

CUOTAS Y PREFERENCIAS

Francisco Velasco Caballero
Catedrático de Derecho administrativo
Instituto de Derecho Local
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-1055-3939

RESUMEN: Muchos ordenamientos jurídicos favorecen la presencia de determinados grupos o categorías sociales en órganos o entidades públicos: en sus parlamentos o en sus Administraciones públicas. A veces, la presencia institucional de estos grupos se articula mediante cuotas y criterios de preferencia en la composición o estructura interna de aquellos órganos o entidades. Esta es una nota característica de las “sociedades complejas”, en las que distintos grupos o categorías sociales pugnan por su reconocimiento, por el Estado y por el Derecho. Aunque la cuotas y preferencias son muy diversas, en este estudio se parte de la premisa metodológica de que es posible un análisis teórico general de todas ellas. De este análisis no deriva, como hipotética consecuencia dogmática, que todas las cuotas y preferencias tengan un significado jurídico único. Se propone, más bien, que el significado jurídico de cada cuota o preferencia resulta de la mayor o menor presencia de uno de estos cuatro valores o principios constitucionales: igualdad (arts. 1, 9.2 y 14 CE), democraticidad (art. 1.1 CE), eficacia administrativa (art. 103.1 CE); y mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3 CE). Partiendo de la distinta relevancia de estos cuatro valores o principios constitucionales respecto de cada cuota o preferencia, resulta posible también un estudio analítico sobre los elementos definitorios de todas las cuotas y preferencias, a saber: el grupo beneficiado; el órgano o entidad que soporta la cuota o preferencia; el tipo de cuota o preferencia; y sus efectos jurídicos.

PALABRAS CLAVE: derecho de igualdad; mérito y capacidad en la función pública; acción positiva; cuotas; discriminación inversa.

ABSTRACT: Many legal systems favor the presence of certain social groups in public bodies or public entities: in their parliaments or in their public administration. Sometimes, the institutional presence of these groups is achieved through quotas and preference criteria in the composition or internal structure of those bodies or entities. This is a characteristic feature of “complex societies”, in which

different groups or social categories seek the recognition of the State and the Law. Although the quotas and preferences are very diverse, this article considers that a general theoretical analysis of all of them is possible. It does not mean, as a hypothetical dogmatic consequence, that all quotas and preferences have the same legal meaning. Rather, it is proposed that the legal meaning of each quota or preference results from the greater or lesser presence of one of these four constitutional values or principles: equality (arts. 1, 9.2 and 14 of the Constitution, CE), democracy (art. 1.1 CE), administrative efficiency (art. 103.1 CE); and merit and capacity to access to civil service (art. 103.3 CE). Considering the different relevance of these four values or constitutional principles with respect to each quota or preference, it is also feasible to define the constituent elements with which all quotas and preferences are built, namely: the favored group; the body or entity that supports the quota or preference; the type of quota or preference; and its legal effects.

KEYWORDS: right to equal treatment; merit and capacity in public office; affirmative action; quotes; reverse discrimination.

SUMARIO: 1. Planteamiento.— 2. Acotación empírica y fenomenológica.— 3. Coordinadas constitucionales de las cuotas y preferencias: 3.1. Igualdad: 3.1.1. Igualdad y grupos beneficiados; 3.1.2. Igualdad y grupos perjudicados; 3.2. Representatividad; 3.3. Mérito y capacidad en el acceso al empleo público; 3.4. Eficacia administrativa.— 4. Estructura técnica de las cuotas y preferencias; 4.1. El grupo beneficiado; 4.2. Órgano o entidad que soporta la cuota; 4.3. Tipo de cuota o preferencia; 4.4. Consecuencias jurídicas de las cuotas. —5. Conclusiones.— 6. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO¹

1. En nuestro tiempo, muchos ordenamientos jurídicos favorecen la presencia de determinados grupos o categorías sociales en órganos o entidades públicas y pri-

¹ Abreviaturas y acrónimos: BGleIG: Bundesgleichgesetz; BVerwGE: Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung; CE: Constitución Española; CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos; EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público; GG: Grundgesetz; HambGleIG: Hamburgisches Gleichgesetz; LBRL: Ley reguladora de las Bases del Régimen Local; LGDPD: Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social; LOI: Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; US: United States of America; USC: United States Code.

El presente estudio fue presentado el 3 de abril de 2024 en el Seminario Interuniversitario de Investigación que coordina la profesora Sofia Simou (UAM). Tras la discusión en el seminario se corrigieron varios aspectos del texto inicial (fundamentalmente, se modificó la parte introductoria del artículo, para informar con más precisión sobre el significado jurídico de las cuotas y referencias; y se enmendó la explicación referida a la relación entre las leyes de igualación y el derecho fundamental a la igualdad).

En el proceso de evaluación por pares en la RDPTM, el artículo recibió dos extensos, detallados y excelentes informes de evaluadores anónimos, que de nuevo determinaron numerosas modificaciones en el texto del artículo (en especial, en relación con la jurisprudencia antidiscriminatoria norteamericana y con la legislación de discapacidad española). A todos los colegas que han leído y propuesto correcciones al artículo agradezco su interés y dedicación.

En fase de revisión de pruebas se ha aprobado la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. Esta ley contiene preceptos relevantes en relación con las cuotas por sexo en órganos constitucionales y de relevancia constitucional. Ello

vadas en sus órganos constitucionales: en los consejos de dirección de sus sociedades mercantiles, en sus parlamentos, o en sus Administraciones públicas. A veces, esta presencia se articula mediante *cuotas, reservas o criterios de preferencia* en la composición o estructura interna de aquellos órganos o entidades. En este estudio me voy a centrar en las cuotas, reservas o preferencias en *órganos públicos*, aunque algunas de las cuestiones que aquí se abordan tienen correspondencia en el ámbito privado (fundamentalmente, en el ámbito empresarial). Así, mediante la Ley Orgánica 2/2024, se ha dado una nueva redacción al art. 529 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), que ahora exige composición equilibrada de mujeres y hombres en el consejo de administración de las sociedades cotizadas.

