postgrado» (15).

Fuera ya del ámbito español, la Conferencia de Rectores de la Universidad italiana (CRUI) ha diseñado, en septiembre de 2019, las líneas básicas para la elaboración de un Balance de Género, en cuanto instrumento esencial que permita promover la igualdad de género e integrar tal perspectiva de modo uniforme y conjunto en todas las políticas universitarias. Contiene una fotografía de la distribución y participación de hombres y mujeres (estudiantes, docentes y personal de administración y servicios) en la enseñanza, investigación, innovación y gestión, proponiendo, además, la realización de una serie de acciones positivas a favor de la igualdad de género y la asignación de los recursos económicos de manera más eficiente. Tales acciones son muy variadas, y se enumeran desde ayudas económicas para el cuidado de ascendientes o descendientes, la promoción del trabajo a distancia, la implantación de estudios de género, la composición paritaria de los órganos hasta medidas contra el *mobbing* o la discriminación (16).

Desde luego la voluntad política es imprescindible para que salgan adelante ciertos tipos de medidas. Pero el enfoque de este trabajo, como no podía ser de otro modo dada la condición de jurista de su autora, es el análisis de la conformidad de tales medidas con los ordenamientos comunitario y nacional. El presente estudio se centra en tres tipos de medidas de discriminación inversa relativas al acceso y promoción a la función pública por parte del profesorado universitario, ya que, a mi juicio, no en todos los casos tales medidas son conformes, hoy por hoy, con el

(15) Consúltense tales medidas en <https://www.psc-psoe.es/index.php/2019/09/03/propuesta-abierta-para-un-nuevo-programa-comun-progresista/> (fecha de consulta: 5 de septiembre de 2019). Dicha medida se ha calificado, desde ciertos sectores de opinión, como una medida paternalista porque, lejos de verse como una oportunidad para avanzar en los derechos de la mujer, se estima «*injusta, retrógrada, humillante e incluso machista*» al menospreciar la capacidad de las aspirantes a la Universidad (disponible en <https://www.larazon.es/sociedad/la-propuesta-paternalista-del-psoe-que-no-ha-gustado-nada-al-feminismo-MK24845119>) (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2019). Junto a los citados ejemplos de medidas de discriminación positiva en la Universidad española se encuentra un suceso de signo opuesto en la Universidad Médica de Tokio, que falsificó a la baja durante años las notas de los exámenes de acceso llevados a cabo por mujeres para reducir el número de alumnas en las aulas. Véase «Una universidad japonesa falsificó las notas de acceso durante años para que no estudiaran las mujeres», *ABC*, 09/08/2018 (disponible en https://www.abc.es/sociedad/abci-universidad-japonesa-falsifico-notas-acceso-durante-anos-para-no-estudiaran-mujeres-201808091106_noticia.html#vca=mod-sugeridos-p1&vmc=relacionados&vso=una-universidad-japonesa-falsifico-las-notas-para-no-acoger-mujeres&vli=noticia.foto.sociedad) (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2019).

(16) CRUI (Conferenza dei Rettori delle Università Italiane), *Linee guida per il Bilancio di Genere negli Atenei italiani*, Fondazione Crui, Roma, 2019. Este documento responde, por una parte, al cumplimiento de los Objetivos para el Desarrollo Sostenible establecidos en la Agenda 2030 adoptada por la Asamblea General de la ONU en 2015, en concreto, al objetivo número 5 relativo a la igualdad de género y el respeto a las diferencias de género (<https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>). Por otra parte, obedece tanto a la *Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri 23 maggio 2007* (G. U. n. 173 de 27 de julio de 2007), que contiene medidas para lograr la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en las Administraciones Públicas, como al artículo 48 del decreto legislativo. n. 198/2006 dirigido a garantizar la inserción de mujeres en los ámbitos y niveles profesionales en los cuales están infrarrepresentadas.

ordenamiento y con la jurisprudencia comunitaria y nacional. En particular, se profundiza en las medidas consistentes en una puntuación extra por el hecho de ser miembro del grupo fácticamente en desventaja, en las cuotas rígidas y en las medidas de desempate. Pero antes es preciso detenerse, aunque sea muy brevemente, en las condiciones o requisitos para la admisibilidad constitucional de las medidas de discriminación positiva con carácter general.

III. ESCRUTINIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

Este tipo de medidas, en cuanto implican un trato diferente ventajoso para un determinado colectivo basado en cierto rasgo «sospechoso» de éste (alguno de los mencionados en el artículo 14.2 CE), han de superar un examen de constitucionalidad, que consiste en la exigencia de que se trate de una medida idónea, necesaria y proporcional (17).

El primer requisito de idoneidad de la medida implica analizar la finalidad de la misma para poder discernir si su contenido es apto o útil para conseguir dicho fin (juicio de adecuación o de idoneidad). Así, para justificar constitucionalmente una medida que implica el uso de un rasgo especialmente «sospechoso» incluido en el artículo 14.2 CE (el sexo en este caso) y que lleva consigo, como efecto colateral, el perjuicio directo a otros ciudadanos que no pertenecen al colectivo protegido al no poseer tal rasgo, dicha medida ha de tener como objetivo un propósito fundamental para el Estado: tal fin ha de ser una prioridad básica para la sociedad. De este modo, como ya he apuntado antes, el mandato a los poderes públicos de promoción de la igualdad real y efectiva previsto en el artículo 9.2 CE es estimado como fin constitucionalmente lícito para justificar determinados tratamientos normativos diferenciados (18).

(17) Consúltese GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit. p. 165.

(18) En este sentido MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites*, cit. p. 116 nota de pie de p. 17. En opinión de GIMÉNEZ GLUCK, D. (*Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit. pp. 167-178) no basta con la apelación abstracta al objetivo de la igualdad material del artículo 9.2 CE (que aquí se plasmaría en la consecución de la igualdad real y sustantiva de las mujeres) sino que la finalidad ha de ser más concreta y elaborada. Este autor apunta tres finalidades constitucionales que se han considerado suficientemente relevantes por parte de la doctrina norteamericana para justificar una medida de discriminación de este tipo, que él estima perfectamente extensibles a la realidad española. La primera finalidad es la compensatoria, de modo que la discriminación inversa simplemente busca otorgar a ciertos grupos un instrumento útil que les permita, después de una larga discriminación sufrida en el tiempo, hallarse en igualdad de condiciones que el resto de los conciudadanos. Se ha objetado, y con razón, que no es justo que terceros pertenecientes al colectivo mayoritario se vean perjudicados en su derecho a un trato formal igualitario para compensar, en el momento presente, una discriminación hecha por otras personas anteriores distintas a ellos (sobre ello véase también RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación inversa e igualdad», cit. pp. 82-83). El segundo fin esgrimido a favor de la discriminación inversa es el beneficio que supone que cualquier institución social (universidad, empresas, profesiones...) constituya un reflejo de la diversidad de sexos y de razas existentes en la sociedad. Este argumento conduce a justificar un tipo de medidas discriminatorias inversas extremas como son las cuotas rígidas, ya que se alude al interés general y a la importancia de la diversidad para legitimar un sistema que obvia el mérito y la capacidad. Hoy por hoy este tipo de medidas encuentran la barrera, en

El juicio de necesidad, en segundo lugar, implica que no ha de existir otro medio igualmente eficaz y menos limitativo de derechos para satisfacer la finalidad perseguida por la medida. Esto es, no cabrá aplicar una determinada medida de discriminación positiva si hay otra medida menos onerosa con la que alcanzar el mismo objetivo.

La tercera condición para superar el escrutinio de constitucionalidad es que esa medida sea proporcional para la consecución de cierto fin. Es claro que la medida de discriminación inversa afecta de modo directo a los individuos pertenecientes al grupo dominante en su derecho a un trato formal igualitario en virtud del principio del mérito y la capacidad (19). Es decir, las medidas de discriminación inversa interfieren en el criterio objetivo de selección basado en el principio del mérito y de la capacidad, consecuencia de lo cual determinados candidatos, que cuentan con más méritos, pueden no ser seleccionados para el puesto deseado en favor de un miembro del grupo privilegiado con menos méritos. Surge, pues, un conflicto entre dos intereses dispares.

En dicho conflicto de intereses el ejercicio del derecho a acceder a un bien escaso en virtud del mérito individual, en ocasiones, puede verse limitado en aras de reforzar o potenciar la finalidad constitucionalmente deseable de que los miembros del colectivo infrarrepresentado puedan acceder a la igualdad sustancial de oportunidades. Pero condición indispensable para entender justificada la imposición de una medida de discriminación inversa es la no producción a terceros de un daño desproporcionado, excesivo, respecto al beneficio (20). Esto es, las ventajas derivadas de la tutela de la igualdad real del grupo desfavorecido deben compensar los perjuicios causados en el derecho que se limita.

Por consiguiente, que se trate de una medida proporcional o no habrá de analizarse en relación a cada tipo de medida de discriminación inversa. Esta condición se estudiará en el presente trabajo al hilo de cada una de las clases de discriminación inversa que se analizan.

1. **Concurrencia de desigualdad fáctica actual del colectivo favorecido con el trato jurídico diferente**

Existe consenso unánime acerca de que la aplicación de la medida de discriminación positiva venga precedida de la existencia de una situación de desigualdad real y actual de dicho colectivo que justifique la necesidad de intervención para corregir la situación desventajosa de este último. Es imprescindible que el análisis de la concurrencia efectiva de tal desigualdad se lleve a cabo dentro del sector espacial y temporal concreto en el que va a aplicarse la medida. La prueba de dicha desventaja fáctica habrá de sustentarse en estadísticas (21).

el caso del acceso a la función pública, del respeto a los méritos y a la capacidad como criterios recogidos en la CE (arts. 23.2 y 103.3). El tercer argumento es el redistributivo, que sostiene que la finalidad constitucionalmente deseable de la medida podría ser la redistribución de los bienes sociales. A mi juicio, con acierto considera el autor citado que la redistribución de los bienes ha de ayudar a la persona a su desarrollo personal y profesional, pero no debe garantizar en todo caso un reparto artificial de los bienes que prescindiera totalmente de la libertad de elección y del esfuerzo de los individuos, es decir, que ignore el mérito y la capacidad.

(19) GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit. p. 179.

(20) GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit. p. 185.

(21) MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites*, cit. p. 136.

Como consecuencia de la afirmación anterior, la medida de discriminación inversa siempre habrá de ser necesariamente temporal: cuando se cese en la injusta distribución de los recursos tal medida dejará de ser constitucional (22). Especialmente clara se manifiesta esta exigencia de temporalidad en ciertos textos normativos, como son el artículo 4.1 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979 (23), o el artículo 11 de la LO 3/2007 (24).

A continuación, me detendré, debido a la temática de este trabajo, sobre si hay una infrarrepresentación del profesorado femenino en el ámbito universitario. En este momento solo haré una serie de reflexiones generales sobre la concurrencia de tal infrarrepresentación en la Universidad española, aunque, como ya he indicado antes, la aplicación de toda medida de discriminación inversa exige que se acredite, estadísticamente, la existencia de un desequilibrio estructural de la mujer en el ámbito espacial y temporal concreto donde va a tener incidencia tal medida.

En la evolución académica de hombres y mujeres en la carrera universitaria hay una reproducción de los modelos clásicos de tñjera en los que, a medida que se va ascendiendo en las categorías, se va produciendo una inversión en las cifras. Este efecto es conocido como *leaky pipeline* (de cañería o tubería perforada), de modo que según se avanza en la carrera científica se produce una pérdida que incide, de modo mucho más patente, en las mujeres que en los hombres, especialmente en los últimos escalones (25). Este fenómeno queda claramente reflejado en el informe *Científicas en Cifras 2017* (26), donde se recoge que en la carrera investi-

(22) GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit. p. 167; MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites*, cit. pp. 136-137 y SALVADOR MARTÍNEZ, M., «Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales», *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Sánchez González, S. (coord.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 46-47.

(23) BOE núm. 69 de 21 de marzo de 1984, pp. 7715-7720. Dicho precepto señala que «La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato». La redacción final del precepto adoptó el texto sugerido por Canadá, Dinamarca, Kenya, Rusia y EEUU. La idea que subyace en el precepto es que la aplicación obligatoria de estas medidas temporales por parte de los Estados parte no es una excepción al principio de no discriminación, sino que forma parte de una necesaria estrategia dirigida a la consecución de una igualdad de hecho y sustantiva de las mujeres respecto a los hombres, y dentro de tales medidas se hallan también las de discriminación positiva. Véase RADAY, F., «Article 4», *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women. A Commentary*, Freeman, M. A. et al. (ed), Oxford University Press, 2012, pp. 128 y 130-131.

(24) Dicho precepto señala: «Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso».

(25) DESDENTADO DAROCA, E., «Reflexiones sobre la selección y promoción del profesorado universitario desde la perspectiva de la igualdad de género», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, X, 2017, p. 340.

(26) *Científicas en Cifras 2017. Estadísticas e indicadores de la (des)igualdad de género en la formación y profesión científica*, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (editor), Puy Rodríguez, A. (coord.), Madrid, 2018, pp. 17-18 (disponible en http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ministerio/FICHEROS/UMYC/Cientificas_cifras_2017.pdf) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019).

gadora hay una destacada infrarrepresentación de las mujeres en la categoría de mayor rango (grado A), mientras que sí hay equilibrio de género en las demás categorías investigadoras (grados B, C y D). Ello muestra una clara segregación vertical (también conocida como techo de cristal): Las universidades españolas cuentan con un 21 % de mujeres entre el profesorado catedrático de la Universidad Pública y un 28 % de mujeres en la categoría de mayor nivel en la Universidad Privada (que comprende al profesorado director/ordinario/catedrático) (27).

Por su parte, el *Libro Blanco. Situación de las Mujeres en la Ciencia Española* coincide con el informe anterior en el dato de que en los escalafones más altos de la carrera científica y empresarial el número de mujeres está prácticamente estancado y no refleja, en absoluto, el porcentaje disponible de mujeres preparadas, con antigüedad y méritos suficientes para acceder a estos puestos (28).

Una cuestión difícil de resolver, y que aquí por razones lógicas de espacio no es posible desarrollar, es la de las causas concretas para tal situación de infrarrepresentación de la mujer en los niveles más altos (29). Cabe mencionar diversos factores, entre otros, el peso de la maternidad (30), la falta actual de corresponsabilidad

(27) En el informe *She Figures 2018*, publicado por la Comisión Europea en marzo de 2019, se recoge que las mujeres en el ámbito académico están todavía infrarrepresentadas en Europa: en 2016 las mujeres representan el 48 % de los estudiantes de doctorado y graduados, el 46 % de las posiciones académicas en el nivel C, el 40 % de las posiciones académicas en el nivel B pero el 24 % en el nivel A. Los porcentajes aún descienden más si hablamos del sector STEM, donde solo se encuentra un 15 % de mujeres en el nivel último (p. 6 y *Chapter 6* p. 115 ss.) (disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/she-figures-2018_en) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019).

(28) GARMENDIA, C., Presentación al Libro Blanco *Situación de las mujeres en la Ciencia Española*, Ministerio de Ciencia e Innovación, 2011, pp. 2 y 36 (disponible en http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ministerio/FICHEROS/UMYC/LibroBlanco_Interactivo.pdf) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019).

(29) REES, T., «Pushing the Gender Equality Agenda Forward in the European Union», *Women, Universities and Change: Gender Equality in the European Union and The United States*, in *Issues in Higher Education*, Danowitz Sagaria, M. A. (ed.), Palgrave Macmillan, USA, 2007, p. 8, se pregunta acerca del hecho de que, si las universidades europeas seleccionan y promocionan a sus académicos simplemente por el mérito, por qué entonces hay una proporción tan baja de mujeres catedráticas. Ello llama más la atención si se cae en la cuenta de que, incluso en facultades donde hay una gran mayoría de graduadas, como en Medicina y Biología, las mujeres son una minoría en todos los niveles.

(30) Un estudio liderado por María Teresa Ballester, Directora adjunta de *Business Intelligence* en MSD e investigadora del ESIC, analiza datos de 25.000 investigadores. La productividad de las mujeres respecto a la de los hombres es un 7,26 % inferior, una vez alcanzada la contratación indefinida, como ocurre en el caso de la figura del contratado doctor. Es exactamente en este nivel cuando, por edad, las mujeres empiezan a tener hijos y responsabilidades familiares que frenan su progreso académico. Al inicio de la carrera académica, sin embargo, la productividad de las mujeres es un 11,55 % superior a la de los hombres. Este estudio explica, igualmente, la razón de que haya menos mujeres catedráticas que hombres. Así como al inicio de la carrera universitaria las mujeres son ligeramente mayoritarias (un 50,4 %), por el contrario, las catedráticas solo suponen un 21,3 % del tal cupo en el sistema universitario español. La maternidad y las cargas familiares constituyen, en buena medida, la causa principal de la más difícil promoción de la mujer en cuanto no se compite, en muchas ocasiones, en condiciones de igualdad con los hombres. Con frecuencia la elección para una mujer consiste en seguir progresando en su carrera profesional o en dedicar tiempo a la familia. Da cuenta de este estudio CERVILLA, P., «La maternidad castiga a la mujer docente en la universidad más que al hombre», *ABC*, 28/07/2019 (disponible en https://www.abc.es/sociedad/abci-maternidad-castiga-mujer-docente-universidad-mas-hombre-201907280223_noticia.html) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019). El Libro Blanco *Situación de las mujeres en la Ciencia Española*, cit. pp. 12, 58 y 72; explica que, al comparar hombres y mujeres con las mismas características en términos personales, profesionales y de productividad académica, ambos casos con hijos, se observa que la tenencia de hijos afecta mucho más

en las tareas domésticas (31), los sesgos inconscientes en la valoración de los méritos (32) o los factores relacionados con el poder (33).

IV. CLASES DE MEDIDAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

1. Primer tipo de medidas: Asignación de puntuación extra por la condición de miembro del colectivo femenino

El primer tipo serían las medidas que otorgan una puntuación extra por la condición de miembro del colectivo fácticamente en desventaja, que se añadiría a la puntuación asignada por la valoración de los méritos. En este caso el bien no se concede de modo automático a una persona, pero su candidatura pasa a obtener la ventaja de ocupar, o poder ocupar, una posición superior en el ranking de los candidatos.

negativamente a la mujer, en cuanto que un hombre con hijos tiene una probabilidad cuatro veces mayor de ser promocionado a catedrático que una mujer con hijos de parecidas características.

(31) La corresponsabilidad en las tareas domésticas y en el cuidado y atención de descendientes y ascendientes se introduce en el artículo 68 del Código Civil en el año 2005 como uno más de los deberes conyugales. Sin embargo, se ha puesto en tela de juicio el carácter jurídico de tales deberes, incidiendo en su mero carácter moral o ético, que conduce a sostener que las únicas consecuencias jurídicas que, hoy por hoy, posee su incumplimiento es servir de causa de desheredación o de causa de cesación de la obligación de alimentos. Esta conclusión acerca de su pérdida de relevancia jurídica deriva, en especial, de la introducción en 2005 de la separación y el divorcio acausal, que ha llevado consigo la desaparición de la principal consecuencia jurídica que tenía el incumplimiento de los deberes conyugales: la solicitud del divorcio o de la separación. Sobre los efectos que en el momento actual posee, en concreto, el incumplimiento del deber de la corresponsabilidad en las tareas domésticas y en el cuidado de las ascendientes y descendientes consúltese LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 91, 2007, pp. 3 y ss. Dentro de la ya mencionada «Propuesta Abierta para un programa común progresista», presentada el 3 de septiembre de 2019 por el entonces Presidente del Gobierno en funciones para conseguir el apoyo suficiente para la formación de Gobierno, se apunta en la medida 55: «*Del mismo modo, desarrollaremos programas para fomentar la paternidad responsable, para avanzar en la corresponsabilidad en el cuidado de las hijas e hijos*». Dicha idea se reitera de nuevo en el punto 7.1 de la *Coalición Progresista. Un nuevo acuerdo para España*, acordado entre el PSOE y Unidas Podemos, que se ha dado a conocer en enero de 2020.

(32) Apunta ESQUEMBRE VALDÉS, M., *Fundamentos de la discriminación positiva en Europa y en España, en especial en la Administración Pública*, Proyecto Equal Concepción Arenal, Agencia Local de Desarrollo Económico y Social de Alicante, 2004, p. 61, que es frecuente que los sistemas de selección tradicionalmente basados en el mérito introduzcan o hayan introducido, aunque sea de una manera inconsciente, perjuicios y prácticas aparentemente neutras, pero que disminuyen las posibilidades de los miembros de los colectivos tradicionalmente marginados de obtener el bien al que se aspira. Existen estudios que apuntan a que la causa de la infrarrepresentación de las mujeres en el ámbito académico científico puede ser la existencia de perjuicios de género que favorecen que los candidatos masculinos sean vistos como más competentes y con más posibilidades de ser contratados o becados; sobre ello consúltese VAN DER LEE, R./ELLMERS, N., «Gender contributes to personal research funding success in the Netherlands», *PINAS*, October 6 2015, vol. 112, núm. 40, pp. 12.349 y ss. (www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1510159112) y MOSS –RACUSIN, C./DOVIDIO, J. F./BRESKOLL, V. L./GRAHAM, M. J./HANDELSMAN, J., «Science faculty’s subtle gender biases favor male students», *PINAS*, October 9 2012, vol. 109, núm. 41, pp. 16.474 y ss. (www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1211286109).

(33) Sobre una política de promoción dependiente de las lógicas del poder y el escaso poder de las mujeres académicas para canjear véase ALONSO SÁNCHEZ, M. J., «Las académicas. Profesorado universitario y género», *Revista de Educación*, núm. 328, 2002, pp. 471-472.

Voy a centrar buena parte de mis reflexiones, por su relevancia, en el pionero pronunciamiento de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2019 que, aunque referido a la Universidad Autónoma de Madrid en relación con un proceso de promoción interna de profesores titulares para el acceso a cátedras, sin duda va a tener trascendencia, a partir de ahora, para todas las Universidades. Atendiendo al contenido de dicha decisión judicial, mis posteriores reflexiones se subdividirán en dos epígrafes distintos, uno relativo a la inclusión del criterio de género en una primera fase de dotación o creación de plazas universitarias y, el segundo, sobre la posible introducción de tal criterio en una segunda fase de convocatoria pública de las plazas y de la posterior celebración en cada centro de los concursos de acceso y promoción para cubrir dichas plazas.

A. *Inclusión del criterio del género en una primera fase de dotación de plazas universitarias.*

- a) Acuerdo del Consejo de Gobierno de la UAM de 30 de septiembre de 2016 por el que se aprueba el proceso de promoción interna de profesores titulares para el acceso a cátedras

A continuación, hago una breve reseña sobre el contenido del acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno de la Universidad Autónoma de Madrid de 30 de septiembre de 2016, por el que se aprueba la convocatoria para el año 2016, del proceso de promoción interna de profesores titulares para el acceso a cátedra regulado por el Real Decreto-Ley 10/2015 de 11 de septiembre (34). Para ese año 2016 se convocan un total de 22 plazas de catedrático. Podrían presentar su candidatura a tal proceso los profesores titulares que hubieran prestado, al menos, dos años de servicios bajo esta condición en la UAM y que estuvieran acreditados como catedráticos. La Comisión de Profesorado llevaría al Consejo de Gobierno una propuesta de resolución del proceso de promoción, elaborada de acuerdo con los criterios de valoración de las candidaturas detallados en el Anexo 2 de la convocatoria (a los que me referiré *infra*). La propuesta incluiría, de modo ordenado, el área y departamento al que se asignaría cada plaza de promoción de acuerdo con la adscripción de cada candidatura. Es decir, el procedimiento tendría como objetivo, en una primera fase, la confección de un listado de asignación de plazas a áreas y a departamentos, no a personas. Con posterioridad, y una vez resueltas las reclamaciones, el acuerdo se consideraría firme para poder hacer la convocatoria pública de las plazas y la celebración de los correspondientes concursos de acceso en cada facultad (segunda fase).

La relevancia de este acuerdo es grande. Por una parte, por primera vez en la historia de la UAM se introduce un criterio relativo al género en la selección del profesorado, aunque combinado, claro está, con otros criterios. Por otra parte, debido a que un grupo de profesores y profesoras titulares de la UAM interpuso una demanda para solicitar la nulidad del acuerdo el caso se judicializó, llegando hasta el propio Tribunal Supremo. De todo el proceso judicial se dará cuenta en epígrafes posteriores.

(34) El acuerdo está publicado en el *Boletín Oficial de la Universidad Autónoma de Madrid (BOUAM)*, núm. 6, de 21 de octubre de 2016, p. 1.

Los criterios para la elaboración de la propuesta que señalaría el área y/o departamento al que se asignaría cada plaza de promoción de acuerdo con la adscripción de cada candidatura, que se encuentran en el Anexo 2 del acuerdo, son los siguientes: *Estructura de la Plantilla* (hasta 25 puntos), *Experiencia Docente* (hasta 25 puntos), *Experiencia investigadora* (hasta 35 puntos) y *Antigüedad en la acreditación* (hasta 15 puntos).

El criterio de la «*Estructura de la plantilla*» del área y/o del departamento al que esté adscrito el candidato es el que ahora interesa y se desdobra, a su vez, en dos ítems: El primero, por el que se asigna un valor de entre 0 y 15 puntos, de acuerdo al número de catedráticos y de profesores titulares existentes en cada área y departamento. El segundo, por el que se asigna un máximo de 10 puntos a aquellas candidatas en cuya área y departamento la proporción de catedráticas frente a catedráticos sea inferior al 40 %, de acuerdo con una tabla (35). Este ítem responde a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la LO 3/2007, según la cual «A los efectos de esta ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento».

Hay que precisar que los citados ítems de la variable de género y de la *ratio* catedrático-profesor titular juegan de modo exclusivo en la primera de las dos fases de las que consta el procedimiento, es decir, cuando se seleccionan las áreas o departamentos en los que se crearán las cátedras. En la segunda fase de convocatoria pública de las plazas y de la celebración de los concursos de acceso en cada facultad ya no juegan ninguna de estas dos medidas. Por tanto, en tal fase ya no se asigna ninguna puntuación extra a las profesoras titulares aspirantes a la cátedra.

La adopción del criterio del género en su momento trae consigo cierta polémica dentro de la propia UAM, incluso entre los partidarios de incluir medidas de discriminación positiva que busquen facilitar la igualdad entre profesores y profesoras. Se objeta que carece de sentido que esta fórmula conceda un beneficio a algunas mujeres a costa del perjuicio de otras, dependiendo del departamento/área de conocimiento al que pertenezcan (36). Se llega a proponer, por eso, otros instrumentos alternativos, como una cuota rígida, esto es, que un porcentaje de las promociones se reserven a mujeres, como mínimo un 40 %. De este modo, si durante 10 o 15 años se mantuvieran 20 promociones y, aproximadamente, la mitad fueran mujeres, en 15 años se llegaría al 40 % mínimo de plazas ocupadas por mujeres que exige la LO 3/2007. Igualmente se esgrimen opiniones favorables a otorgar puntos por la mera condición de mujer, porque ello beneficiaría a todas las candidatas y no a unas sí y a otras no.

(35) Si la proporción de catedráticas es de 0 a 10 % se asignan 10 puntos, si es entre 10 a 20 % se asignan 7,5 puntos, si es entre 20 y 30 % se asignan 5 puntos y si es entre 30 y 40 % se asignan 2,5 puntos. También se prevé que se asignarán 10 puntos a aquellas candidatas en cuya área y departamento el número de catedráticas y catedráticos sea cero.

(36) A esta objeción podría responderse fácilmente señalando que no se trata de beneficiar a las mujeres por el simple hecho de serlo. No hay que olvidar que, como ya se ha indicado, un requisito imprescindible para aplicar medidas de género es que se introduzcan allí donde sea estrictamente necesario, es decir, allí donde haya una infrarrepresentación de la mujer. En la UAM no en todos los departamentos/áreas de conocimiento las mujeres han tenido dificultad para acceder a la cátedra.

b) Necesidad de desequilibrio estructural del profesorado femenino de la UAM respecto a las cátedras

Si realmente se estuviera, en el caso de la inclusión del ítem de género en la UAM, ante una pura medida de discriminación positiva, cosa bastante dudosa como luego explicaré, condición previa e indispensable para preguntarse acerca de la validez de la misma, será discernir si hay o no un desequilibrio estructural del profesorado femenino respecto a las cátedras en el tiempo y en el espacio en el que la medida se iba a aplicar, acreditado con los datos estadísticos de los que se disponía en dicho momento. Para ello es preciso acudir al II Plan de Igualdad (2015-2018) aprobado por el Consejo de Gobierno de la UAM el 16 de julio de 2015, que, tal y como señala en la Presentación del mismo el entonces Rector, José María Sanz, es el resultado del compromiso social de esta universidad, en cuanto se estima como premisa fundamental que una universidad igualitaria es más abierta, sostenible y democrática.

El citado II Plan de Igualdad tiene dos antecedentes inmediatos (37): el *Informe de Evaluación del I Plan de Igualdad* (38) y el *IV Diagnóstico sobre la Igualdad de Género de la UAM* (39). Este último incluye un estudio comparativo de la situación de los hombres y de las mujeres en la UAM según los distintos estamentos que la conforman: estudiantes, personal de administración y servicios y personal docente e investigador. El estudio se refiere a los cursos 2011-2012 y 2012-2013, e incorpora, además, la evolución experimentada en el periodo que va desde 2008-2009 (curso que es la referencia inicial para el I Plan de Igualdad) hasta 2012-2013 (que es el último periodo de referencia para desarrollar el II Plan de Igualdad).

Según los datos, en la categoría de Cátedras la presencia femenina tiene una tendencia de ascenso progresivo en los últimos años: pasa de una proporción de catedráticas del 15,4 % en el curso 2008-2009 a un 20,9 % en el curso 2012-2013. Pero el porcentaje de catedráticas (20,9 %) se halla lejos de la franja de paridad, esto es, del límite mínimo legal que se situaría en el 40 %. En el curso 2012-2013 la brecha entre ambos sexos es de 58,2 puntos.

El panorama difiere si se analizan los datos relativos al Profesorado Titular de Universidad y de Cátedras de Escuela Universitaria, donde la proporción de profesoras representa un 44,2 % del total en el curso 2012-2013. Aunque en los cinco cursos analizados se aprecia una tendencia moderada hacia la equiparación por género, la brecha de género es, aún, de 11,6 puntos porcentuales (40).

(37) Segundo Plan de Igualdad UAM 2015-2018, p. 11 (disponible en file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/II_plan_igualdad_oct_15_preview.pdf).

(38) Disponible en file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/Informe_de_evaluaci_n_del_I_Plan_de_Igualdad_de_la_UAM_2011_2014.pdf.

(39) Disponible en https://www.uam.es/ss/Satellite/es/1242650961151/1242688934143/generico/generico/IV_Diagnostico_sobre_la_Igualdad_de_Genero.htm.

(40) Consúltase II Plan de Igualdad UAM, 2015-2018, cit. p. 12. Los últimos datos que proporciona el *V Diagnóstico sobre la Igualdad de Género* en la UAM, que se refieren ya al curso 2016-2017, señalan que las cátedras suponen el 11 % de las plazas totales de profesorado masculino y femenino de la UAM. De las 339 plazas de cátedra que hay en el curso 2016/2017, 76 están ocupadas por mujeres y 263 por hombres, lo que se traduce en un porcentaje de catedráticas del 22,4 % del total. Por el contrario, en cuanto a profesores titulares, 462 plazas corresponden a varones y 370 a mujeres (disponible en file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/VDiagnosticoIgualdadGeneroUAM-1.pdf).

c) Examen del *iter* judicial

Contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de la UAM de 30.9.2016 se interpone recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales por parte 23 profesores/as titulares de la UAM. Resuelve la sentencia número 123/2017 de 12 de abril del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid, que estima el recurso interpuesto y declara que el sistema diseñado por la UAM vulnera el derecho a la promoción profesional conforme a mérito y capacidad (artículo 23.2 CE) y, además, en condiciones de igualdad (artículo 14 CE). Por ello anula el citado acuerdo en cuanto se produce lesión de los anteriores derechos fundamentales. Explica que tal sistema asigna, de modo automático, puntuaciones por razón del género sexual de forma disociada a los principios de mérito y capacidad que han de regir en todo procedimiento de empleo público. Entiende que la UAM no posee cobertura ni constitucional ni legal suficiente para introducir este criterio de género, y que tampoco lo permite la jurisprudencia existente del entonces denominado Tribunal Europeo de las Comunidades Europeas.