2. En España son bien conocidas las cuotas en las *listas electorales* para promover una mayor presencia de las mujeres en los parlamentos y plenos municipales (*infra* § 20). La reciente Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, también ha fijado (arts. 2 a 6) cuotas mínimas (del 40 por 100 para cada sexo) en la composición de órganos constitucionales y de relevancia constitucional (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Gobierno, Consejo de Estado, Consejo Fiscal y Tribunal de Cuentas). La misma ley orgánica ha impuesto también el principio de “representación equilibrada” (esto es, reserva del 40 por 100 de puestos para cada uno de los dos sexos) para los cargos de secretario/a de Estado de cada ministerio (nuevo art. 55 bis de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: LRJSP) y para los cargos directivos del sector público institucional estatal (nuevo art. 88 bis LRJSP). También conocemos preferencias y reservas de plazas *en el empleo público*, a favor de mujeres (*infra* § 21), personas con discapacidad (*infra* § 23) y personas transexuales (*infra* § 22). En algunas comunidades autónomas se favorece el acceso al empleo público de los *hablantes de lenguas propias oficiales* (*infra* § 19). Fuera de nuestras fronteras se conocen, además de las cuotas y reservas presentes en España, otras que favorecen a determinados grupos *étnicos, raciales y religiosos*.

3. Aunque en el lenguaje común se habla de “cuotas” de género o sexo, étnicas o a favor de personas con discapacidad, el lenguaje normativo normalmente no utiliza aquel término. Sí utiliza en cambio, con igual significado, el término “reserva”. En ambos casos se alude a que en la composición de un órgano o entidad debe haber un número o porcentaje de personas de un determinado grupo social. Las concretas personas que ocupan esa cuota o reserva pueden ser elegidas en procesos electorales o pueden ser seleccionadas por sus méritos y capacidades. Lo determinante es, en todo caso, que sólo las personas de un determinado grupo social pueden ser elegidas o seleccionadas para colmar la cuota o reserva. En este sentido, las personas de ese grupo social *no compiten* con otros grupos sociales para ocupar los puestos de la cuota o reser-

no obstante, las novedades de la ley orgánica, aunque son muy importantes desde el punto de vista normativo, no afectan a la estructura y propuestas teóricas de este artículo (más bien, las refuerzan). En consecuencia, en la corrección final de las pruebas simplemente se han añadido algunas referencias concretas a la mencionada Ley Orgánica 2/2024.

va. La competencia si la hay, se da entre personas del mismo grupo. La configuración normativa de una cuota puede ser muy diversa. Como se analizará más adelante, puede haber cuotas absolutas o relativas, y cuotas indefinidas y temporales (*infra* § 89).

4. A diferencia de las cuotas, las *preferencias* no aíslan un número de puestos (dentro de un órgano o entidad) que sólo pueden ocupar las personas de un concreto grupo. Las preferencias no excluyen las competiciones (electorales o selectivas) entre los miembros de distintos grupos. Se limitan a favorecer a los miembros de un grupo, frente a los demás. Al igual que las cuotas, las preferencias presentan muy diversas formas. Pueden consistir en *un mérito* o muestra de capacidad (en un procedimiento selectivo) característico de un concreto grupo social, como ocurre con frecuencia con los hablantes de lenguas minoritarias. O puede ser simplemente un criterio de *desempate*, a igualdad de condiciones entre candidatos. Lo relevante de las preferencias es que *no predeterminan la composición de un órgano*, solamente favorecen la presencia de un determinado grupo social en ese órgano o entidad.

5. Dada la diversidad de formas que pueden adoptar las cuotas y las preferencias; con carácter general no se puede establecer una *gradación de intensidad* entre ellas. Es cierto que las cuotas impiden la competencia (electoral o selectiva) de otros individuos para un número concreto de cargos o puestos, pero no impiden dicha competencia para los demás puestos, plazas o cargos. Del otro lado, una preferencia, aparentemente de efectos más livianos (porque no excluye la competencia), puede resultar más contundente en contextos de alta simetría entre candidatos (y donde, por tanto, el plusvalor que la preferencia concede a los miembros de un grupo los sitúa en una mejor posición cuasi-universal).

6. En este estudio se habla de *grupos* en un sentido sociológico. Se hace referencia a conjuntos más o menos homogéneos de personas que comparten una cierta identidad colectiva y que son externos al Estado. La *homogeneidad* resulta de la común presencia de algunas características naturales, biológicas o culturales propias y relevantes. Se habla así de “grupo” en relación con el conjunto de mujeres de un país, pese a que estas son, más que un grupo en sentido estricto, una categoría social². También se puede hablar de un cierto sentido de *identidad colectiva* en cada grupo social, que es lo que en última instancia propicia su actividad política y el reconocimiento por parte del Estado. Esta identidad colectiva está presente, sin duda, en los grupos étnicos o raciales. Pero también en el conjunto de mujeres de un país o en el conjunto de las personas con discapacidad³. Por último, un tercer elemento definitorio del grupo social está en su *existencia externa al Estado y el Derecho*: el grupo social no es una creación estatal, aunque puede ser regulado e institucionalizado mediante el Derecho.

7. Tradicionalmente, las cuotas y preferencias suelen analizarse en el marco de la acción positiva del Estado para la igualación de grupos y minorías sociales tradicio-

² Rodolfo FIGUEROA, “¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento?”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 42.1 (2015), pp. 189-214 (p. 208)

³ Francis FUKUYAMA, *Identity*, Profile Books, London, 2018, p. 105.

nalmente discriminados. Sin negar la importancia de esta perspectiva igualitaria, este estudio se centra en la virtualidad de las cuotas y preferencias para la consecución de *múltiples fines públicos*, no solo igualitarios. En este estudio, las cuotas y preferencias se conectan directamente con la realidad de las sociedades contemporáneas, crecientemente caracterizadas como sociedades complejas.

8. En las llamadas “sociedades complejas” conviven diversos grupos o categorías sociales que pugnan por su reconocimiento y protegen sus intereses o su identidad, frente a la de los otros grupos o frente a la identidad predominante en determinados ámbitos de la sociedad o de las organizaciones públicas y privadas⁴. El reconocimiento estatal de esa complejidad social se hace, entre otras formas, a través de cuotas y preferencias en la composición de los órganos y entidades públicas. Aunque cada cuota, reserva o preferencia tiene una finalidad específica, y a favor de un concreto grupo o categoría social, todas ellas expresan jurídicamente la realidad de *sociedades crecientemente complejas*, donde bajo un mismo orden colectivo conviven grupos e identidades múltiples. Son sociedades que ya no niegan la diversidad y pluralidad de identidades mediante ideas políticas y jurídicas uniformadoras⁵, como son el concepto mismo de nación, la generalidad de la ley, la igual titularidad de derechos individuales o la comprensión de la igualdad como estricta igualdad de trato.