Aunque el tribunal cita el artículo 51 de la LO 3/2007, que prevé en su letra a) un mandato a los poderes públicos para la remoción de obstáculos que impliquen la pervivencia de toda discriminación, con la finalidad de lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional, no deriva ninguna consecuencia jurídica de la aplicación de este precepto al caso enjuiciado. La sentencia, por el contrario, no se pronuncia sobre la otra pretensión planteada por los demandantes, ya que ellos cuestionaban también la validez de la inclusión, junto al del género, del criterio del número de catedráticos y profesores titulares de un departamento o área, favoreciendo a aquellos candidatos en cuyas áreas/departamentos hubiera pocos catedráticos.

Recurrida en apelación la anterior sentencia por la UAM, el recurso se estima parcialmente por la sentencia número 704/2017 de 21 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección Séptima, recurso número 681/2017) (41). La Universidad entiende, en relación con la variable de género, que es una medida que supera el juicio positivo de proporcionalidad, que es adecuada para el logro del objetivo de la promoción de la igualdad efectiva de la mujer y que, a la vez, es necesaria al no existir otra medida igual de eficaz y moderada. Añade que viene a resolver un desequilibrio estructural, una situación de discriminación de la mujer tanto en la sociedad como en la propia UAM, que acredita estadísticamente. La recurrente señala, además, que hay una aplicación errónea, por parte de la sentencia contra la que se interpone el recurso, tanto de la LO 3/2007 como de la jurisprudencia comunitaria. Respecto al criterio de la *ratio* catedrático-titular de cada área/departamento, apunta que hay una incongruencia omisiva por parte de la sentencia anterior al no pronunciarse sobre tal cuestión y que ello implica una vulneración del artículo 24.1 CE.

El TSJM coincide, en primer lugar, con la sentencia de instancia en cuanto entiende también que la inclusión de la variable de género implica vulneración de los artículos 14 y 23.2 CE. En particular, señala que «La asignación de una puntuación adicional (gradual) para beneficiar a las personas acreditadas en departamen-

(41) JUR 2018/48957.

tos infrarrepresentados (y frente a los solicitantes masculinos) de 2,5 a 10 puntos, sin duda alguna constituye una ventaja por más que vaya a operar tan solo a la hora de determinar el reparto de las cátedras entre centros y departamentos. Y al estar desligada de los méritos personales, no ser proporcional y no estar objetivamente justificada, vulnera los principios de mérito y capacidad por más que, insistimos, el proceso conste de dos fases bien diferenciadas, de las que nos damos perfecta cuenta, sin contar con que son de ver serias dudas de que con ello se beneficiase en realidad a las mujeres, sobre todo en los casos de departamentos en que ya haya catedráticas». Añade que «Consecuencia de este criterio A.2 es que un profesor titular acreditado, por su condición masculina, y en igualdad de trayectoria profesional que una mujer, tiene menos posibilidades de que se cree una plaza en su departamento que si ésta es solicitada por una profesora acreditada».

En el Fundamento Jurídico 3.º hace referencia, como ya lo hizo la sentencia del Juzgado, a la jurisprudencia del entonces denominado Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, aludiendo al caso *Abrahamsson* de 6 de julio de 2000 as. C-407/98 (apartado 56). Señala que tal caso no parece permitir la inclusión de acciones positivas cuando no hay equivalencia en los méritos en los candidatos de distinto sexo concurrentes a la promoción, que la preferencia a favor de uno de los sexos no puede ser absoluta y que ha de existir un modo de selección que posibilite un examen de cada curriculum de modo individual y concreto, con el objeto de que puedan tomarse en consideración circunstancias particulares de aquellos candidatos que, en principio, no puedan beneficiarse de la acción positiva. También cita la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995, *Eckhard Kalanke* (C-450/93) (apartado 24). A ambos pronunciamientos me referiré con posterioridad (*infra*. Segundo tipo de medidas: medidas de desempate).

En segundo lugar, la sentencia del TSJM resuelve la segunda parte del recurso interpuesto por la UAM, la relativa al silencio que ha guardado la sentencia apelada sobre la posible lesión de derechos fundamentales de los recurrentes a causa del criterio de la *ratio* catedrático-profesor titular. En este punto sí acoge el recurso de la UAM y considera que el tribunal anterior debió pronunciarse al respecto. No estima que tal criterio venga a vulnerar derechos fundamentales de los recurrentes, ya que la medida cumple los tres requisitos establecidos por el TC para considerar válida la restricción de un derecho fundamental: primero, es adecuada para la estructura equilibrada del PDI en el reparto de los cuerpos docentes conforme a las necesidades reales de la función pública de educación superior; segundo, es necesaria ya que no hay otra medida igual de eficaz y más moderada para el logro del equilibrio de la plantilla en la distribución de los cuerpos docentes entre departamentos y, tercero, supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto al constituir una medida de la que derivan más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto.

Contra la sentencia dictada se interpone recurso de casación por parte de la UAM. La Sala 3.ª del TS admite a trámite el recurso en su Auto de 9 de julio de 2018 (42), precisando las dos cuestiones por las que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: Primero, si el artículo 14 CE, en relación con el artículo 9.2 CE y los artículos 26 y 51.a) de la LO 3/2007, permiten que

(42) JUR 2018/196255.

una Universidad, en virtud del artículo 27.10 CE (autonomía universitaria), pueda incluir medidas de discriminación inversa en la configuración de su plantilla. Segundo, si dichas medidas pueden consistir en la concesión de una puntuación adicional a las mujeres que aspiran a una cátedra, a fin de que se convoque la plaza de catedrático correspondiente, con independencia de que tales mujeres concurren o no al final a dicho proceso y con independencia, igualmente, de cómo se desarrolla, en última instancia, el proceso de selección correspondiente.

El TS nunca se ha pronunciado sobre la adecuación legislativa y constitucional de una primera fase de un procedimiento de promoción interna a catedráticos de universidad que incluye el elemento del género entre los criterios estratégicos que permiten individualizar las áreas/departamentos a los que se asignan las plazas de nueva creación, y ello en virtud del mandato legal de promover la igualdad de género femenino (art. 11 LO 3/2007) (43).

d) Valoración global del *iter* judicial y, en particular, de la STS, 3.^a, de 16 de octubre de 2019

A mi juicio, tanto la sentencia del juez de lo contencioso-administrativo como la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid poseen un denominador común: examinan y resuelven el problema desde la consideración de que la UAM está incluyendo, con la variable de género, una pura medida de discriminación positiva, desligada totalmente de la medida que atiende a la *ratio* titular-catedrático en las áreas/departamentos de los candidatos y, por ello, subyace la idea en ambas decisiones judiciales de que la respuesta jurídica a ambos problemas ha de ser diferente.

La afirmación anterior resulta especialmente evidente en la sentencia del juez de lo contencioso-administrativo, en cuanto que, habiendo solicitado los profesores titulares demandantes la nulidad de los dos ítems por lesión de derechos fundamen-

(43) HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «El interés objetivo en la nueva casación contencioso-administrativa», *El vértice de los sistemas judiciales*, González Alonso, A./Oubiña Barbollla, S. (dirs. y eds.), Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 22, UAM-BOE, 2018, pp. 355 y ss., explica el panorama existente antes de la nueva redacción de los artículos 86 y ss. de la Ley 29/1998 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por parte de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, que reforma en profundidad el recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, mediante la ampliación del catálogo de resoluciones recurribles y considerando, como pieza central de la admisión del recurso, el nuevo concepto del «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia». Con anterioridad a tal reforma muchos ámbitos del ordenamiento jurídico-administrativo español habían quedado al margen del TS, con la consecuencia de que, al no haber un pronunciamiento del tribunal sobre los mismos, no existía una labor jurisprudencial uniformadora. La reforma legal supone un nuevo modelo (p. 359): cabe admitir el recurso de casación cuando, tras invocar una infracción determinada del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que incide en los derechos e intereses legítimos del recurrente, el TS estima que tal recurso posee interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (art. 88.1 LJCA). La expresión empleada por el legislador, «para la formación de jurisprudencia», ha de interpretarse en un sentido amplio, abarcando tanto situaciones en las que no hay jurisprudencia como aquellos otros casos en que, existiendo ésta, requiere aclaración, matización o corrección. Lo que resulta patente respecto al caso objeto de estudio es que la intervención del TS no solo tendrá como objetivo la tutela inmediata del recurrente al dar respuesta a sus pretensiones, sino que, al llevar a cabo una interpretación de las normas aplicables, a la vez que ofrece una tutela mediata a los demás justiciables, fija criterios uniformes que serán seguidos por los restantes órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y por las administraciones públicas. En particular, por otras universidades.

tales (el de género y el de la *ratio* titular-catedrático), solamente se pronuncia sobre el de género. No parece darse cuenta, además, de la trascendencia de que ambos criterios solo se introducen para una primera fase, es decir, para aquella en la que se decidirán las áreas/departamentos a los que irán destinadas las plazas creadas. Esta sentencia concluye, como ya he indicado y a partir de la perspectiva mencionada, que esta medida de discriminación inversa introducida por la UAM y, consistente en la asignación de puntos a las profesoras y no a los profesores, no encuentra ni cobertura constitucional (en cuanto no respeta el límite del mérito y la capacidad), ni cobertura legal (Estatuto Básico del Empleado Público, que reitera la exigencia del mérito y de la capacidad, y LO 3/2007) ni cobertura en la jurisprudencia del entonces denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Por su parte, la sentencia dictada frente al recurso de apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que sí se da cuenta de que se está ante dos fases muy distintas (44), también desliga el criterio del género del criterio de la *ratio* catedrático-titular y obvia, por tanto, su consideración conjunta como un criterio de estructura de plantilla. Así, mantiene una solución distinta para cada caso: considera válida la inclusión de la *ratio* catedrático-profesor titular y, por el contrario, no la de la variable de género. En cuanto a esta última señala que «(...) constituye una ventaja por más que vaya a operar tan solo a la hora de determinar el reparto de las cátedras entre centros y departamentos».

Las razones de su juicio desfavorable a la validez de la variable de género son, por una parte, que no cumple el escrutinio exigido a toda medida de discriminación positiva, esto es, no es proporcional y no está objetivamente justificada. Por otra parte, que es un criterio desligado de los méritos personales, de ahí que implique una vulneración de los artículos 14 y 23.2 CE.

La decisión del TS enfoca, a mi juicio, mejor la cuestión que las sentencias anteriores, en la medida en que concibe esta medida de la variable de género, no ya desde una visión más restringida de que se trata de una mera medida de discriminación positiva, sino desde la perspectiva más amplia de su consideración como un criterio de estructura o de diseño de plantilla por la Universidad, que encaja, además, perfectamente con la idea de que solo afecte a una primera fase de determinación de las áreas/departamentos a las que se asignarán las 22 plazas de cátedra creadas (45). En mi opinión, tal perspectiva queda corroborada, al menos, con dos datos: El primero, de carácter sistemático, es decir, el propio acuerdo de la convocatoria del proceso de promoción interna introduce ambos ítems, el del género y el de la *ratio* catedrático-titular, dentro de una rúbrica conjunta más amplia denominada *Estructura de la Plantilla*. La decisión de la UAM acerca de la estructura de su plantilla se materializa, pues, en estos dos instrumentos específicos. En segundo lugar, la variable de

(44) Señala que la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo se equivocó al estimar que los puntos se asignaban a las profesoras cuando intentaban acceder a una cátedra.

(45) JUR 2019/290236. Señala literalmente el TS que «No estamos ahora, por tanto, ante las habituales medidas de discriminación positiva, que ante méritos equivalentes se confiere preferencia a la mujer, como colectivo tradicionalmente preterido. Ni tampoco se trata de atribuir puntos, insistimos, a la candidata del sexo infrarrepresentado, frente a un competidor del sexo opuesto (...). «(...) la única ventaja que introduce esa variable de género, es que en aquellos departamentos o áreas de conocimiento donde haya ninguna catedrática, o tenga un número reducido de éstas, hay más posibilidades de que se cree allí una cátedra, a la que posteriormente concurrirán en igualdad de condiciones los profesores y las profesoras» (fundamento 6.º).

género no es una pura medida de discriminación positiva en cuanto que no favorece a todas las profesoras (de hecho «puede perjudicar a aquellas mujeres que estén en áreas en las que ya hay catedráticas»), y en cuanto que si el concurso es ganado en una segunda fase por un candidato masculino del mismo área/departamento, o de fuera, «la igualdad se quedará en el intento» [tal y como señala el Informe del Defensor Universitario de la UAM, aportado entre la documentación del recurso (46)].

La argumentación de la sentencia del TS, que finalmente estima conforme al ordenamiento jurídico que la UAM incluya una variable de género entre los criterios para seleccionar las áreas/departamentos en los que vayan a recaer las plazas de cátedras creadas (47), se desdobra en las siguientes afirmaciones:

Primero, tradicionalmente, y de acuerdo con la doctrina del TC, entra dentro del contenido esencial del derecho fundamental a la autonomía universitaria (artículo 27.10 CE) la capacidad de las universidades para adoptar decisiones estratégicas de política universitaria y de auto-organización relativas al diseño de la estructura de su plantilla de personal docente, decisión que, en este caso concreto, juega en una primera fase dirigida a la determinación de las áreas de conocimiento/departamentos donde van a ir destinadas las 22 plazas de cátedras creadas (48). Por consiguiente, mantiene que está dentro del ámbito de competencias de una universidad, como uno de los criterios para la fijación de la estructura de su plantilla y de las áreas de conocimiento y departamentos a los que irán destinadas las nuevas plazas, la toma en consideración de la presencia de catedráticas en dichos departamentos frente al número de catedráticos (49).

(46) Vicente Mazimpaka, Defensor del Universitario en la fecha del acuerdo del Consejo de Gobierno, emite un informe, con fecha de 21 de noviembre de 2016, como respuesta al escrito y solicitud de amparo de varios profesores de la UAM, en el que éstos realizan una crítica al documento de criterios aprobados por el citado acuerdo. En dicho informe el Defensor, además de señalar la posible vulneración del principio del mérito y de la capacidad mediante la introducción del criterio estructural en un proceso de promoción interna, que es individual, apunta también que tal sistema podrá perjudicar la convivencia dentro de los departamentos. Considera que el proceso de promoción interna no es el lugar más adecuado para lograr la igualdad, ya que la citada igualdad es un problema de relevancia que debería conducir a reflexión y debate.

(47) ROJO TORRECILLA, E., «El lento camino hacia la igualdad en la Universidad Española. Disputas sobre los criterios de creación de cátedras en la Universidad Autónoma de Madrid. Notas a la sentencia del TS (C-A) de 16 de octubre de 2019», 27 de octubre de 2019 (disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/el-lento-camino-hacia-la-igualdad-en-la.html>) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019), augura que esta sentencia será tenida muy en cuenta en la elaboración de criterios para las convocatorias de cátedras de promoción interna en muchas Universidades españolas.

(48) Desde luego no parece haber duda de que la autonomía universitaria abarca la selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, al igual que la determinación de las condiciones en que han de llevar a cabo sus actividades [art. 2.2.e) LOU]. Véase en este sentido TORRES MUÑOZ, I./ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Comentario al artículo 27.10 CE. La autonomía de las universidades», *Comentarios a la CE 1978*, XL aniversario, tomo I, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M./Casas Baamonde, M. E. (dirs.) y Pérez Manzano, M./Borrajó Iniesta (coords) y Arnaldo Alcubilla/Remón Peñalver (eds.), Fundación Wolters Kluwer-BOE-TC-Ministerio de Justicia, 2018, p. 1005.

(49) Esta misma conclusión de que se está ante una mera decisión estratégica que afecta al ámbito de organización de la Universidad es compartida por ALONSO GARCÍA, C., «No hay ventaja para las profesoras en la sentencia del Tribunal Supremo», 3 de noviembre de 2019 (disponible en <http://agendapublica.elpais.com/no-hay-ventaja-para-las-profesoras-en-la-sentencia-del-tribunal-supremo/>) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019).