9. Podríamos convenir que las sociedades contemporáneas son más complejas que las de, pongamos, hace un siglo. Pero lo verdaderamente novedoso es el cambio de perspectiva analítica, más que la realidad social. En un *cambio de paradigma* hoy ya presente en todas las ciencias, se asume que ningún ámbito de la realidad (ni natural ni social) es homogéneo y lineal⁶. En todo lo que nos rodea hay múltiples elementos en interacción continua que definen de forma cambiante —e imprevisible— aquello que convencionalmente llamamos realidad. Este paradigma científico, que ya ha sacudido a las ciencias naturales, la economía, la sociología y la ciencia política, recalca ahora también en el Derecho. Tenemos, entonces, que en las actuales sociedades complejas, los distintos grupos de identidad buscan reconocimiento y presencia o participación: en el conjunto de la sociedad y en el Estado. Las cuotas, reservas y preferencias a las que se refiere este estudio son expresión directa de esta complejidad social, que se ha trasladado al Derecho positivo. Mediante las cuotas y preferencias, ciertos grupos o categorías sociales son reconocidos e interiorizados por el Estado y el Derecho.

10. En esta primera aproximación al objeto de estudio se aprecia que las cuotas y preferencias son muy diversas. Tanto por el *tipo de grupo* al que se refieren como por la *finalidad* a la que sirve cada cuota o preferencia. En este estudio se parte de la premisa metodológica de que es posible un *análisis teórico general* de todas las cuotas

⁴ Francis FUKUYAMA, *Identity*, cit., pp. 22 y 112; Zygmunt BAUMAN, *Tiempos líquidos*, Tusquets, Barcelona, 2022 [2007], p. 107.

⁵ Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020, p. 122.

⁶ Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, cit., p. 67

o preferencias de grupos. De este análisis no deriva, como hipotética consecuencia dogmática, que todas las cuotas y preferencias tengan un significado jurídico único. Se propone, más bien, que el significado jurídico de cada cuota o preferencia resulta de la mayor o menor presencia de uno de estos *cuatro valores* o principios constitucionales: igualdad (arts. 1, 9.2 y 14 CE), democracia (art. 1.1 CE), eficacia administrativa (art. 103.1 CE) y mérito y capacidad en el acceso a la función pública art. 103.3 CE) (*infra* §§ 29-71). La distinta relevancia de estos cuatro valores o principios constitucionales, respecto de cada cuota o preferencia, se toma como punto de partida para un estudio analítico sobre los *elementos definitorios* de todas las cuotas y preferencias, a saber: el grupo beneficiado; el órgano o entidad que soporta la cuota o preferencia; el tipo de cuota; y los efectos jurídicos de cada cuota (*infra* § 72). De este modo, si bien es cierto que el análisis de las cuotas y preferencias podría limitarse a la identificación y descripción comparativa de sus elementos definitorios, el objeto de este estudio no es la simple descomposición analítica de cada cuota o preferencia. La estructura interna de cada cuota o preferencia se considera aquí de forma instrumental, *para valorar su mayor o menor adecuación* a cada uno de los cuatro valores o principios constitucionales ya señalados.

2. ACOTACIÓN EMPÍRICA Y FENOMENOLÓGICA

11. Las cuotas, reservas y preferencias son instrumentos jurídicos propios de nuestro tiempo. Sirven para *garantizar o aumentar la presencia* de un concreto grupo o categoría social en concretas entidades o instituciones públicas. No están ligadas a un único grupo social, como tampoco a una única finalidad. Son susceptibles de ser utilizadas en muy diversos contextos sociales, y para muy diversos fines. Pueden servir a fines igualatorios, a favor de grupos sociales históricamente discriminados o preteridos. Pero también pueden servir a otros fines, como la promoción de una lengua minoritaria o regional, favoreciendo la presencia de sus hablantes en la Administración. La historia muestra que las cuotas o preferencias, una vez experimentadas en un concreto contexto institucional, y en relación con un concreto grupo, se expanden a otras organizaciones públicas, para otros grupos y para otros fines. En un escenario de probable proliferación de grupos sociales autoorganizados⁷, definidos ya no por elementos naturales o culturales, sino incluso por simples afinidades de intereses, es posible una expansión progresiva de las cuotas y preferencias, para grupos muy diversos.

12. Como es propio de toda teoría jurídica, la construcción conceptual de las cuotas y preferencias ha de hacerse a través de un material empírico-jurídico concreto⁸, sin perjuicio de que los conceptos ya formados puedan reutilizarse, por su utilidad explicativa y dogmática, para otros sectores de la realidad jurídica. El propó-

⁷ Steven JOHNSON, *Sistemas emergentes*, Turner-Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2003 [2001], p. 81.

⁸ Claus-Wilhelm CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1995 [1993], p. 41.

sito teórico de este estudio descansa sobre dos ámbitos jurídico-positivos relevantes y característicos: las cuotas y preferencias por sexo y por discapacidad. En menor medida se considera la lengua, que sólo indirectamente genera algunas preferencias a favor sus hablantes. Los cuotas o preferencias étnicas, en la medida en que no están presentes en el Derecho español, se toman aquí sólo como referentes comparados, que ayudan a construcción de los conceptos abstractos de cuota y preferencia.

13. Podría distinguirse, en abstracto, entre cuotas o preferencias *políticas* (las que se refieren a la composición de cámaras o asambleas parlamentarias) y *administrativas* (las que determinan la presencia de determinados grupos sociales en órganos directivos o en las estructuras de empleo de la Administración). También podría distinguirse entre cuotas y preferencias *más o menos identitarias*. Estas clasificaciones son sin duda útiles, porque permiten entender mejor el significado social y jurídico de cada cuota o preferencia. Sin embargo, aun reconocida la utilidad dogmática de esas posibles clasificaciones, en este estudio se va a centrar la atención en la cuota y la preferencia como *instrumentos técnico-jurídicos* susceptibles de ser empleados para diversos fines, grupos y entidades públicas. Con esto no se niega que el contexto y finalidad de cada concreta cuota o preferencia defina su significado jurídico. Sostengo, más simplemente, que a partir de la realidad jurídico-positiva es posible destilar, por *inducción*, dos conceptos jurídicos (cuota y preferencia). Estos conceptos teóricos tienen, además, una clara utilidad *dogmática*⁹. Porque facilitan el manejo del Derecho positivo (tanto su elaboración como su aplicación práctica). Los conceptos de cuota y preferencia pueden ser utilizados por las leyes de distinta manera, para distintos fines y en diversos ámbitos. Pero en esa utilización diversa, las leyes implícitamente parten de que las cuotas y las preferencias tienen ciertos *rasgos definitorios comunes*. Cuentan con una *racionalidad jurídica inmanente* que facilita su utilización en contextos muy diversos y facilita su aplicación práctica.

14. Con una visión universal, se puede considerar que *no hay una línea de continuidad histórica o política* entre las diversas cuotas y preferencias. Así, hay ejemplos históricos de cuotas indígenas que no guardan ninguna relación aparente con las cuotas indígenas contemporáneas. Las actuales cuotas o preferencias indígenas parecen más conectadas con las cuotas o preferencias de sexo o por discapacidad. Históricamente se pueden rastrear algunas cuotas indígenas ligadas a la *colonización*, como forma de asimilación de la población autóctona en las instituciones coloniales. Es el caso de Nueva Zelanda, donde una *Ley británica de 10 de octubre de 1867* ya reservaba varios escaños (en la actualidad, siete) para a la población aborigen (*maorí*). Aún hoy cada elector maorí puede optar entre votar para la provisión de los escaños comunes o de los escaños reservados¹⁰. Pero, en mi opinión, estas cuotas indígenas, que responden a un concreto contexto histórico-colonial, guardan poca conexión de sentido con otras cuotas indígenas contemporáneas, como el de las comunidades chilenas (*infra* § 17), que poco tienen que ver con la integración colonial (mediante

⁹ Sobre esto: Silvia Díez Sastre, *La formación de conceptos jurídicos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2018, p. 82.

¹⁰ Véase: “*The origins of the Māori Seats*”, New Zealand Parliament, 2009.

cuotas) y que en cambio entroncan con vectores contemporáneos de reconocimiento de la diversidad étnica.

15. Salvados los antecedentes históricos más lejanos, se puede afirmar que las cuotas y preferencias son un instrumento político y jurídico *contemporáneo*, desde mediados del siglo xx. Se han utilizado allí donde un determinado grupo social reclamaba la superación de discriminaciones históricas o un mayor reconocimiento por parte del Estado, y siempre que esas reclamaciones no se toparan con objeciones políticas o constitucionales de peso. Como antecedente inmediato de cuotas y preferencias en la Administración pública, hoy muy extendidas, en 1949 la *Constitución de la India* ya autorizaba cuotas de empleo público a favor de clases sociales (castas) desfavorecidas¹¹. Con todo, desde mediados del siglo xx, los dos grandes impulsos para la proliferación de las cuotas y preferencias están en diversos convenios de Naciones Unidas contra la discriminación racial y sexual y en las leyes y políticas norteamericanas de *acción positiva* (*affirmative action*) frente al racismo¹².

16. A partir de la década de los años 60 del siglo xx, las llamadas “medidas especiales” contra la discriminación, que indiscutiblemente incluyen posibles cuotas o preferencias, se prevén en diversos *convenios de Naciones Unidas* contra las diversas formas de discriminación: en el art. 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965 (ratificado por España en 1969); y en el art. 4.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (ratificado por España el 16 de diciembre de 1983). Muy posterior, ya contemporáneo, es el art. 5.4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (ratificado por España 23 de noviembre de 2007), que se inspira en los previos convenios antidiscriminatorios de Naciones Unidas, aunque ya con un objetivo más promocional (de la autonomía individual) que antidiscriminatorio.

17. El modelo comparado más influyente, para la expansión de las cuotas y preferencias, proviene de los *Estados Unidos de América*. Desde la segunda mitad del siglo xx, en los Estados Unidos son frecuentes las cuotas y —sobre todo— las preferencias de acceso a las universidades (públicas y privadas) a favor de *estudiantes negros* (y en menor medida, de otras razas, etnias u orígenes). Estas cuotas o preferencias fueron

¹¹ David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 p. 16. Según el art. 16. 4 de la Constitución de la India: “Este precepto constitucional no impide que el Estado reserve nombramientos o puestos de empleo público a favor de cualquier clase social desfavorecida que, según el criterio del propio Estado, no se encuentre adecuadamente representada en los servicios públicos”. Por medio de la reforma constitucional de 1995, se añadió un nuevo párrafo 4 A) al art. 16.4 de la Constitución, estableciendo que: “La Constitución no impide que, para la prestación de servicios públicos, el Estado promueva o reserve puestos a favor de castas o tribus que, según el criterio del propio Estado, no se encuentren adecuadamente representadas en los servicios públicos”.

¹² Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, p. 38.

aceptadas, aunque con límites, por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Así ocurrió en el asunto que da lugar a la sentencia *Bakke* (1978)¹³, donde la Facultad de Medicina de la Universidad de California reservaba el 16 por 100 de sus plazas para estudiantes de concretas minorías. Poco después también se establecieron cuotas o preferencias de mujeres en el acceso al empleo público o a la contratación administrativa. Desde finales de los años ochenta del siglo xx ha ido aumentando la resistencia, tanto política como jurídica, frente a estas medidas de discriminación positiva o *affirmative action*¹⁴. Por ahora, las objeciones jurídicas más contundentes provienen de la Sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Students for Fair Admissions* (2023)¹⁵, donde se sienta una jurisprudencia ya abiertamente contraria a las preferencias abstractas (en el acceso a la universidad) de concretas minorías étnicas. En puridad, las cuotas o preferencias norteamericanas no siempre se refieren a la composición subjetiva de órganos y entidades públicas. En especial, las cuotas o preferencias étnicas en las universidades nada dicen de la participación de los correspondientes grupos sociales en el gobierno universitario. Son cuotas o preferencias que promueven la diversidad en muy distintos ámbitos de la vida social¹⁶, pero que no definen la composición de órganos o instituciones. Ello no obstante, y aunque el presente estudio tiene por objeto las cuotas y preferencias en la composición de órganos públicos, aquellas otras reservas y preferencias (las no referidas a la composición de órganos públicos) han definido los términos el debate jurídico que luego se ha extendido al conjunto de las cuotas o preferencias; y no sólo en Estados Unidos, sino en muchos otros países. Las elaboraciones jurisprudenciales y académicas norteamericanas sobre las cuotas y preferencias étnicas han sido muy influyentes en Europa. Pero, paradójicamente, no para configurar acciones positivas a favor de grupos étnicos, sin para promover la igualdad de las mujeres. Esta influencia de las cuotas o preferencias étnicas sobre las femeninas (o de sexo) genera algunas disfunciones, porque las mujeres no son un grupo social minoritario, sino más de la mitad de la población.

18. También en relación con la diversidad étnica, aunque para realidades sociales muy distintas, en algunos países se han reservado cuotas o puestos a favor de *comunidades indígenas*. En este caso, como contrapunto a los países que han optado por el autogobierno más o menos amplio de las comunidades indígenas —como ha ocurrido en Canadá con las llamadas *First Nations* preexistentes a la colonización francesa y británica—¹⁷ otros países han optado por reservar a sus comunidades indí-

¹³ *Regents of the University of California v. Bakke* (1978) 438 US 265. Una explicación y traducción de esta sentencia, en Miguel BELTRÁN DE FELIPE y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, BOE, Madrid, 2005, p. 438

¹⁴ Sally C. SELDEN, “A Solution in Search of a Problem? Discrimination, Affirmative Action and the New Public Service”, *Public Administration Review*, 66-6 (2006), pp. 911-923 (p. 913); Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada...*, p. 42.