Indudablemente el derecho fundamental a la autonomía universitaria debe estar sujeto a las limitaciones que derivan de otros derechos fundamentales, como el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y de capacidad en condiciones de igualdad (artículo 23.2 CE en conexión con el 103.3 CE) (50). Según la sentencia no se aprecia que en esta primera fase del proceso de promoción interna la inclusión de la variable de género implique una vulneración de los citados preceptos, en la medida en que, al estar solo determinándose las áreas y departamentos a los que irán las plazas, se desconoce en dicha fase las personas concretas que se presentarán finalmente al posterior concurso de acceso en cada centro. Por tanto -sigue diciendo el tribunal- el posterior proceso selectivo, para cada cátedra concreta, se desarrollará con estricta sujeción a la igualdad, al mérito y a la capacidad.

Segundo, el TS sostiene que la Universidad, además de estar amparada por el derecho fundamental a la autonomía universitaria, goza, en particular, de una cobertura constitucional y legal específica para la introducción de la variable de género. En este sentido apoyan la igualdad entre hombre y mujer y, por tanto, son base para el sustento de tal criterio de género, dentro de la propia CE, los artículos 1.1 (consideración de la igualdad como valor superior del ordenamiento), 14 (prohibición de cualquier discriminación) y 9.2 (logro de la igualdad real y efectiva al incluir un mandato dirigido a los poderes públicos para la remoción de los obstáculos que impidan su realización). Por otra parte, la igualdad entre hombres y mujeres también es un principio jurídico reconocido en textos internacionales sobre derechos humanos (cita, destacándola, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), añadiendo que, además, se trata de un principio fundamental de la Unión Europea. Muy importante es el fundamento legal que se encuentra en el artículo 51 a), en relación con el artículo 5.1, de la LO 3/2007, en cuanto impone a los poderes públicos «remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de su carrera profesional» (51).

(50) No solo está limitada la autonomía universitaria por los citados derechos fundamentales, sino que, incluso, en aspectos como la selección de su personal docente e investigador, el TC estima que, al lado de los intereses propios de la comunidad universitaria, concurren intereses generales derivados de que la enseñanza superior constituye un servicio público cuya prestación compete a cuerpos docentes universitarios, que explica la intervención normativa de los legisladores estatal y autonómico. Sobre la cuestión TORRES MUÑOZ, I./ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Comentario al artículo 27.10 CE. La autonomía de las universidades», cit. p. 1006.

(51) No se refiere el TS en ningún momento de la sentencia a si este sistema introducido por la UAM, además de cobertura constitucional y legal, es conforme con la jurisprudencia del TJCE, a la que, en cambio, sí se refieren las dos sentencias anteriores para sustentar su tesis de la inadmisión del criterio de género. Según las sentencias del Juzgado de lo contencioso-administrativo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el antiguamente denominado TJCE solo permite medidas de discriminación inversa que partan de una equivalencia en los méritos entre los candidatos y que, por tanto, no supongan una preferencia absoluta y automática a favor de uno de los sexos. No obstante, tiene toda la razón ROJO TORRECILLA, E., «El lento camino hacia la igualdad en la Universidad Española. Disputas sobre los criterios de creación de cátedras en la Universidad Autónoma de Madrid. Notas a la sentencia del TS (C-A) de 16 de octubre de 2019», 27 de octubre de 2019 (<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2019/10/el-lento-camino-hacia-la-igualdad-en-la.html>) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019), cuando señala que esta doctrina del TJCE, relativa únicamente a medidas de género en el

Tercero, el tribunal señala que la variable de género cumple los requisitos exigidos para que una medida de discriminación positiva supere el escrutinio constitucional: Es, en primer lugar, una medida amparada por el ordenamiento jurídico al poseer una justificación objetiva y razonable, limitándose el tribunal a sostener que, al incluirse en la primera fase, en la que se desconocen aún los solicitantes que se presentarán finalmente al concurso de acceso, solo busca corregir desigualdades de partida y con ello atenuar la discriminación tradicional de las mujeres en la universidad. En segundo lugar, es una medida proporcional, no excesiva para lograr la finalidad legítima perseguida, es decir, el fomento de la igualdad de hombres y mujeres en este ámbito concreto, remitiéndose a unos datos que aporta el Ministerio Fiscal, procedentes, a su vez, del Ministerio de Educación y Ciencia sobre la presencia de mujeres catedráticas en el periodo de tiempo 2014-2015.

La cuarta y última afirmación que realiza el tribunal, probablemente no sin razón, es acerca de la dudosa eficacia de la medida para lograr la finalidad legítima de disminuir, o al menos no agravar, la brecha de género existente en la Universidad española. Alude al informe del Defensor Universitario de la UAM, que señala, como he explicado antes, la posibilidad de que este criterio perjudique a algunas de las mujeres en cuyas áreas/departamentos haya ya catedráticas, y la posibilidad de que la igualdad quede en un intento frustrado si finalmente el concurso de acceso es ganado por un candidato varón. Pero también afirma que esta falta de seguridad en cuanto a la eficacia de la medida no impide sostener la constitucionalidad del sistema previsto por la UAM (52).

B. *Inclusión del criterio del género en una segunda fase de convocatoria pública de las plazas y posterior celebración de los concursos para su provisión*

Evidentemente la decisión del TS se dirige explícitamente a señalar la conformidad con el ordenamiento jurídico del sistema de la UAM en una primera fase, esto es, en aquella en la que una Universidad incluye una serie de criterios para la estructuración de su plantilla, con el objetivo de señalar a qué áreas o departamentos se asignarán las plazas creadas.

Pero cabe preguntarse qué ocurriría si la inclusión de criterios distintos al mérito y a la capacidad incidiera en una segunda fase de convocatoria pública de las plazas y posterior celebración de los concursos de acceso en cada centro. Es verdad que sí que apunta el TS, en el fundamento 8 *in fine*, que la igualdad, el mérito y la capacidad «aparecerán concernidos en todo su vigor en la posterior fase de convocatoria de cada cátedra», aunque sin dar mayor explicación al respecto. De ello pudiera deducirse, pues, que para el tribunal nunca podrían incluirse otros criterios

momento de la convocatoria de acceso a las plazas, no sería aplicable en el caso de la UAM, referida solo a la primera fase de creación de cátedras.

(52) Señala ROJO TORRECILLA, E., «El lento camino hacia la igualdad en la Universidad Española. Disputas sobre los criterios de creación de cátedras en la Universidad Autónoma de Madrid. Notas a la sentencia del TS (C-A) de 16 de octubre de 2019», 27 de octubre de 2019 (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/el-lento-camino-hacia-la-igualdad-en-la.html>), que la eficacia de la medida realmente solo se podrá saber en el momento en que se celebren los concursos a cátedras en igualdad total de condiciones para todos los concursantes y se conozcan los resultados.

distintos al mérito y a la capacidad (como el del género) porque ello supondría una vulneración del artículo 23.2 en conexión con el 103.3 CE (53).

En cualquier caso, y con independencia de si el TS ha llegado a una conclusión clara respecto a esta cuestión, merece la pena profundizar en la misma. Cabe preguntarse, como cuestión previa, si el sexo podría considerarse un mérito más, de modo que la introducción de este criterio por una Universidad no supusiera una lesión del 23.2 CE (en conexión con el 103.3 CE) junto con el 14 CE. A mi juicio, sin duda la respuesta ha de ser negativa, a pesar de que alguna voz doctrinal (54) ha apuntado que en los casos de discriminación inversa la posesión de ciertos rasgos, como el sexo o la raza, pueden ser tan meritorios como los conocimientos profesionales, en la medida en que una universidad multirracial proporciona una enseñanza más completa, o en la medida en que las mujeres pueden aportar perspectivas nuevas y enriquecedoras. En esta línea, de modo reciente un juez Federal de Boston ha dado la razón a la Universidad de *Harvard* al estimar admisible que en el proceso de selección de los estudiantes pueda tenerse en cuenta la raza de los solicitantes, además de los méritos, en cuanto tal medida de discriminación inversa permitirá formar un cuerpo estudiantil diverso y fomentará la tolerancia. En concreto, se presentó una demanda por *Students for fair Admissions* (SFFA), un grupo de estudiantes que representa a los estudiantes asiático-americanos, que considera que *Harvard* vulnera sus derechos civiles al rechazar su ingreso en la universidad por discriminación racial, con el fin de facilitar el acceso a otras minorías raciales como negros o latinos (55).

(53) Así lo mantiene ALONSO GARCÍA, C., «No hay ventaja para las profesoras en la sentencia del Tribunal Supremo», 3 de noviembre de 2019 (disponible en <http://agendapublica.elpais.com/no-hay-ventaja-para-las-profesoras-en-la-sentencia-del-tribunal-supremo/>) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019), para quien en esta segunda fase no puede introducirse ninguna ventaja para el colectivo femenino, ni con anterioridad al proceso de selección ni durante el transcurso del mismo. Todos los candidatos han de pasar por idénticos dos filtros: Primero, por la acreditación previa por la ANECA y segundo, durante el proceso de selección las pruebas han de realizarse con escrupuloso cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

(54) RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación inversa e igualdad», cit. p. 89.

(55) De los admitidos en *Harvard*, un 25,4% son asiático-americanos, un 14,8% afroamericanos y un 12,4% hispanos. Consúltese MONGE, Y., «Un juez falla a favor de la discriminación positiva que aplica Harvard», 2 de octubre de 2019 (disponible en https://elpais.com/sociedad/2019/10/01/actualidad/1569964285_554079.html) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019). En 1978 la *Supreme Court* ya mantuvo en *Bakke v. University of California-Davis* que la raza puede ser tenida en cuenta como uno de los criterios utilizados para admitir el ingreso de estudiantes en las universidades; consúltese al respecto GLAZER-RAYMO, J., «Gender Equality in the American Research University: Renewing the Agenda for Women's Rights», *Women, Universities and Change: Gender Equality in the European Union and The United States*, in *Issues in Higher Education*, Danowitz Sagaria, M. A. (ed.), Palgrave Macmillan, USA, 2007, p. 164. El argumento de la diversidad es uno de los que más suelen esgrimir las universidades norteamericanas para justificar las acciones afirmativas relativas a la raza; sobre ello SANDEL, M. J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, traducción de CAMPOS GÓMEZ, J. P., Barcelona, 2011, pp. 194 y ss.

La problemática en EEUU sobre las medidas consistentes en acciones positivas difiere mucho de la europea. Tales medidas aparecen años antes en EEUU y siempre ligadas a la lucha contra la discriminación por la raza, frente a España (y a Europa en general), en que la problemática se ha centrado desde el inicio en la discriminación por razón del sexo y, en especial, en el ámbito laboral, tanto en el sector público como privado. Por otra parte, la construcción teórica para este tipo de medidas en los ordenamientos europeos gira en torno a la inclusión en los textos constitucionales, aunque por supuesto con matices en cada ordenamiento, de un mandato expreso a los poderes públicos para la consecución de la igualdad real entre personas y grupos, que no existe, sin embargo, en EEUU. En este último

Profundizo, a continuación, para examinar si podrían incluirse en la universidad española criterios diferentes al mérito y a la capacidad en una segunda fase, en el alcance del límite para el acceso a la función pública previsto en el artículo 23.2 CE. Este precepto, al señalar que los ciudadanos «tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes», recoge dos derechos fundamentales distintos: el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los puestos de carácter funcional y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos. El TC ha restringido el derecho a acceder a las funciones públicas a aquellas que se ejercen por medio de una relación de servicios con la Administración de carácter estatutario. Por tanto, quedan fuera los servicios que se desarrollen en el ámbito de las

país la construcción teórica se ha llevado a cabo a través de las decisiones de la *Supreme Court* a partir de la cláusula de protección igual (*equal protection clause*) que establece la Decimocuarta Enmienda (véase KANOVITZ, J. R., *Constitutional Law*, 13 th edition, Elsevier, USA, 2012, p. 508). Así, en España contamos con el artículo 9.2 CE, que no solo habla de «remoción» de obstáculos que impidan la igualdad y la libertad sino también de «promoción» de las condiciones para que aquellas sean reales y efectivas. Aunque la expresión de «promover» es más intensa que la mera idea de «remover» obstáculos, en todo caso parece claro que este precepto ha de concebirse como un medio de legitimación de una acción de los poderes públicos dirigida al logro de la igualdad material, que sustenta, por tanto, las medidas positivas que éstos pueden adoptar, pero no como la fuente de un derecho subjetivo que permita a los ciudadanos exigir tales medidas al Estado. En este sentido FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «Comentario al artículo 9.2 CE», cit. p. 171. En Italia, el artículo 3.2 del texto constitucional ordena la supresión de los obstáculos socio-económicos que limitan de modo fáctico la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Señala OLIVA, R., «Verso la parità: le donne nelle carriere pubbliche. Il lavoro delle donne e la Costituzione italiana», *La Camera Blu*, Università di Napoli Federico II, 2013, p. 179, que en el ordenamiento italiano no se ha llegado aun a la paridad sustantiva entre hombre y mujer en el ámbito profesional y que permanece todavía, como tarea, la concreción plena del artículo 3.2 de la Constitución italiana. Más extensamente, sobre la misma idea, GARIBALDI JALLET, J., «Las mujeres en la Constitución italiana», *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 125-135. Por último, la Ley Fundamental de Bonn es mucho más incisiva, en cuanto el párrafo 3.2, introducido en la reforma constitucional de 1994, alude de modo expreso a los términos «hombre» y «mujer», apuntando, en su inciso primero, que los hombres y las mujeres gozan de iguales derechos y, en su inciso segundo, que el Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de los derechos de hombres y mujeres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. Es objeto de discusión en Alemania el alcance del precepto, tanto a nivel jurídico como político, pero lo que parece indudable es que no confiere un derecho subjetivo individual a las mujeres para exigir al Estado una acción positiva. En particular, el precepto no especifica concretas medidas a adoptar por el Estado, y se ha cuestionado si permite la introducción de cuotas. Mientras que un análisis literal, sistemático y funcional del precepto apenas proporciona una guía para dar una respuesta a dicha cuestión, los debates constitucionales sobre el borrador del precepto apuntan hacia la negativa a la admisibilidad de las cuotas. La inclusión de una propuesta compensatoria de las desventajas sufridas por el colectivo minusvalorado que se hizo en el momento de aprobación del mismo, que hubiera autorizado la inclusión de las medidas de discriminación inversa en el precepto, fue rechazada por el sector conservador. Y los proponentes de la cláusula acordaron el rechazo porque entendieron que la letra de la ley era suficientemente amplia como para permitir tales medidas. Extensamente sobre ello PETERS, A., *Women, quotas and Constitutions. A comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German, European Community and International Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, pp. 160 y ss. (esp. 178-192). Parece que los tribunales y la doctrina mayoritaria, en todo caso, consideran las cuotas como una excepción al principio de igualdad de trato que exige un escrutinio estricto de proporcionalidad. Véase SELANEC, G./SENDEN, L., *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, including on Company Boards*, *European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality*, European Commission, Justice, September 2011, p. 90.

Administraciones Públicas por medio de un contrato laboral, o los que se desarrollen en tal ámbito por medio de cualquier otra forma contractual (56).

El derecho del 23.2 CE es puramente reaccional, ya que de él no deriva derecho sustantivo alguno a la ocupación de cargos ni a desempeñar funciones determinadas, sino que solo otorga a los ciudadanos un conjunto de garantías respecto a los procesos de acceso a la función pública. Dentro de las garantías que rigen *ex ante*, es decir, en el momento de la adopción de los requisitos de acceso a la función pública, cabe destacar, por una parte, la predeterminación normativa del procedimiento de acceso como garantía del principio de igualdad y, por otra parte, la igualdad material en las normas que regulen los procedimientos selectivos (57).

Por medio de la predeterminación normativa queda garantizado que sea la ley la que establezca con carácter general los requisitos de acceso al empleo público, o de promoción interna e integración en organismos diferentes, de modo que así se evita que la Administración pueda pedir requisitos diferentes de los previstos con carácter general por la ley —o por el reglamento que los desarrolle— e introducir con ello diferencias que rompan el criterio igualitario existente en la norma general (58). Por su parte, la exigencia de igualdad material en la ley significa que las normas reguladoras de los procedimientos de selección para el acceso a las funciones públicas han de garantizar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad cuando se accede a las mismas, de modo que han de prohibirse los requisitos de acceso de carácter discriminatorio, o que incluyan referencias individualizadas o *ad personam* (59). El artículo 23.2 CE no prohíbe toda desigualdad de trato, sino aquella en que la diferencia que se halla en la norma no posea una justificación objetiva y razonable y resulta desproporcionada.