¹⁵ *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College and Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina et al.*, sentencia de 29 de junio de 2023. Citada como: *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023).

¹⁶ David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica...*cit., p. 176.

¹⁷ Réal CARRIÈRE y Royce KOOP, “Indigenous Political Representation in Canada”, *Canadian Journal of Political Science*, núm. 56 (2023), pp. 257-278 (p. 258).

genas algunos puestos en órganos colegiados estatales. Es el caso de Chile, que reserva ocho “representantes indígenas” en el Consejo Nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena¹⁸. En este caso, los puestos reservados se refieren a un órgano administrativo, no a una cámara parlamentaria.

19. La diversidad lingüística, vinculada o no a la pluralidad étnica, también ha encontrado reconocimiento mediante preferencias (más que por medio de cuotas). La Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, de 5 de noviembre de 1992 (ratificada por España en 2001), prevé una planificación del empleo público a fin de garantizar un “número suficiente de empleados con conocimiento de una lengua regional o minoritaria”¹⁹, y prevé también que tal planificación puede incluir un “reclutamiento” o acceso especial para los hablantes de una lengua (art. 10.2 b) y c). En el caso de España, esta previsión internacional se concreta, en ocasiones, en *requisitos* lingüísticos de acceso al empleo público o en el reconocimiento de mayor *mérito* y/o capacidad a quien muestra un conocimiento lingüístico específico. Según cada concreto contexto lingüístico, esta promoción indirecta de los hablantes de una concreta lengua puede desplegar los efectos propios de una cuota o una preferencia. Según la jurisprudencia constitucional, este efecto no es por sí ilícito, siempre que no sea desproporcionado. Se entiende que hay tal desproporción cuando el nivel lingüístico exigido no guarda relación directa con el tipo de funciones públicas propias de la estructura de empleo a la que se accede (STC 46/1991, FFJJ 3 y 4; 253/2005, FJ 10; 270/2006, FJ 6; 165/2013, FJ 8).

20. Siguiendo el patrón de las cuotas y preferencias étnicas o raciales emergentes a mediados del siglo xx, desde los años ochenta del mismo siglo también se han aprobado cuotas y preferencias por razón de *sexo* o, más directamente, para superar la baja presencia de mujeres en órganos políticos y en la Administración. En los Estados Unidos se puede observar cómo las primeras cuotas o preferencias femeninas simplemente trasladan, para esta categoría social, el patrón de las previas cuotas y preferencias raciales o étnicas. En el continente europeo, la promoción de la igualdad femenina ha dado lugar a un tipo novedoso de cuota: en las listas electorales²⁰. Así, en España, para las elecciones europeas, al Congreso de los Diputados, autonómicas, insulares, a las juntas generales vascas y municipales (con algunas excepciones), el vigente art. 44 *bis* de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombre, establece que las listas electorales “deberán tener una composición paritaria de mujeres y hombres, integrándose las listas por personas de uno y otro sexo ordenados de forma

¹⁸ Art. 41 de la *Ley 19253, de 28 de septiembre de 1993, que establece normas sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas*.

¹⁹ Jutta ENGBERS, “Administrative authorities and public services”, en Alba NOGUEIRA, Eduardo J. RUÍZ VIEYTEZ y Iñigo URRUTIA, *Shaping language rights. Commentary on The European Charter for Regional or Minority Languages in light of the Committee of Experts’ Evaluation*. Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, pp. 337-372, p. 357.

²⁰ Mas detalles en Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada...cit.*, p. 112.

alternativa”. En su redacción anterior, la LOREG exigía sólo que cada sexo alcanzara al menos el cuarenta por ciento de la lista electoral. Al hilo de estas exigencias legales se ha dicho que de una democracia de ciudadanos se ha pasado a una “democracia de grupos”²¹. También en Francia, mediando reforma constitucional (*infra* § 59), se establece hoy para las elecciones municipales que cada lista electoral “se compone de candidatos de cada sexo, dispuestos de forma alternativa” (art. L2122-7-2 del Código General de las Colectividades Territoriales, modificado en 2019).

21. También desde finales del siglo xx son muchos los países europeos que han aprobado cuotas o criterios de *preferencia* para el acceso o promoción de *mujeres* en la Administración. En ocasiones, las leyes no se refieren directamente a las mujeres, como destinatarias de cuotas o preferencias, sino que hablan de paridad de géneros o de la “presencia equilibrada” de los dos sexos. Pese a esta aparente neutralidad legal, que crea cuotas o preferencias bidireccionales, en la mayoría de los contextos institucionales las cuotas o preferencias de sexo tienen como destinatarias naturales (aunque sólo de forma implícita) a las mujeres²². Así se explica que la Disposición Adicional 1ª.2 de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, después de establecer cuotas de representación equilibrada de hombres y mujeres en muchos órganos públicos (lo que formalmente impediría que las mujeres ocuparan más del 60 por 100 de los correspondientes puestos), expresamente establece que: “Podrá no aplicarse el criterio de representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres, en consonancia con el principio de acción positiva, cuando exista una representación de mujeres superior al sesenta por ciento que, en todo caso, deberá justificarse”. En suma, la aparente neutralidad legal entre los dos sexos es sólo parcial y formal. Se habla aquí, según los contextos y los idiomas, de cuotas o preferencias de género o de sexo. Aunque entre ambos términos hay diferencias semánticas (y jurídicas), fundamentalmente en relación con las personas transexuales²³, en este estudio se van a dejar a lado esas diferencias, que no son centrales para el análisis que aquí se desarrolla. A partir de una de estas iniciativas legislativas, la promovida en 1990 por la ciudad-Estado de Bremen para el acceso y promoción de las mujeres en su función pública, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que los criterios de preferencia *absolutos* a favor de las mujeres (cuando presentan los mismos méritos que los competidores varones) eran contrarios al Derecho europeo (entonces, la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976), que garantiza la igualdad de trato en el empleo para todas las personas, con independencia de su sexo²⁴. Esta jurisprudencia se ha reiterado posteriormente, aunque con matices progresivamente más flexibles con las preferencias a favor del sexo

²¹ Fernando REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 171.

²² Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada...*cit., p. 85, nota 155; STS de 8 de octubre de 2020, ECLI: ES: TS: 2020: 3185.

²³ Pablo DE LORA, *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza Editorial, 2019, pp. 159 y 241.

²⁴ STJCE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, asunto C-450/93.

“infrarrepresentado”²⁵. Desde entonces se han expandido los criterios de preferencia por sexo. En algunos casos, especialmente en Alemania, la preferencia de las mujeres incluye la salvaguarda o excepcionalidad a la que se refería el Tribunal de Justicia²⁶. Pero otras leyes contemporáneas prescinden por completo de aquella cautela. Así, por ejemplo, el actual art. 21.1 del Decreto Legislativo vasco 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres, establece que en los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público se debe incluir 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 estas sea inferior al 40 por 100”.

22. Más recientemente, el reconocimiento social de la *diversidad sexual y de género* también ha dado lugar a cuotas para grupos tradicionalmente discriminados o desfavorecidos, como el de las *personas transexuales*. Así, el art. 27.3 de la Ley aragonesa 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación, impone la reserva, a favor de las personas transexuales, de un cupo no inferior al 1 por 100 de las ofertas de empleo público realizadas por las Administraciones públicas aragonesas.

23. También desde los años ochenta del siglo xx diversas leyes incluyen cuotas o preferencias para la incorporación de *personas con discapacidad* al empleo público. En España, el actual art. 59. 1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) establece de forma vinculante que en cada oferta de empleo público ha de reservarse el 7 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad. Esta reserva se refiere al conjunto de la oferta anual de empleo de cada Administración, no a cada cuerpo. Y tampoco exige una composición final concreta de cada plantilla, que en cada momento concreto puede ser superior o inferior al 7 por 100 de personas con discapacidad²⁷. Algo diferente es la reserva, a favor del mismo grupo social, en las empresas públicas y privadas. En este caso, la cuota se fija en el 2 por 100 sobre la plantilla total de la empresa, y se prevén supuestos de exención (art. 42. 1 del 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 [LGDPD]).

²⁵ Maria Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución*, Universitat de València, 2005, p. 70.

²⁶ En este sentido: § 5.1 de la Ley de Hamburgo para la Igualdad de Mujeres y Hombres en la Función Pública (*Hamburgisches Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst* (*Hamburgisches Gleichstellungsgesetz - HmbGleiG*) de 2 de diciembre de 2014. Véase: Monika JACHMANN-MICHEL y Anna Bettina KAISER, „Kommentar zum Artikel 33 GG“, en Hermann VON MANGOLDT, Friedrich KLEIN y Christian STARK, *Grundgesetz Kommentar*, 7ª ed., Beck, München, 2018, pp. 807-896 (p. 831 § 20).

²⁷ Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “El mercado de trabajo de las personas con discapacidad”, en *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, Gobierno de España, Fundación ONCE y CERMI, Madrid, 2023, pp. 379-498, p. 411.

24. Hasta aquí se han enunciado ejemplos muy diversos de cuotas y preferencias. Partiendo de esta diversidad, resulta difícil determinar *por qué*, de entre las muchas técnicas normativas idóneas para ordenar las sociedades complejas, las leyes han optado por este tipo de regulación. Y por qué, siendo muchos los grupos y categorías sociales presentes en cada sociedad, solo algunos de estos grupos se benefician de cuotas o preferencias legales. En general, así como son frecuentes las cuotas o preferencias por sexo, origen étnico o discapacidad, otros grupos sociales, como los *lingüísticos o los religiosos*, no han recibido ese tratamiento jurídico favorable. Con todo, ni siquiera este es un enunciado universal. Es significativo, por ejemplo, el diverso reconocimiento de las *comunidades indígenas* en los países descolonizados. Una vez, como en Canadá, se benefician de un estatuto jurídico de autogobierno; otras veces, como en Nueva Zelanda, cuentan con escaños reservados en el parlamento (*supra* § 14); también otras veces, como en Chile, tienen reservados puestos en órganos administrativos (*supra* § 18); y finalmente, como ocurre en Australia, el reconocimiento de las poblaciones indígenas (*First Nations*) se hace a través de simples órganos representativos propios (sin poder decisorio) sin reservas de escaños o puestos en órganos o instituciones generales²⁸.

25. En algunos casos, la falta de reservas o cuotas para determinados grupos puede explicarse, sencillamente, por la *insuficiente relevancia política* del correspondiente grupo, por la *falta de un sentimiento de identidad* arraigado entre los componentes del grupo o por la *falta de organización* del correspondiente grupo social (incluso siendo un grupo numeroso). Otras veces, la falta de cuotas o preferencias puede deberse a la existencia de fuertes *objeciones jurídicas*, que impiden o dificultan su generalización. Como luego se verá en relación con las cuotas mínimas de sexo, la tradicional comprensión de los parlamentos como órganos representativos del conjunto de la nación (y no de sus partes o fracciones sociales) limita la creación de cuotas sociales en las correspondientes cámaras y asambleas de electos (*infra* § 59). En lo que sigue también se va a ver cómo el principio de igualdad legitima algunas cuotas o preferencias muy justificadas, pero dificulta todas las demás. De la misma forma, el principio democrático tanto puede servir para justificar determinadas cuotas o preferencias como para limitar su generalización, por el riesgo de compartimentación de la comunidad política en cuotas. El principio constitucional de mérito y capacidad en el acceso a la función pública dificulta también la generalización y el alcance de las cuotas y preferencias. Finalmente, no toda cuota o preferencia lleva al mejor funcionamiento de un órgano administrativo representativo. Pues al mismo tiempo que permite hacer presentes ciertos intereses relevantes, puede impedir la propia acción administrativa del correspondiente órgano.

26. Hasta aquí se han mencionado una serie de cuotas y preferencias que, pese a su diversidad, muestran una cierta unidad de sentido. Todas ellas se refieren a grupos sociales *existentes al margen del Estado*. Son grupos definidos por características biológicas, físicas o culturales, no por la acción del Derecho o del Estado. Las cuotas

²⁸ Véase: Sally McNICOL y James HUGHTON, “Indigenous Constitutional Recognition and Representation”, Parliament of Australia, 2023.

y preferencias son, en este sentido, una forma de *reconocimiento* por parte del Estado. Por lo dicho, quedan fuera de este estudio otras cuotas que definen la posición institucional de ciertos grupos *creados* por el propio Estado. Es el caso, entre otros, de los estudiantes y del personal de administración y servicios de las universidades. Siguiendo la tradición corporativa propia de las universidades, las leyes imponen y garantizan la participación de estos grupos en el gobierno de las universidades (así, por ejemplo, en el marco del art. 98.1 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, el vigente art. 42 de los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid establece que el 25 por 100 de los miembros del claustro serán representantes de estudiantes). Pero no estamos ahora propiamente ante grupos sociales, existentes al margen del Derecho y el Estado, sino ante grupos definidos por el Estado y para sus propios fines (en este caso, para asegurar la representación plural de intereses en el gobierno universitario). Sin duda que estas otras cuotas representativas se asemejan a las cuotas a favor de personas con discapacidad, de comunidades indígenas o de hablantes de lenguas regionales o minoritarias. Pero, más allá de las concomitancias, un rasgo distintivo estructural es el carácter social o jurídico-estatal de los grupos. Solo entre los grupos sociales, externos o preexistentes al Estado, existe suficiente homogeneidad ontológica como para ser objeto de un estudio unitario.