La jurisprudencia constitucional ha señalado, como una garantía de la citada igualdad material derivada del artículo 23.2 CE, que los requisitos de acceso se refieran a los principios de mérito y de capacidad, porque, aunque esta exigencia viene explicitada en el artículo 103.3 CE y no en el artículo 23.2 CE, una interpretación sistemática del texto constitucional conduce a afirmar que del artículo 23.2 CE se deduce la obligación de «no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pueden considerarse violatorios del principio de igualdad todos aquellos que sin esa referencia, establezcan una diferencia entre ciudadanos» [en este sentido, entre otros pronunciamientos, el FJ 5.º de la STC (Peno) de 1 de marzo de 2012 (60), el FJ 4.º de la STC 37/2004 de 11 de marzo (61) y el FJ 6.b de la STC 138/2000 de 29 de mayo (62)]. La razón para ello es asegurarse de que los

(56) En este sentido, con cita de las sentencias concretas, BELADÍEZ ROJO, M., «El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 CE)», *Justicia Administrativa*, núm. 45, octubre de 2009, p. 7.

(57) Consúltese en este sentido el FJ 8.º de la STC (Peno) de 19 de noviembre de 2015 (RTC 2015/236), que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cuarenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra la Ley 1/2011 de 17 de febrero de reordenación del sector público de Andalucía.

(58) Véase la nota anterior.

(59) Sobre ello BELADÍEZ ROJO, M., «El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (artículo 23.2 CE)», cit. p. 11.

(60) RTC 2012/27.

(61) RTC 2004/37.

(62) RTC 2000/138.

procedimientos de selección van a tener realmente como objeto la elección de los candidatos con más méritos y capacidades, generándose con ello un criterio igualitario (63).

El artículo 23.2 CE no solo opera en el momento inicial de acceder a la función pública, sino que incide sobre toda la relación funcionarial, esto es, también en el desarrollo o promoción de la carrera administrativa. Ahora bien, este derecho no juega con la misma intensidad en las hipótesis de acceso a la función pública que en los posteriores momentos a tal ingreso [STC 156/1998 de 13 de julio (64)].

Así, la exigencia de que los criterios estén vinculados solo a los méritos y a la capacidad no se aplica con la misma fuerza en los procedimientos de selección para el acceso como personal estatutario de la Administración Pública que en los procedimientos de selección de provisión de puesto de trabajo entre quienes ya han ingresado en la función pública y, por consiguiente, ya han podido acreditar el mérito y la capacidad en ese momento previo (65). Por eso, únicamente en estos últimos procedimientos cabría introducir otros criterios que no guarden relación con los méritos y la capacidad, siempre que ello sea en virtud de la tutela de otros bienes constitucionales (en este sentido la STC 156/1998 de 13 de julio, que reitera doctrina constitucional anterior (66); o bien la STC 236/2015 de 19 de noviem-

(63) Consúltese BELADÍEZ ROJO, M., «Comentario al artículo 23.2 CE. El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas», *Comentarios a la CE 1978*, XL aniversario, tomo I, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M./Casas Baamonde, M. E. (dirs.) y Pérez Manzano, M./Borrajó Iniesta (coords.) y Arnaldo Alcubilla/Remón Peñalver (eds.), Fundación Wolters Kluwer-BOE-TC-Ministerio de Justicia, 2018, p. 716. Ello ha de completarse con la idea de que la exigencia del mérito y de la capacidad como los únicos que han de regir el acceso a la función pública constituye un elemento esencial del carácter profesional de la función pública y garantía de la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Así, los empleados públicos no pueden ser nombrados por razones de confianza política y no pueden ser cesados por la pérdida de confianza de los gobernantes. Véase sobre ello SÁNCHEZ MORÓN, M., «Comentario al artículo 103 de la Constitución», *Comentarios a la CE 1978*, XL aniversario, tomo II, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M./Casas Baamonde, M. E. (dirs.) y Pérez Manzano, M./Borrajó Iniesta (coords.) y Arnaldo Alcubilla/Remón Peñalver (eds.), Fundación Wolters Kluwer-BOE-TC-Ministerio de Justicia, 2018, p. 467.

(64) RTC 1998/156. El FJ 3.º señala literalmente que «De igual modo conviene señalar que este Tribunal viene reiterando que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública es un derecho que actúa no solo en el momento de acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcionarial y por ello se ha afirmado que este derecho resulta también aplicable a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/1983 [RTC 1983/75], 15/1988 [RTC 1988/15], 47/1989 [RTC 1989/47], 192/1991 [RTC 1991/192], 200/1991 [RTC 1991/200], 293/1993 [RTC 1993/293], 365/1993 [RTC 1993/365] y 87/1996 [RTC 1996/87]). No obstante, también se ha sostenido que el rigor con el que operan los principios constitucionales que se deducen de este derecho fundamental (el acceso en condiciones de igualdad a la función pública –art. 23.2 CE– de acuerdo con los principios de mérito y de capacidad –art. 103.3 CE) no es lo mismo según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la carrera administrativa (...). En el mismo sentido se pronuncia la posterior y ya citada STC (Pleno) de 19 de noviembre de 2015 (FJ 8.º). En la doctrina consúltese BELADÍEZ ROJO, M., «El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 CE)», cit. p. 9.

(65) Así, BELADÍEZ ROJO, M., «Comentario al artículo 23.2 CE. El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas», cit. p. 716.

(66) De nuevo en el FJ 3.º se afirma: «(...) en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido en condiciones de igualdad a la función pública –y, por tanto, que ya han acreditado el mérito y la capacidad– cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales (SSTC 192/1991, 200/1991, 293/1993 y 87/1996)».

bre FJ 8). Esta inclusión de criterios distintos, por consiguiente y para ser compatibles con el derecho fundamental garantizado en el artículo 23.2 CE (en conexión con el artículo 103.3 CE), solo puede justificarse en la protección de otros bienes constitucionales y no puede consistir en la introducción de discriminaciones personales constitucionalmente prohibidas (67).

Veamos, a continuación, dos ejemplos, muy ilustrativos para la cuestión objeto del presente trabajo, en los que la introducción de criterios diferentes al mérito y a la capacidad tiene su razón de ser en la protección de determinados bienes constitucionales. Los bienes constitucionales tutelados son, en tales ejemplos, la autoorganización de la propia función pública por parte de una entidad perteneciente a la Administración (STC 156/1998 de 13 de julio), o la protección de la familia, que está, a su vez, vinculado en el caso concreto con el mandato constitucional a las Administraciones Públicas de prestación de los servicios públicos con eficacia (STC 192/1991 de 14 de octubre). La introducción de criterios distintos al mérito y a la capacidad permite, en estos casos, que pueda preferirse al final a un candidato que tenga una puntuación inferior en cuanto a méritos y capacidad pero que reúna la condición exigida por el nuevo criterio incluido.

1) El primer ejemplo es la sentencia antes ya aludida, STC 156/1998 de 13 de julio. Los hechos son los siguientes: El recurrente en amparo es un Agente Forestal del Estado que se presenta a un concurso, convocado por Orden de la Consejería de la Presidencia de 4 de mayo de 1993 de la Comunidad de Castilla-La Mancha, para la provisión de puestos de trabajo vacantes, que se habían reservado a funcionarios del Cuerpo de Guardería Forestal de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. El concurso se resuelve por Orden de 13 de diciembre de 1993 y el recurrente es excluido en cuanto no posee la condición de funcionario del citado cuerpo. El recurrente interpone recurso contencioso-administrativo, que es desestimado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 22 de septiembre de 1995. Presenta con posterioridad recurso de amparo alegando que, al excluirle del concurso por ser Agente Forestal de la Administración del Estado, se lesiona su derecho a la igualdad (art. 14 CE) y su derecho al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), en cuanto no había justificación para que los puestos de trabajo para cuya provisión se había convocado el concurso se reservaran para los funcionarios del Cuerpo de la Guardería Forestal de Castilla-La Mancha.

El TC considera que «el acto administrativo por el que se excluyó al ahora recurrente del concurso para la provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Guardería Forestal de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por no tener la condición de funcionario de esta Administración Autónoma no vulnera el artículo 23.2 CE». Esta decisión de reservar expresamente el desempeño de estos puestos de trabajo a los funcionarios pertenecientes al citado cuerpo «constituye una manifestación del ejercicio de las competencias que en materia de organización de su propia función pública corresponde a esta Comunidad Autónoma». Y dicha organización de su propia función pública, según el TC, es «es un bien constitucionalmente protegible

(67) SÁNCHEZ MORÓN, M, «Comentario al artículo 103 de la Constitución», cit. p. 468.

y por ello no puede considerarse que la reserva que efectúen las relaciones de puestos de trabajo a Cuerpos de funcionarios propios y específicos de esa Administración sea contraria al artículo 23.2 CE».

Continúa señalando que «El reconocimiento constitucional de la autonomía de los diversos entes territoriales que configuran el Estado conlleva que estas entidades tengan su propia Administración Pública y, consecuentemente, las competencias necesarias en materia de autoorganización. De ahí que este Tribunal haya venido afirmando que las Administraciones Públicas disfrutan de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar, o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatus del personal a su servicio (SSTC 57/1990 [RTC 1990/57], 293/1993 y 9/1995 [RTC 1995/9]). En el caso de las Comunidades Autónomas, que es el supuesto que ahora interesa, este principio de autoorganización tiene además un respaldo constitucional expreso en los arts. 147.2.c), 148.1.1. CE y los concordantes de los Estatutos de Autonomía –en este caso el artículo 31.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, por lo que, sin perjuicio de que tengan que respetar la legislación básica en esta materia (art. 149.1.18), deben reconocérseles competencias para organizar su propia Administración Pública, lo que implica reconocerles también competencias en materia de organización de su propia función pública» (68).

Se trata de una argumentación que podría ser trasladable, en los casos de promoción a la función pública (no en los de ingreso a ella), al caso de una Universidad, de modo que la introducción de criterios relativos a la estructura de su plantilla, que sean distintos al mérito y la capacidad, no supondría una vulneración del artículo 23.2 CE si ello se estimara como concreción de sus competencias en materia de organización de su función pública, que es un bien constitucional en sí mismo objeto de tutela. Dicha autoorganización, en el supuesto concreto de una Universidad, tiene su cobertura en el precepto constitucional que garantiza la autonomía universitaria (art. 27.10 CE) y en los artículos correspondientes de la LOU, que le otorgan competencia en la selección del profesorado. Es un planteamiento que, como puede comprobarse, tiene un cierto eco en la argumentación de la STS, 3.ª, de 16 de octubre de 2019, antes ya analizada.

2) El segundo ejemplo es la STC 192/1991 de 14 de octubre (69). La recurrente, de estado civil soltera, debido a la adjudicación de una plaza de Auxiliar de Enfermería en Institución Cerrada de Badajoz a otra persona, impugna tal adjudicación por su ilegalidad, en cuanto resultado de la aplicación del denominado «derecho de consorte», recogido en el artículo 114.3 del Estatuto de Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social según la redacción dada por la Orden Ministerial de 5 de abril de 1986 (70). Alega la recurrente que la previsión y aplicación de dicho derecho de consorte vulnera el artículo 14 CE. Interpone, posteriormente, recurso contencioso-administrativo, que es desestimado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial

(68) Consúltese el FJ 4.º

(69) RTC 1991/192.

(70) «El personal sujeto a este Estatuto tendrá derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo igual o similar al que venga desempeñando, si existiera plaza vacante en la localidad en que resida su cónyuge. Este derecho se podrá ejercitar con ocasión de provisión de vacantes, permaneciendo en situación de expectativa de destino hasta que se pueda ocupar la plaza correspondiente».

de Cáceres. Frente a la resolución administrativa de adjudicación de la plaza y la posterior sentencia que la declara conforme a derecho, la recurrente interpone recurso de amparo alegando que «la preferencia absoluta que la norma otorga al turno de traslado por consorte en los concursos de provisión de vacantes, haciendo prevalecer un determinado estado civil –el de casado– en el supuesto de residencia en localidades distintas de los cónyuges, frente a otros estados civiles y situaciones familiares y frente a otras condiciones de estricto carácter funcional o laboral, como por ejemplo, la antigüedad en el desempeño de la función u otras relacionadas con la capacidad y el mérito, vulnera el principio de igualdad». Mantiene el Tribunal Constitucional que la cuestión central es, pues, si la desigualdad de trato que implica el criterio del «derecho de consorte» es lesiva, no ya tanto del principio de igualdad en general (artículo 14 CE), cuanto del artículo 23.2 CE en la medida en que se está, en el caso concreto, ante un específico y singular trato otorgado a determinadas personas en el ámbito del ejercicio de funciones públicas en sentido amplio.

Según el TC «(...) La desigualdad que en orden a la provisión de vacantes mediante concurso introduce la norma cuestionada se apoya, en efecto, en un derecho específico que encuentra plena justificación y razonabilidad desde la consideración de otros bienes jurídicos, como es la familia, cuya protección social, económica y jurídica debe ser asegurada por los Poderes Públicos (art. 39.1 CE), lo que, entre otras manifestaciones, comporta el que éstos favorezcan, eliminando trabas, el cumplimiento del deber de convivencia al que se refiere el artículo 68 del Código Civil». Complementa su argumentación de la protección del bien constitucional de la familia con otra afirmación: «E incluso esa justificación y razonabilidad se aprecia, también, teniendo presente el propio mandato constitucional al que están sujetas las Administraciones Públicas de proceder con eficacia en la prestación de los servicios públicos (art. 103.1 CE), lo que legitima la adopción de aquellas medidas que tiendan precisamente a que el personal al servicio de las Administraciones Públicas se encuentre en las mejores condiciones para el desarrollo de la actividad propia de su cargo» (71).

En el caso de una Universidad, de modo análogo, ¿podría considerarse que, en la convocatoria pública y concurso de acceso a plaza de cátedra, la concesión de una determinada puntuación a las candidatas femeninas en virtud de un criterio de género, que concorra junto a otra puntuación por criterios de mérito y capacidad, encuentra justificación en la protección de otro bien constitucional como es la igualdad real y efectiva de las personas y de los grupos en cuanto mandato a los poderes públicos en virtud del artículo 9.2 CE, y que luego se concreta en los artículos 51 a) de la LO 3/2007 («[Las Administraciones Públicas (...) deberán] [re] mover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional») y 26 de dicha ley («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»)?

La introducción por una Universidad de un baremo en la convocatoria pública y concurso de acceso a una plaza de cátedra, formado por una puntuación adicional

(71) FJ 4.º

extra por la condición de mujer, junto a otra puntuación por méritos y capacidad, no equivaldría necesariamente a una concesión automática de la plaza a la candidata femenina. Un elemento a analizar, de cara a la proporcionalidad de la medida y de la magnitud del daño que ésta podría implicar en el derecho de promoción en condiciones de igualdad de mérito y capacidad sería, por supuesto, el porcentaje que supondría en el total de puntos la consideración del género. Pero qué duda cabe de que, con un sistema semejante, podría darse el resultado de que la candidata mujer llegara a ser seleccionada con una puntuación inferior al candidato o candidatos varones respecto a los estrictos puntos por mérito y capacidad. Una medida con semejante resultado, si bien podría tener apoyo en la doctrina constitucional antes analizada, que admite en la promoción a la función pública la introducción de criterios distintos al mérito y a la capacidad siempre que sea para la tutela de otro bien constitucional (que en este caso sería la igualdad real y efectiva de los colectivos fácticamente en desventaja), parece difícilmente conciliable, hoy por hoy, con una ya muy antigua doctrina mantenida por el TJCE. Como se verá en el epígrafe siguiente, en el ámbito de la Administración Pública tal tribunal ha estimado válidas solo aquellas medidas de discriminación positiva que partan, para establecer la preferencia de la mujer, de la igualdad de méritos entre los candidatos de distinto sexo. Indudablemente una medida consistente en una puntuación extra por el hecho de ser mujer, que permita la obtención de una plaza incluso si aquella tiene una puntuación inferior en cuanto a los estrictos puntos por méritos y capacidad que los otros candidatos, podría estimarse que no supera el juicio de necesidad si existe otro medio para satisfacer la igualdad real de las mujeres igualmente eficaz y menos limitativo del artículo 23.2 CE, como así puede ocurrir con las medidas de desempate, que analizo en el epígrafe siguiente. Otra cosa distinta es que quepa cuestionar si dichas medidas de desempate están siendo realmente eficaces en la actualidad para lograr dicho objetivo.