27. Como es obvio, las cuotas no son el único instrumento técnico-jurídico dirigido a la integración, reconocimiento o promoción de grupos identitarios diversos (étnicos, religiosos, nacionales). A los mismos fines sirve también la exigencia de mayorías cualificadas y transversales o intercomunitarias para la adopción de determinadas decisiones. Este puede ser el caso del Parlamento de Irlanda del Norte, donde no hay propiamente cuotas para nacionalistas (irlandeses) y unionistas, aunque determinadas decisiones (como la aprobación del presupuesto) requiere mayorías intercomunitarias²⁹. También son una alternativa a las cuotas, en los órganos representativos, la opción por un sistema electoral mayoritario con muchas circunscripciones, que asegura que en la correspondiente cámara representativa haya miembros de los distintos grupos sociales (que tienden a congregarse en un mismo espacio o barrio) (*infra* § 61).

28. Aparte de las cuotas o reservas en la composición de órganos o entidades, las leyes también contemplan algunas *reservas de bienes o recursos* a favor de determinados grupos sociales. Así ocurre, por ejemplo, con la exigencia de que un mínimo del 4 por 100 de las viviendas protegidas presenten características constructivas que favorezcan la accesibilidad de personas con discapacidad, e incluso que esas personas tengan preferencia para el arrendamiento de tales viviendas protegidas (art. 32.2 LGDPD). Igualmente, muchas leyes crean acciones positivas o preferencias y cuotas a favor de las mujeres, para la obtención de diversos beneficios públicos. Por ejemplo, ayudas preferentes a la investigación, plazas para la formación profesional o acceso preferencial al teletrabajo (arts. 50.2 g), 67 b) y 99.2 de la Ley gallega 7/2023, de 30 de noviembre, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de Galicia). Estas

²⁹ Cera MURTAGH, C 2019, “Northern Ireland: Power-Sharing in crisis”. *50 Shades of Federalism*.

reservas o preferencias presentan simetrías jurídicas con las que se refieren a la composición de órganos o entidades. En especial, también estas reservas responden a los valores jurídicos de igualdad (art. 9.2 y art. 14 CE) y de justicia (art. 1.1 CE). Pero estas cuotas carecen de relevancia institucional u organizativa. No definen la composición de órganos, sino el acceso a bienes o beneficios económicos. En esa medida, su análisis jurídico resulta estructuralmente distinto, y por ello debe quedar fuera de este estudio.

3. COORDENADAS CONSTITUCIONALES DE LAS CUOTAS Y PREFERENCIAS

29. Todas las cuotas y preferencias ya mencionadas promueven o garantizan la presencia de ciertos grupos sociales en órganos y entidades públicos. Pero dada la diversidad de grupos sociales, y dada también la diversidad de órganos y entidades a los que se refieren las cuotas y preferencias, su valoración jurídica no es uniforme. Cada concreta cuota o preferencia conecta con un cuadro fijo de valores, principios y derechos constitucionales. Pero la intensidad y forma de esa conexión es singular para cada concreta cuota o preferencia. En términos generales, el *cuadro de bienes constitucionales* está compuesto por el valor, principio y derecho de igualdad (art. 1.1, 9.2 y 14 CE), el derecho fundamental a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), el principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3 CE) y el principio de eficacia en la actividad administrativa (art. 103.1 CE). Cada concreta cuota o preferencia activa de forma diferenciada este cuadro elemental de bienes constitucionales. Y, consecuentemente, recibe una valoración constitucional también diferenciada. Esto es lo propio de todo *análisis ponderativo*, donde los bienes o intereses constitucionales ponderables pueden ser comunes y estables, pero no se activan en igual manera ante cada caso o concreta realidad³⁰. Así, como luego se verá, una cuota preceptiva de puestos en listas electorales para mujeres (o para cada sexo) es relevante desde la perspectiva de la igualdad, pero más como principio constitucional (art. 9.2 CE) que como derecho constitucional (art. 14 CE, en su dimensión subjetiva, como derecho fundamental individual); y no guarda ninguna relación con el principio constitucional de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, ni con el principio de eficacia administrativa (art. 103.3 CE). Muy distinto es el caso de las cuotas para personas con discapacidad en las ofertas de empleo público, donde se activan, junto al principio

³⁰ José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 130; Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Las bases constitucionales del Derecho administrativo”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 560-664, p. 581; y Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Bases constitucionales”, en Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2023, pp. 109-132 (p. 111 § 6).

de igualdad, el derecho fundamental al igual acceso a la función pública (art. 23.2 CE), el principio de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) y el principio de eficacia administrativa (art. 103.3 CE). Todos estos bienes constitucionales son las *coordinadas de ponderación* en las que han de actuar las leyes (y, complementariamente, los reglamentos, planes y actos administrativos) que imponen, configuran o aplican cuotas y preferencias. Con carácter general, corresponde a *la ley* la fijación de cuotas y preferencias y, por tanto, la ponderación de los distintos bienes constitucionales en juego. Por un lado, porque las cuotas y preferencias normalmente conectan con derechos fundamentales, cuya regulación de ejercicio está reservada a la ley (art. 53.1 CE). Y por otro lado, porque las cuotas y preferencias *excepcionan* los sistemas legales generales de acceso a los cargos representativos y a la función pública; y es claro que si las leyes establecen con carácter general los sistemas de acceso, sus excepciones deben estar también en normas con valor de ley. Obviamente, la ley puede remitir parcialmente a los reglamentos —o incluso a las bases de los procedimientos selectivos— la fijación de concretas cuotas o preferencias. Pero en todo caso corresponde a la ley autorizar esta posibilidad y fijar criterios para su ejercicio. En principio, ninguno de los bienes constitucionales antes mencionados prohíbe por sí las cuotas o las preferencias. Pero de las distintas interacciones entre ellos sí resultan ponderaciones diversas y, consecuentemente, algunos límites: sobre el tipo, alcance o forma de la cuota o preferencia posible para cada caso. En lo que sigue se va a precisar el alcance de los cuatro bienes jurídico-constitucionales ya señalados. Más adelante se analizarán los distintos elementos definitorios de todas las cuotas y preferencias, valorándolos por su específica conexión con los distintos bienes constitucionales que entran en juego (*infra* § 72).