2. Segundo tipo de medidas: Medidas de desempate

El segundo tipo de medidas de discriminación positiva serían las denominadas medidas de desempate, o también cuotas flexibles. Tales medidas adjudican el bien escaso al miembro del grupo fácticamente en desventaja siempre que exista una igualdad o equiparación de méritos con los otros candidatos (72).

Un ejemplo próximo se encuentra también en la Universidad Autónoma de Madrid, en particular en el acuerdo 5/CG de 11 de julio de 2019 por el que se aprueba la convocatoria de promociones a profesores titulares y catedráticos de Universidad (73). De nuevo el acuerdo afecta solo a una primera fase de convocatoria de un procedimiento para identificar áreas y departamentos a los que serán asignadas las plazas de profesor titular y de catedrático de Universidad contempladas en la Oferta de Empleo Público de 2019 de la UAM. En concreto, cuando se deba dirimir entre dos o más áreas de conocimiento/departamentos que tengan pro-

(72) Un problema que puede plantearse es el significado de la igualdad de méritos. La igualdad de cualificación habría que entenderla como una cualificación de igual valor, pero no idéntica en todos los detalles.

(73) Publicado en el número 6 del *Boletín Oficial de la Universidad Autónoma de Madrid (BOUAM)* de 26 de julio de 2019, pp. 1 y ss.

fesores en los que la puntuación final coincide, se señalan una serie de criterios de carácter correlativo, de modo que el primero que entrará en juego es la priorización de la candidatura conectada con una profesora en los términos establecidos por la LO 3/2007. En defecto de este criterio entrarán en juego los siguientes previstos. La medida de desempate de la UAM incluida en el acuerdo funciona, pues, de modo automático en favor de las candidatas femeninas.

Este tipo de medidas de desempate en principio serían perfectamente acordes al criterio constitucional de la selección meritocrática y no habría lesión del artículo 23.2 CE, en cuanto garantizan que el candidato elegido está entre los sujetos más cualificados. Esto es, funcionan una vez que los candidatos han demostrado poseer igual nivel de méritos. Ahora bien, se ha apuntado el peligro de que tales medidas, si funcionan con carácter automático en favor del candidato miembro del grupo fácticamente en desventaja, puedan obviar las circunstancias concretas del candidato preterido en cuanto éste no posee el sexo favorecido y que, quizás, haya debido afrontar en su trayectoria situaciones mucho más complicadas que el candidato que finalmente sale elegido en atención al sexo (74). Es decir, se ha argumentado que estas cuotas flexibles podrían llegar a convertirse en una clase de cuotas rígidas. De ahí que se sugiera la conveniencia de incluir en tal tipo de medidas cláusulas de apertura que mitiguen el posible peligro antes enunciado. Así se atenuará la posibilidad de que puedan ser rechazadas por falta de proporcionalidad, en cuanto que, con tal adjudicación automática y sin atención al análisis de circunstancias individuales de los candidatos, puedan provocar un daño excesivo al sujeto preterido al no tomar en consideración el conjunto de circunstancias.

Esta clase de medidas, con la inclusión de las citadas cláusulas de apertura, son las únicas conformes con la actual doctrina del TJCE (75). Dicho tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones, hace ya tiempo, sobre tal conformidad y ha elaborado una doctrina restrictiva respecto a la materia analizada. Para el TJCE una normativa nacional no sobrepasa los límites del derecho comunitario

(74) En este sentido MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites*, cit. p. 47.

(75) En el Derecho originario vigente de la UE está presente, desde luego, el objetivo de eliminación de las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres y aquel contiene, además, determinados preceptos que, especialmente, abren las puertas a las acciones estatales positivas, tanto si se habla de medidas moderadas como de medidas de discriminación inversa. Así, en primer lugar, el artículo 157. 4 (antiguo art. 141.4 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la UE: «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». Por su parte, en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 12 de diciembre de 2007 interesa en este sentido citar el artículo 23, relativo a la Igualdad entre mujeres y hombres, según el cual «La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

La UE ha tenido una mayor sensibilización hacia la necesidad de establecer instrumentos para conseguir la igualdad real entre hombre y mujer, en particular, desde la primera década de los años ochenta, coincidiendo con la puesta en marcha de un Programa de Acción de la Comunidad para la promoción de la igualdad de oportunidades de las mujeres (1982-1985) orientado a la política hacia el empleo femenino, al que siguieron otros programas. Sobre ello consúltese McCrudden, C., «The Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the light of European Requirements», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 3, otoño 1993, pp. 353 ss.

si garantiza que, a igualdad de méritos y en ámbitos en los cuales la mujer está infrarrepresentada, puedan tenerse en cuenta los criterios individuales relativos a la persona de los candidatos y no se otorgue preferencia a la mujer cuando alguno de los criterios que concurren en los candidatos del sexo masculino inclinen la balanza hacia este último. Por tanto, son válidas las medidas que impliquen una preferencia en favor de las mujeres siempre que no supongan una exclusión automática de los hombres.

Esta doctrina se deduce de varias sentencias, en concreto, su punto de partida está en el caso *Marschall* (76), que profundiza en lo establecido en el inicial asunto *Kalanke* (77). En concreto, en este último caso el TJCE subraya que «Los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama» (78). *Kalanke* parece oponerse, pues, a la adopción de reglas de preferencia absolutas, incondicionales y automáticas a favor de las mujeres (79).

(76) STJCE (Pleno) Caso *Hellmut Marschall* contra *Westfalen*. Sentencia 11 de noviembre de 1997 (TJCE 1997/236).

(77) STJCE (Pleno) Caso *Eckhard Kalanke* contra *Freie Hansestadt Bremen*. Sentencia 17 de octubre de 1995 (TJCE 1995/172).

(78) La sentencia alude, cuando hace referencia a la normativa nacional, al artículo 4 de la *Landesgleichstellungsgesetz* de 20 de noviembre de 1990, ley del *Land* de *Bremen* relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública. El citado artículo 4 señalaba que en los ascensos a la función pública tendrían preferencia las mujeres frente a los varones con la misma capacitación, en aquellos ámbitos en que aquellas estén infrarrepresentadas (en concreto, cuando en la categoría de personal de un determinado servicio las mujeres no cubrieran, al menos, la mitad de los puestos). En este caso concreto el conflicto surge entre dos ingenieros, uno del sexo masculino (*Kalanke*) y otro del femenino (*Glissman*), que concurrían como candidatos para el puesto de jefe de sección del servicio de parques y jardines de la ciudad alemana de *Bremen*. En virtud de la aplicación de la citada norma, se adjudicó la plaza a la mujer, y *Kalanke* impugnó la decisión manteniendo su capacitación superior y la contrariedad del sistema de cuotas con la Constitución alemana.

(79) RUIZ MIGUEL, A., «La discriminación inversa y el caso *Kalanke*», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, p. 135, lleva a cabo, sin embargo, una crítica de la doctrina sostenida en *Kalanke*. A su juicio, las cuotas rígidas son aquellas que señalan un porcentaje de puestos a obtener con independencia del mérito de las personas afectadas por las medidas. Pero este no era el caso de la sentencia, ya que no cabe hablar de preferencia absoluta o incondicional cuando la preferencia por las mujeres queda sujeta a dos condiciones fuertes, como son la igualdad de capacitación y la existencia de una infrarrepresentación en el sector laboral correspondiente. En supuestos como el de *Kalanke* no hay un sistema de cuotas rígidas en cuanto reserva de un puesto con independencia de la mejor cualificación. Todo lo más, en su opinión el sistema de *Kalanke* es equiparable al otorgamiento de un punto extra para la mujer que, en igualdad de condiciones, opta por una plaza en un sector en el que hay infrarrepresentación. En idéntico sentido que el anterior autor se pronuncia MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites*, cit. p. 75.

En la sentencia *Marschall*, dictada después de *Kalanke*, de 11 de noviembre de 1997, se subraya el medio por el que debe, en estos casos, evitarse el automatismo en la adjudicación del bien a una mujer, que no es otro que mediante una cláusula de apertura a través de la cual la Administración pueda disponer de un margen de apreciación que le permita examinar todos los factores que puedan concurrir en la persona de los candidatos. Señala esta sentencia que: «A diferencia de lo que ocurría con la normativa examinada en la Sentencia *Kalanke*, una normativa nacional que (...) contiene una cláusula de apertura no sobrepasa esos límites si, en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que los candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato del sexo masculino. No obstante, debe recordarse a este respecto, que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas» (ap. 33) (80). Esta sentencia apunta, pues, una vía intermedia: es válido el tratamiento preferente a las mujeres siempre que no lleve consigo una exclusión automática de los varones (81). Tras *Marschall* el TJCE dicta los asuntos *Badeck* (82) y *Abrahamsson* (83), que siguen la misma línea de pensamiento. En particular, tres de

(80) Para el TJCE los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la entonces vigente Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 no se oponen al artículo 25.5 de la *Beamtengesetz*, también referida al ámbito de la función pública, al disponer ésta que «Cuando, en el sector del organismo competente en el que debe producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor».

(81) MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites*, cit. p. 82, explica, con razón, que es perfectamente compatible el pronunciamiento de *Kalanke* con el de *Marschall*, en cuanto el segundo se limita a profundizar en el primero, señalándose en *Marschall* el medio para evitar el automatismo prohibido en *Kalanke*. Lo que parece evidente también es que ninguno de los modelos a los que se refieren las leyes de ambos casos son modelos de reserva de plazas (o cuotas rígidas) a favor de las mujeres, con independencia de los méritos.

(82) STJCE (Pleno) Caso *George Badeck* y otros contra *Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*. Sentencia de 28 de marzo de 2000 (TJCE 2000/56). De nuevo en Alemania, la cuestión prejudicial se plantea a propósito de un procedimiento de control de legalidad de las normas del *Land* de *Hesse* sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. El TJCE considera que la normativa comunitaria era compatible con la legislación alemana que prevé que «(...) en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos (...)».

(83) STJCE (Sala Sexta). Caso *Katarina Abrahamsson y Anderson* contra *Elisabet Fogelqvist*. Sentencia de 6 de julio de 2000 (TJCE 2000/166). El caso aborda un proceso de selección de un profesor universitario de máxima categoría que acaba con el nombramiento por la Universidad de *Göteborg* de una mujer en aplicación de la normativa nacional sueca, la cual admitía otorgar preferencia a un candidato del sexo infrarrepresentado que, teniendo la cualificación mínima suficiente, no alcanzara una cualificación igual al de un candidato del sexo opuesto, con la sola condición de que la diferencia entre los méritos de los candidatos no sea tan relevante como para lesionar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos. En este sentido el caso difiere de los anteriormente aludidos, en cuanto *Kalanke*, *Marschall* y *Badeck* se referían a candidatos con la misma capacitación. El tribunal entiende

los casos, como puede verse, se refieren a normativas alemanas de los Länder que incluyen medidas de preferencia para las mujeres en el sector público (84).

En la legislación autonómica española cabe encontrar algunos ejemplos de este tipo de cuotas flexibles, acordes con la jurisprudencia comunitaria, en la regulación del acceso y la promoción en el empleo público. Así, la Ley vasca 4/2005 de 18 de febrero para la igualdad de mujeres y hombres, cuyo artículo 20 (Medidas para eliminar desigualdades y promover la igualdad) señala en su párrafo 4.º que «Sin perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, las normas que regulen los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público deben incluir: a) Una cláusula por la que, en caso de existir igualdad de capacitación, se dé prioridad a las mujeres en aquellos cuerpos, escalas, niveles y categorías de la Administración en los que la representación de éstas sea inferior al 40%, salvo que concurren en el otro candidato motivos que, no siendo discriminatorios por razón de sexo, justifiquen la no aplicación de la medida, como la pertenencia a otros colectivos con especiales dificultades para el acceso y promoción en el empleo».

Otra muestra es el artículo 49 (Actuaciones especiales en caso de infrarrepresentación) del Decreto Legislativo 2/2015 de 12 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, que prevé: «1 Cuando en un determinado cuerpo, escala, grupo o categoría de la Administración pública gallega se verificara la infrarrepresentación del sexo femenino, en la oferta de empleo público se establecerá que, de existir méritos iguales entre dos o más personas candidatas, serán admitidas las mujeres, salvo si considerando objetivamente todas las circunstancias concurrentes en las personas candidatas de ambos sexos existen motivos no discriminatorios para preferir al hombre. 2. Se entiende, a estos efectos, la existencia de infrarrepresentación cuando en el cuerpo, escala, grupo o categoría exista una dife-

que la normativa nacional no es válida a la luz de la entonces vigente Directiva 76/207/CEE. Subraya que dicha directiva permite la selección del representante del sexo infrarrepresentado siempre que «los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos».

(84) La mayoría de las normativas de los Länder en Alemania prevén algunas medidas relativas a cuotas en el sector público. Por ello ha existido un gran debate acerca de su constitucionalidad como un medio para conseguir la igualdad de género. Las más frecuentes son las que establecen cuotas flexibles. Tal polémica se suscita por la existencia del parágrafo 33.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que establece el derecho de los ciudadanos a acceder a un empleo público en condiciones de igualdad según sus méritos y aptitudes. Se ha sostenido que tal precepto tiene dos funciones: busca asegurar la garantía de la eficiencia de la Administración y protege a los candidatos individuales contra la discriminación (PETERS, A., *Women, Quotas and Constitutions*, cit. p. 193). Existe un cierto consenso según el cual tal precepto permitiría las medidas de género menos intrusivas, por tanto, quedarían prohibidas las cuotas que dan preferencia a mujeres que no poseen una cualificación igual a sus competidores. Las cuotas deben requerir igual cualificación. Consúltase RODRÍGUEZ RUIZ, B./SACKSOFSKY, U., «Gender in the German Constitution», *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Baynes, B./Rubio-Marín, R. (ed.), Cambridge University Press, 2005, pp. 156-158. Véase también la *Gesetz für die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Unternehmen und Gerichten des Bundes* de 24 de abril de 2015 (BGBl. IS. 642,643), modificada, a su vez, por el artículo 3 de la Ley de 26 de diciembre de 2016 (BGBl. IS. 3191), que contiene medidas de preferencia a favor de la mujer en la contratación y promoción profesional, siempre que se respete la igualdad de méritos en aquellos ámbitos en los que estén infrarrepresentadas, salvo que haya razones legales para la protección de un candidato del otro sexo [párrafos 1(2) y 8 (1)].

rencia porcentual de, por lo menos, veinte puntos entre el número de mujeres y el número de hombres».

Cabe realizar dos interpretaciones muy diversas respecto de la doctrina mantenida, hasta el momento, por el TJCE en los pronunciamientos antes citados. Muy crítica se muestra, por una parte, Emilia Casas Baamonde (85), en cuanto tal doctrina, a su juicio, equivale a una vuelta a las categorías del igualitarismo formal. En su opinión, con ella se ha desactivado la finalidad inicial pretendida con estas medidas positivas, en cuanto estaban dirigidas a establecer desigualdades de hecho en favor de las mujeres para lograr la igualdad real y se ha retornado a la mera política originaria de no discriminación de las mismas. Por consiguiente, la consecuencia que cabe extraer de las sentencias del TJCE es que no son conformes a derecho las políticas nacionales que incluyen medidas que prevean, sin más, una preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en el acceso al trabajo o en su promoción profesional, al obligarse a la inclusión en dichas normativas nacionales de cuotas con «cláusulas de apertura para los hombres». Es decir, la objeción planteada desde este sector doctrinal es que al final un sistema de cuotas con cláusula de apertura no constituye una medida eficaz para garantizar el logro de la igualdad real de las mujeres.

No obstante, también puede hacerse otra lectura muy diferente de la doctrina contenida en estas decisiones judiciales, esta vez en clave positiva, al posibilitarse con la misma por parte del TJCE el reconocimiento del derecho a la diferencia con gran amplitud. Y se hace, curiosamente, en casos de inclusión de medidas de discriminación positiva a favor del sexo femenino, permitiendo que pueda favorecerse, en última instancia, a un candidato del grupo que no ha sido históricamente discriminado (86). Así, desde esta segunda lectura, tales normas dejan un margen al aplicador del derecho (ya sea el juez, ya la administración) que permite llegar a la solución más justa para el caso concreto. Ahora bien, ello abre al problema de la discrecionalidad en la aplicación del derecho (87).

Se ha advertido del peligro de abusos por parte del sujeto o de la entidad que vaya a aplicar la cláusula de apertura, ya que no debería emplearse para sobrevalorar criterios tradicionales que llevarían a decantarse, con relativa frecuencia, por la adjudicación del bien escaso al varón (88). De este modo se ha apuntado que la función de las mujeres en los comités de selección jugará un papel fundamental a efectos de ejercer un control sobre la correcta aplicación de la cláusula (89). Es preciso ser cauteloso porque la atención a determinados criterios profesionales, formulados

(85) «Igualdad y no discriminación de las mujeres por sexo y género: el lenguaje de los derechos», *El vértice de los sistemas judiciales*, González Alonso, A./Oubiña Barbolla, S. (dirs. y eds.), Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 22, UAM- BOE, 2018, pp. 40-41.

(86) En este sentido se pronuncia, refiriéndose, en concreto, a *Kalanke* DÍEZ SASTRE, S., *El precedente administrativo*, cit. p. 367.

(87) DÍEZ SASTRE, S., *El precedente administrativo*, cit. p. 365.

(88) MARTÍN VIDA, M. A.: *Fundamento y límites*, cit. p. 82. Señala, como ejemplo, el criterio de la antigüedad.

(89) Un buen ejemplo en este sentido es el artículo 20.4.ºb) de la Ley del País Vasco 4/2005 de 18 de febrero para la igualdad de mujeres y hombres, que prevé que las normas que regulen los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción del empleo público deben incluir «Una cláusula por la que se garantice en los tribunales de selección una representación equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuada».

de forma neutra, podrían incluso perjudicar a las mujeres (90). Por otra parte, cabe plantearse, en un sistema de acceso o promoción a la función pública, qué tipo de circunstancias habrían de tenerse en cuenta para decantar la balanza hacia uno de los candidatos, sobre todo considerando que solo deberían requerirse en principio criterios relativos al mérito y a la capacidad, por tanto, profesionales. Es cierto que ciertas circunstancias familiares o personales, siempre y cuando fueran establecidas de antemano y pudieran acreditarse de forma objetiva, podrían tenerse en cuenta, excepcionalmente, al guardar una relación estrecha con los méritos profesionales. Así, por ejemplo, una excedencia por el cuidado de hijos o familiares o una incapacidad temporal durante el embarazo (91). Aunque algunas de estas circunstancias pueden estar vinculadas necesariamente a las mujeres (como ocurre con el embarazo), no siempre será así. Otra cosa es que, si se observan estadísticas, se deduzcan de ellas una proporción mayor de excedencias por cuidado de hijos o familiares por parte de mujeres, pero ello solo es prueba evidente de que hoy en día son las mujeres las que *de facto* asumen mayoritariamente la responsabilidad en las tareas domésticas y en el cuidado de ascendientes o descendientes.

3. Tercer tipo de medidas: Cuotas rígidas

El tercer tipo de medidas serían las denominadas cuotas rígidas, también llamadas reserva de plazas o medidas de discriminación inversa en estado puro. Suelen consistir en una preferencia automática del miembro del colectivo infrarrepresentado por su condición de tal, a través de cuotas reservadas, para la obtención de bienes escasos e indivisibles de la sociedad. Y ello, incluso, si su cualificación es menor que la de miembros del colectivo dominante, aunque es cierto que suele requerirse una cualificación mínima necesaria para poder acceder a la plaza o puesto de trabajo (92).

(90) En este sentido ciertas normativas incluyen un control de los criterios, como ocurre con el artículo 47 (Control de las ofertas de empleo público) del Decreto Legislativo 2/2015 de 12 de febrero por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad: «Con anterioridad a cualquier oferta de empleo público se analizará si los requisitos exigidos a las personas aspirantes determinan –todos o alguno– un perjuicio para las mujeres o para un colectivo predominantemente femenino, y, si es así, se realizarán valoraciones técnicas a cargo de personal especializado de las plazas de funcionarios y funcionarias y/o de los puestos de trabajadores y trabajadoras con la finalidad de comprobar si esos requisitos son absolutamente necesarios para el desarrollo de las funciones. Si no lo fueran, serán eliminados en la oferta pública de empleo».

(91) En este sentido muy interesantes son el tipo de previsiones contenidas en el artículo 51 (Promoción del ejercicio de derechos de conciliación), dentro del acceso y promoción del empleo público, del Decreto Legislativo 2/2015 de 12 de febrero de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, citado en la nota anterior: «Cuando las pruebas de promoción interna comprendan la valoración de méritos de los candidatos y candidatas se establecerá a favor de los mismos que, sean mujeres o sean hombres, estén utilizando o hubieran utilizado, en los últimos cinco años, una licencia de maternidad, un permiso de paternidad, una reducción de jornada o una excedencia para el cuidado de familiares, una puntuación específica que se graduará en función del tiempo utilizado en el ejercicio de esos derechos». Ciertas circunstancias de este tipo se han incluido a la hora tener en cuenta la fecha límite temporal a partir la cual debían presentarse los méritos del CV de los Investigadores principales en los Proyectos nacionales de I+D+i de la convocatoria de 2019 (disponible en http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ayudas/PE_2017_2020/PE_Orientada_Retos_Sociedad/FICHEROS/Proyectos_IDI_Retos_Investigacion/RESOLUCION_CONVOCATORIA_PROYECTOS_IDI_2019.pdf). Véase, en concreto, la página 15.

(92) MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites*, cit. p. 48.

Un ejemplo reciente de este tipo de discriminación positiva se halla en la Universidad Técnica de *Eindhoven* en Holanda. Así, durante un año y medio tal Universidad solo contratará mujeres en todas las categorías científicas. Con la medida, que entra en vigor el 1 de julio de 2019, se espera llegar a que un 20 % de las cátedras sean ocupadas por mujeres en el año 2020. El Rectorado también pretende lograr que un 25 % de los puestos de profesor titular y un 35 % de los profesores asistentes estén cubiertos por mujeres. Según el programa de la Universidad, en caso de que, durante el año y medio de aplicación de la medida, surja un candidato varón cuya cualificación sea extraordinaria, se constituirá una comisión adicional y podrán realizarse excepciones. Si transcurrido el plazo de tiempo señalado no se ha encontrado una buena candidata femenina para el puesto de trabajo, el periodo de inscripción se reabrirá, aunque ya fuera del programa especial. En este último caso será preciso que haya en las listas objeto de evaluación nombres tanto femeninos como masculinos. El Rector de la Universidad, especialista en biomecánica, *Frank Baaijens*, ha explicado que «Se sabe desde hace mucho tiempo que una fuerza de trabajo diversa da mejores resultados, es más creativa y facilita la innovación, y le damos mucha importancia a la igualdad de oportunidades» (93). Pero realmente en este supuesto concreto, más que ante una igualdad de oportunidades, se está ante una igualdad de resultados.

Como puede apreciarse, en este tipo de medidas de discriminación inversa hay un trato verdaderamente privilegiado, en que la pertenencia al grupo femenino es el único factor a tener en cuenta en el proceso de selección de los candidatos (94). En el ordenamiento español y, al menos en el caso del acceso y promoción a la función pública, la cuota rígida del 100 % del ejemplo holandés difícilmente podría superar el test de constitucionalidad; sin duda, vulneraría el artículo 23.2 en relación con el 103.3 CE, en cuanto ella obvia por completo el mérito y la capacidad. Tal fórmula no sería proporcional en la medida en que implicaría un daño excesivo a los

(93) FERRER, I., «La Universidad holandesa que solo contratará mujeres», 5 de julio de 2019 (disponible en https://elpais.com/elpais/2019/07/03/ciencia/1562140283_687546.html) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019).

(94) El 9 de agosto de 2002 se aprobó en Austria una nueva ley de Universidades (*Universitätsgesetz*), dirigida a proporcionar una plena autonomía a las mismas (<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20002128>). Esta ley prevé que todas las universidades deben incluir un plan de acciones positivas. En particular, la *Vienna University of Economics and Business Administration* (WU), segunda más grande del país, aprobó un plan de acciones positivas (*Frauenförderungsplan*) en 2004. Este plan incluye como objetivo el logro de iguales condiciones de hombres y mujeres en la investigación, docencia, aprendizaje y desarrollo personal, prestando especial atención a la distribución de recursos. Entre los objetivos está la supresión de la infrarrepresentación de las mujeres en todos los sectores. El éxito de esta política, en cuanto a contratación, se halla en manos de los catedráticos en su calidad de directores de los departamentos en cuanto los órganos de dirección de la Universidad prevén incentivos, tales como dotación presupuestaria, para incrementar la concienciación y estimular a los departamentos para contratar y promocionar mujeres. Esta medida ha sido muy criticada, pero ha sido muy efectiva. Se objeta que la contratación y la promoción deberían estar basadas más en la cualificación profesional que en el género. Sobre ello SPORN, B., «University Adaption and Gender Equality: A Case Study of the Vienna University of Economics and Business Administration», *Women, Universities and Change. Gender Equality in the European Union and the United States*, in *Issues in Higher Education*, Danovitz Sagaria, M. A. (ed.), Palgrave MacMillan, USA, 2007, pp. 83-84. En similar línea la Fundación de la Ciencia Holandesa ha diseñado un programa para estimular y apoyar las carreras académicas de las mujeres financiando económicamente a las Universidades que promocionan las carreras de su personal femenino en la plantilla. Véase SELANEC, G./SENDEN, L., *Positive Action Measures*, cit. p. 27.

miembros del grupo mayoritario: este tipo de instrumentos no solo impiden que los miembros de tal grupo no puedan obtener ciertos beneficios reservados a los colectivos minusvalorados, sino que conducen a que aquellos pierdan los bienes sociales indivisibles y escasos que hubieran podido alcanzar si no se hubiera tomado en cuenta, únicamente, el rasgo determinado de los competidores en el proceso de selección (95). Desde el punto de vista de la jurisprudencia comunitaria remito a lo ya analizado en el apartado 3 (*Segundo tipo de medidas: medidas de desempate*); es decir, no se consideran válidos los instrumentos que establecen una preferencia automática, incondicional y absoluta por el hecho de ser mujer, prescindiendo de la igualdad de méritos entre dos competidores de distinto sexo.

Desde ciertos sectores se ha defendido la validez de ciertas cuotas rígidas, siempre y cuando tengan en cuenta otro tipo de factores o criterios, como la diferencia en el mérito o la flexibilidad temporal de la cuota (96). Por tanto, desde tal posición podría llegar a admitirse, incluso, la descrita cuota de la universidad holandesa al ser de aplicación temporal (durante un año y medio) y dejar la puerta abierta a diferencias en la capacidad (se harían excepciones con varones con expedientes extraordinarios). Igualmente, desde sectores favorables a este tipo de medidas se ha sostenido que las mismas han de ser muy cautas con la proporción numérica que fijan para no resultar claramente desproporcionadas en virtud del resultado cualitativo que pretenden alcanzar. Así, para evitar ser discriminatorias, dichas cuotas deberían establecerse en función de la proporción de mujeres que hay, no en el conjunto de la población, sino entre las personas que poseen la cualificación exigida en el ámbito concreto donde pretenda implantarse la medida. Si, por ejemplo, solo un 20 % de la plantilla son mujeres con cualificación suficiente para acceder a los puestos ofrecidos, la cuota únicamente habría de ser de un 20 %. Es decir, que por cada cuatro hombres que consigan el puesto de trabajo una mujer lo logre. Además de requerirse que sea una cuota cuantitativamente adecuada, habría que complementar la misma con otros instrumentos eficaces (como ayudas para formación, reparto de cargas familiares) que posibiliten que, con el transcurso del tiempo, la paridad sea una realidad (97).

Las cuotas rígidas podrían provocar con mayor facilidad que otras clases de medidas de discriminación inversa una serie de consecuencias negativas, que se han calificado como objeciones sociológicas. Así, dentro de un primer grupo de objeciones, cabe enumerar la hostilidad frente al grupo favorecido y la estigmatización de los sujetos beneficiados con ellas, conduciendo con tales medidas a fines distintos a los pretendidos inicialmente. Un segundo grupo de objeciones se centran en el nacimiento de sentimientos de falta de autoestima y de inferioridad en el grupo favorecido y en la posible reducción de la eficacia de los servicios en cuanto se favorece con estas medidas a quienes no sean los más competentes (98).

(95) GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit. pp. 77-78.

(96) ESQUEMBRE VALDÉS, M., *Fundamentos de la discriminación positiva en Europa y en España*, cit. pp. 59 y 63.

(97) En este sentido MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites*, cit. pp. 85-86.

(98) Una explicación detallada de las objeciones sociológicas en general para todas las medidas de discriminación inversa en RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación inversa e igualdad», p. 84. Puntualiza este autor (cit. p. 85) que no puede mantenerse con carácter generalizado que toda medida de discriminación inversa y en cualquier circunstancia vaya a provocar consecuencias tan negativas. El hecho de que este tipo de medidas puedan llevar consigo peligros reales simplemente ha de entenderse

Otra objeción del mismo carácter sociológico de las anteriores es el argumento denominado «pendiente resbaladiza», ya que una vez abiertas estas medidas a un grupo, cabe preguntarse por qué no se abren a otros (99). En este sentido se ha argumentado cómo, frente al colectivo de las mujeres y en relación con las personas con discapacidad, la sociedad española parece haber interiorizado perfectamente la medida legal consistente en la reserva obligatoria de puestos para éstas últimas tanto en la empresa pública como privada, y en ningún momento se ha apuntado que con tal medida se esté discriminando a las personas sin discapacidad (100).

En relación con las medidas de discriminación inversa respecto a las personas con discapacidad, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado a favor de las mismas en su sentencia 269/1994 de 3 de octubre (101). Por Orden de 17 de julio de 1989 de la Consejería de la Presidencia del Gobierno Autónomo de Canarias se habían convocado pruebas selectivas para cubrir 189 plazas, correspondiendo 94 plazas al turno restringido y 95 plazas al turno libre. En las bases de la convocatoria se había fijado una reserva de seis plazas para personas con un 33 por 100 de minusvalía física, psíquica o sensorial, con la condición de la superación de las pruebas selectivas en igualdad de condiciones con el resto de aspirantes. El sistema de las pruebas era el de concurso-oposición. Las plazas acrecerían a las restantes del turno libre si no se cubrían por personas que reunieran las condiciones exigidas, y para la asignación de las plazas reservadas se seguiría el orden de puntuación resultante de la suma de la calificación conseguida en la fase de oposición y en la del concurso.

Una vez terminadas las pruebas, el 27 de marzo de 1990 se publicó la relación de las personas seleccionadas, obteniendo la recurrente en amparo una puntuación de 6,34 puntos, que le hacían ocupar el puesto 189 de la lista total. En el puesto 195 se encontraba D. José S. N., que había superado las pruebas con una puntuación superior a 5 (6,07), pero quedó fuera de las plazas ofertadas. Ya habiendo tomado posesión la demandante de la plaza de funcionaria de carrera, la propuesta del tribunal calificador fue impugnada por D. José ante la Dirección General de la Función Pública del Gobierno Autónomo de Canarias, alegando que sufría una minusvalía

como un indicativo de que no son «una panacea universal de infalible eficacia» y que, por tanto, han de «calibrarse con precaución y aplicarse con mesura, seguramente solo en sectores estratégicos o especialmente importantes y con cierto carácter excepcional y provisional, esto es, en tanto la situación de desigualdad mejora».

(99) RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación inversa e igualdad», cit. p. 84.

(100) ASÍ, ROMERO RÓDENAS, M. J., «La mujer en la universidad: un grupo históricamente discriminado», *The Conversation*, 07/07/2019 (disponible en <https://theconversation.com/la-mujer-en-la-universidad-un-grupo-historicamente-discriminado-119792>) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019). Sostiene MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites*, cit. p. 175, que no puede equipararse el caso de las personas con discapacidad al de las mujeres. La razón que da es que, frente a lo que sucede con el primer colectivo, no concurre en el caso de las mujeres el requisito de la justificación razonable para la adopción de la medida, puesto que no se acredita por medio de la estadística que haya una situación discriminatoria de éstas en el acceso a la función pública con carácter general, sino todo lo contrario. Podrían considerarse excepciones, sin embargo, los supuestos en que hay sectores infrarrepresentados por mujeres en los niveles superiores de la Administración, o bien cuando se trata de puestos a los que se accede, no por pruebas objetivas, sino mediante decisiones discrecionales de los órganos superiores.

(101) RTC1994/269.

sensorial del 33 por 100 y la existencia de una reserva de seis plazas del turno libre para personas con esta circunstancia. Por Resolución de 25 de junio de 1990 la citada Dirección General estimó su recurso, nombrándole para cubrir la plaza y dejando sin ella a la recurrente en amparo.

La actora alegaba que la Resolución de la Dirección General de la Función Pública de Canarias de 25 de junio de 1990 y las dos sentencias, que desestimaron su posterior demanda (sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 3 de diciembre de 1990 y sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1993), vulneran los artículos 14, 23.2, 9 y 103 CE. A su juicio, la diferenciación de trato introducida al dar preferencia a otro aspirante para ocupar la plaza no posee una justificación objetiva y razonable y provoca la lesión del artículo 14 CE. Es decir, el trato era discriminatorio porque se basaba en una condición personal (la discapacidad) que colocaba en peor situación a aquellas personas que, habiendo obtenido puntuaciones superiores, no tenían ningún tipo de discapacidad. Además, afirma que, aunque el trato no fuera discriminatorio, se vulnera el principio de igualdad en el acceso a la función pública en virtud del mérito y de la capacidad para beneficiar a un colectivo marginal, que igualmente podría extenderse a otros, como los parados, drogadictos, alcohólicos y de baja renta. El TC desestima su recurso de amparo.

En cuanto al primer argumento, mantiene el TC que «(...) la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con grandes problemas de acceso al trabajo, aplicada por la Comunidad Autónoma de Canarias, no vulnera el artículo 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1)» (102).

En segundo lugar, el TC, tras concluir que la medida no es discriminatoria, valora el argumento de la posible vulneración del mérito y de la capacidad por aquella. El artículo 23.2 CE no impide al legislador la disposición de un amplio margen de libertad a la hora de regular las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tendrán en cuenta, pero señala una serie de límites. Por una parte, límites positivos, por los que el legislador debe fijar requisitos de acceso a la función pública que obedezcan de modo exclusivo al mérito y a la capacidad. Y desde el lado negativo, que prohíbe que el acceso a la función pública se lleve a cabo en términos concretos e individualizados. Concluye el TC que en este supuesto concreto no hay tal traspaso de límites, ya que «Los candidatos que podían optar a las plazas reservadas no fueron eximidos de acreditar su aptitud, superando las pruebas, y, sobre esta base común, el acceso de éstos a las plazas tuvo lugar por riguroso orden de puntuación». Por ello se garantiza la tutela de la eficacia administrativa en la gestión de los intereses generales (103).

David Giménez Gluck (104) subraya, con razón, las dudas que suscita esta sentencia en relación con la adecuación de la medida adoptada al principio de mérito y de capacidad en el acceso a la función pública reconocido en los artícu-

(102) FJ 4.º

(103) FJ 5.º

(104) *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 316 y nota de pie de p. 444.

los 23.2 y 103.3 CE. A su juicio, es claro que con una reserva de plazas no se restringe de manera total el acceso a la función pública de los demás, pero subraya que el TC debió haber apuntado con mayor claridad que se estaba introduciendo un criterio de selección –la discapacidad- que en nada coincide con la concepción del mérito y de la capacidad, tal y como éstos han venido entendiéndose por la jurisprudencia constitucional. De este modo, cuando se fijan cuotas de mujeres o de minorías, se está favoreciendo el acceso de los beneficiados a un puesto de trabajo o a una plaza por la posesión de un rasgo –la condición de mujer o la pertenencia a una raza, por ejemplo-, que no posee relación directa con las aptitudes demostradas para el puesto. Ello lleva consigo un daño al perjudicado que habrá que valorar, dentro del principio de proporcionalidad, si es compensado con la bondad del fin a lograr: la igualdad material de los colectivos o individuos beneficiados (105).

En el caso de las personas con discapacidad, hoy hay ya un refrendo legal para tal medida en el Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En particular, se prevé en el artículo 42 una cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, señalando el párrafo primero que «Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad (...)». Sobre todo, es de particular interés para la temática del presente trabajo el párrafo 2.º del precepto, que señala que «En las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia».

Una manifestación clara en el ámbito universitario de este segundo párrafo del artículo 42 es el ya citado Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Autónoma de Madrid de 11 de julio de 2019, por el que se aprueba la Convocatoria de Promociones a Profesores Titulares y Catedráticos de Universidad. En concreto, se convoca el procedimiento para identificar áreas y departamentos a los que serán asignadas las plazas de profesor titular de universidad contempladas en la Oferta de Empleo Público de 2019 de la UAM. Se sigue la Recomendación de la CRUE

(105) Esta sentencia aparentemente parece admitir una medida de discriminación inversa. Lo pone en duda GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit. p. 204, porque, en primer lugar, tal interpretación conduciría a tener que concluir también la constitucionalidad de medidas similares beneficiosas de mujeres y minorías étnicas. En los tres casos se está ante grupos desfavorecidos caracterizados por la posesión de un rasgo transparente e inmodificable que, además, constituye una cláusula específica de no discriminación. Pero en ningún momento se refiere la sentencia a esta extensión a otros colectivos. Segundo, una medida de discriminación inversa no puede declararse constitucional con una argumentación tan parca como la que apunta la sentencia. Nada exige el TC acerca de la acreditación con estadísticas de la discriminación real actual de este grupo en el ámbito en el que se adopta, de la adecuada proporcionalidad entre el bien social causado por la medida y el perjuicio producido a quien no es discapacitado y, por tanto, nada se afirma acerca de la necesaria ponderación entre el derecho a la igualdad formal en virtud del mérito y la finalidad constitucional de la igualdad sustancial de las personas con discapacidad. Todo parece indicar, según este autor, que el TC no tenía muy clara la naturaleza jurídica de la cuota que estaba permitiendo. A su juicio, se trataba más de una medida de igualación que de una medida de discriminación positiva. Las medidas de igualación positiva están dirigidas a compensar la desigualdad material con la que las personas con discapacidad, en cuanto individuos, afrontan la lucha social. Por el contrario, otro tipo de medidas, como las de discriminación inversa, poseen como objetivo la lucha contra la desigualdad material de los colectivos fácticamente infrarrepresentados.

de 9 de mayo de 2017 para el establecimiento de una reserva de plazas de personal docente e investigador a favor de personas con discapacidad en virtud de lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público (106). Así, en el acuerdo de la UAM, de las 25 plazas que se sacan para cada categoría de profesor (titular y catedrático), se reserva 1 plaza para personas con discapacidad en cada caso.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, C., «No hay ventaja para las profesoras en la sentencia del Tribunal Supremo», 3 de noviembre de 2019 (disponible en <http://agendapublica.elpais.com/no-hay-ventaja-para-las-profesoras-en-la-sentencia-del-tribunal-supremo/>) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019).
- ALONSO SÁNCHEZ, M. J., «Las académicas. Profesorado universitario y género», *Revista de Educación*, núm. 328, 2002, pp. 465 y ss.
- BARRERE UNZUETA, M. A., «Igualdad y «discriminación positiva»: un esbozo de análisis teórico-conceptual», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 2003, 27 pp.
- BELADÍEZ ROJO, M., «El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 CE)», *Justicia Administrativa*, núm. 45, octubre de 2009, pp. 5 y ss. y «Comentario al artículo 23.2 CE. El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas», *Comentarios a la CE 1978*, XL aniversario, tomo I, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M./Casas Baamonde, M. E. (dirs.) y Pérez Manzano, M./Borrajo Iniesta (coords.) y Arnaldo Alcubilla/Remón Peñalver (eds.), Fundación Wolters Kluwer-BOE-TC-Ministerio de Justicia, 2018, pp. 702 y ss.
- CASAS BAAMONDE, M. E., «Igualdad y no discriminación de las mujeres por sexo y género: el lenguaje de los derechos», *El vértice de los sistemas judiciales*, González Alonso, A./Oubiña Barbolla, S. (dir. y ed.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22, UAMBOE, 2018, pp. 25 y ss.
- CERVILLA, P., «La maternidad castiga a la mujer docente en la universidad más que al hombre», *ABC*, 28 de julio de 2019 (disponible en https://www.abc.es/sociedad/abci-maternidad-castiga-mujer-docente-universidad-mas-hombre-201907280223_noticia.html) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019).
- CRUI (Conferenza dei Rettori delle Università Italiane), *Linee guida per il Bilancio di Genere negli Atenei italiani*, Fondazione CRUI, Roma, 2019.

(106) El artículo 59 del citado Estatuto señala que: «1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.

La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

2. Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad».

- COMISIÓN EUROPEA, *She Figures 2018* (disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/she-figures-2018_en).
- DESDENTADO DAROCA, E., «Reflexiones sobre la selección y promoción del profesorado universitario desde la perspectiva de la igualdad de género», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, X, 2017, pp. 339 y ss.
- DÍEZ SASTRE, S., *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.
- ESQUEMBRE VALDÉS, M., *Fundamentos de la discriminación positiva en Europa y en España, en especial en la Administración Pública*, Proyecto Equal Concepción Arenal, Agencia Local de Desarrollo Económico y Social de Alicante, 2004.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «Comentario al artículo 9.2 CE», *Comentarios a la CE 1978*, XL aniversario, tomo I, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M./Casas Baamonde, M. E. (dirs.) y Perez Manzano, M./Borrajo Iniesta (coords.) y Arnaldo Alcubilla/Remón Peñalver (eds.), Fundación Wolters Kluwer-BOE-TC-Ministerio de Justicia, 2018, pp. 164 y ss.
- FERRER, I., «La Universidad holandesa que solo contratará mujeres», 5 de julio de 2019 (disponible en https://elpais.com/elpais/2019/07/03/ciencia/1562140283_687546.html) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019).
- GARIBALDI JALLET, J., «Las mujeres en la Constitución italiana», *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 113 y ss.
- GARMENDIA, C., Presentación al Libro Blanco *Situación de las mujeres en la Ciencia Española*, Ministerio de Ciencia e Innovación, 2011 (disponible en http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ministerio/FICHEROS/UMYC/LibroBlanco_Interactivo.pdf).
- GIMÉNEZ GLUCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, y *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GLAZER-RAYMO, J., «Gender Equality in the American Research University: Renewing the Agenda for Women's Rights», *Women, Universities and Change: Gender Equality in the European Union and The United States*, in *Issues in Higher Education*, Danowitz Sagaria, M. A. (ed.), Palgrave Macmillan, USA, 2007, pp. 161 y ss.
- HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «El interés objetivo en la nueva casación contencioso-administrativa», *El vértice los sistemas judiciales*, González Alonso, A./Oubiña Barboilla, S. (dirs. y eds.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22, UAMBOE, 2018, pp. 355 y ss.
- KANOVITZ, J. R., *Constitutional Law*, 13 th edition, Elsevier, USA, 2012.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 91, 2007, pp. 3 y ss.
- MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 2003.
- McCRUDDEN, C., «The Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the light of European Requirements», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 3, otoño 1993, pp. 320 y ss.
- MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES (ed.), *Científicas en Cifras 2017. Estadísticas e indicadores de la (des)igualdad de género en la formación y profesión científica*, Puy Rodríguez, A. (coord.), Madrid, 2018 (disponible en http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ministerio/FICHEROS/UMYC/Cientificas_cifras_2017.pdf).
- MOSS-RACUSIN, C./DOVIDIO, J. F./BRESROLL, V. L./GRAHAM, M. J./HANDELSMAN, J., «Science faculty's subtle gender biases favor male students», *PINAS*, october 9 2012, vol. 109, núm. 41, pp. 16474 ss (www.pnas.org/cgi/doi/10.10731/pnas.1211286109).

- OLIVA, R., «Verso la parità: le donne nelle carriere pubbliche. Il lavoro delle donne e la Costituzione italiana», *La Camera Blu*, Università di Napoli Federico II, 2013, pp. 178 y ss.
- PETERS, A., *Women, quotas and Constitutions. A comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German, European Community and International Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, pp. 160 y ss.
- RADAY, F.: «Article 4», *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women. A Commentary*, Freeman, M. A. et al. (ed.), Oxford University Press, 2012, pp. 123 y ss.
- REES, T., «Pushing the Gender Equality Agenda Forward in the European Union», *Women, Universities and Change. Gender Equality in the European Union and the United States*, in *Issues in Higher Education*, Danovitz Sagaria, M. A. (ed.), Palgrave MacMillan, USA, 2007, pp. 7 y ss.
- SELANEC, G./SENDEN, L., *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, including on Company Boards*, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission, Justice, september 2011.
- ROJO TORRECILLA, E., «El lento camino hacia la igualdad en la Universidad Española. Disputas sobre los criterios de creación de cátedras en la Universidad Autónoma de Madrid. Notas a la sentencia del TS (C-A) de 16 de octubre de 2019», 27 de octubre de 2019 (disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/el-lento-camino-hacia-la-igualdad-en-la.html>) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019).
- REY MARTÍNEZ, F., «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 100, septiembre-diciembre de 2017, pp. 125 y ss., y «La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, Kalanke)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996, pp. 309 y ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B./SACKSOFSKY, U., «Gender in the German Constitution», *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Baynes, B./Rubio-Marín, R. (ed.), Cambridge University Press, 2005.
- ROMERO RODENAS, M. J., «La mujer en la universidad: un grupo históricamente discriminado», *The Conversation*, 7 de julio de 2019 (disponible en <https://theconversation.com/la-mujer-en-la-universidad-un-grupo-historicamente-discriminado-119792>) (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019).
- RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación inversa e igualdad», *El concepto de igualdad*, Valcárcel, A. (coord.), Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 77 y ss., y «La discriminación inversa y el caso Kalanke», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, pp. 123 y ss.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M., «Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales», *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Sánchez González, S. (coord.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 30 y ss.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «Comentario al artículo 103 de la Constitución», *Comentarios a la CE 1978, XL aniversario*, tomo II, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M./Casas Baamonde, M. E. (dirs.) y Pérez Manzano, M./Borrajo Iniesta (coords.) y Arnaldo Alcubilla/Remón Peñalver (eds.), Fundación Wolters Kluwer-BOE-TC-Ministerio de Justicia, 2018, pp.452 y ss.
- SANDEL, M. J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, traducción de Campos Gómez, J. P., Barcelona, 2011.
- SPORN, B., «University Adaption and Gender Equality: A Case Study of the Vienna University of Economics and Business Administration», *Women, Universities and Change. Gender Equality in the European Union and the United States*, in *Issues in Higher Education*, Danovitz Sagaria, M. A. (ed.), Palgrave MacMillan, USA, 2007, pp. 73 y ss.

- TORRES MURO, I./ARZOZ SANTISTEBAN, X.: «Comentario al artículo 27.10 CE. La autonomía de las universidades», *Comentarios a la CE 1978*, XL aniversario, tomo I, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M./Casas Baamonde, M. E. (dirs.) y Pérez Manzano, M./Borrajó Iniesta (coords.) y Arnaldo Alcubilla/Remón Peñalver (eds.), Fundación Wolters Kluwer-BOE-TC-Ministerio de Justicia, 2018, pp. 1003 y ss.
- UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, *Segundo Plan de Igualdad 2015-2018* (disponible en file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/II_plan_igualdad_oct_15_preview.pdf).
- VAN DER LEE, R./ELLMERS, N., «Gender contributes to personal research funding success in the Netherlands», *PINAS*, october 6 2015, vol. 112, núm. 40, pp. 12349 y ss. (www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1510159112).