3.1. Igualdad

30. Como ya se ha mencionado antes, una buena parte de las cuotas, aunque no todas, guardan directa relación con el valor jurídico de la igualdad al que se refiere expresamente el art. 1.1 CE. En un doble sentido: se establecen con el objetivo de *beneficiar o mejorar* la situación de grupos humanos discriminados, desfavorecidos o escasamente reconocidos; y en sus efectos *pueden limitar* las posibilidades de concretos individuos pertenecientes a los grupos sociales no beneficiados por las cuotas. Esta doble conexión con el principio de igualdad permite un tratamiento transversal y abstracto de todas las cuotas y preferencias, aunque los resultados de esta valoración homogénea pueden ser muy diversos. En todo caso, esta valoración está por completo determinada por las normas constitucionales que, en cada país, configuran el valor jurídico de la igualdad.

31. Desde una perspectiva teórica elemental, las constituciones contemporáneas incorporan la igualdad como, al menos, un *valor jurídico* que inspira el funcionamiento de todo el Estado. Más allá, cada constitución pone mayor o menor énfasis en la dimensión subjetiva de la igualdad (como derecho fundamental) o en su dimensión objetiva, como principio finalista o mandato positivo que exige de to-

dos los poderes públicos la realización efectiva y real de la igualdad³¹. La dimensión *subjetiva* está directamente presente en los derechos fundamentales de igualdad que enuncian los arts. 14 y 23.2 CE. La dimensión *objetiva* resulta tanto del art. 14.1 y 2 CE (en la medida en que todo derecho fundamental contiene, además de una garantía individual, también un mandato positivo o promocional dirigido a todos los poderes públicos) como del art. 9.2 CE, que ordena a todos los poderes públicos “promover” las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sea “real y efectiva”. A los efectos de este estudio, y por simple economía expositiva, la referencia a la dimensión objetiva de la igualdad se va a hacer mediante la mención del art. 9.2 CE, sin que con ello se niegue que el mandato promocional también es una derivación del art. 14.1 y 2 CE. Aclarado esto, en seguida se va a exponer que la dimensión objetiva de la igualdad (art 9.2 CE) es determinante en las leyes que establecen cuotas o preferencias (a favor de concretos grupos sociales) en la composición subjetiva de múltiples órganos y entidades públicas. Veremos también que esta perspectiva objetiva o promocional tiene mucho menor alcance en la jurisprudencia norteamericana (*infra* § 39)

32. El reconocimiento constitucional de la igualdad como derecho fundamental admite diversas formulaciones. En especial, en relación con las cuotas o preferencias en órganos y entidades públicos tiene especial importancia la distinción entre el derecho general de igualdad (respecto de cualquier bien, beneficio o puesto público) y el derecho fundamental de *igual acceso a los cargos y funciones públicas*. Esta distinción está presente en los arts. 14 y 23.2 CE. Más aún, el art. 23.2 CE enuncia dos derechos de igualdad: para el acceso a los *cargos* públicos (entendidos como cargos políticos proveídos por medio de elecciones³²) y para el acceso a las *funciones* públicas, que se refiere sólo a los puestos funcionariales³³. La distinción de estos tres derechos fundamentales (el general del art. 14 CE y los dos del art. 23.2 CE) es relevante para el análisis de las cuotas y preferencias que determinan la composición de órganos y entidades públicas.

33. Los tres derechos presentan, respecto de las cuotas y preferencias, una dimensión objetiva (o promocional) y otra subjetiva. Pero no tienen el mismo alcance. *Grosso modo*, y desde la perspectiva de las cuotas y preferencias, se pueden asimilar el derecho general a la igualdad (art. 14 CE) y el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE). Sustancialmente distinto es el derecho de acceso a las funciones públicas (garantizado también por el art. 23.2 CE). Este derecho, que sólo se refiere a los puestos funcionariales (no a los puestos laborales), garantiza la igualdad de acceso siempre que se respete el principio de *mérito y capacidad* al que expresamente

³¹ David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica...cit.*, p. 32; Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, 2005, pp. 83 y ss.

³² Javier GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 42.

³³ Margarita BELADIEZ, “Comentario al artículo 23 de la Constitución”, en Miguel RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO FERRER Y María Emilia CASAS BAAMONDE, *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, pp. 702-722 (p. 702).

se refiere el art. 103.3 CE (STC 138/2000, FJ 6 b)³⁴. Como es obvio, el mérito y la capacidad no definen el derecho de acceso a los cargos (representativos), pero sí el acceso a la función pública. Según esto, el derecho de acceso a las funciones públicas (funcionariales) del art. 23.2 CE impide severamente toda cuota o preferencia, a favor de cualquier grupo social, que no satisfaga exigencias mínimas de mérito y capacidad (STC 269/1994, FJ 5). Estas exigencias podrán ser, en su caso, especiales. Pero no inexistentes o desconectadas de las características y cualificaciones propios de los cuerpos funcionariales u órganos a los que se refiere el acceso (o promoción). En consecuencia, el art. 23.2 CE, referido sólo a los puestos funcionariales, limita la posible fijación de cuotas o preferencias de acceso para determinados grupos sociales. Incluso para grupos sociales tradicionalmente desfavorecidos en el acceso a las funciones públicas (como históricamente han sido las mujeres o las personas con discapacidad). Esto no impide por completo, como luego se verá, la fijación de cuotas o preferencias a favor de esos grupos. Se puede considerar que, en relación con grupos sociales tradicionalmente discriminados, desfavorecidos o preteridos, no rige la rotunda excepcionalidad que la jurisprudencia constitucional impone a las convocatorias restringidas de acceso a la función pública³⁵. Pero tales cuotas o preferencias *no podrán prescindir de requisitos de mérito y capacidad*. Estos requisitos pueden ser específicos (distintos de los comunes) pero en todo caso tienen que ser indicativos de mérito y capacidad suficientes para el ejercicio de las funciones públicas.

34. La singular existencia de un derecho fundamental especial, garante de la igualdad en el acceso a la función pública, tiene parangón en *Derecho alemán*. Y también allí este derecho limita severamente el posible alcance de las cuotas o preferencias en el acceso a la función pública de grupos sociales determinados. Conforme a la jurisprudencia contencioso-administrativa federal (BVerwGE 140, 83)³⁶, las posibles preferencias en el acceso al empleo público (a favor de grupos sociales tradicionalmente discriminados como las mujeres o las personas con discapacidad) tratan de hacer real y efectivo el derecho fundamental de igualdad de todas las personas (art. 3.2 y 3 GG). Pero esa promoción de la igualdad encuentra en frente un derecho cuasi-fundamental muy robusto, como es el derecho a acceder a la función pública por mérito y capacidad (art. 33.2 GG: *Leistungsprinzip*). De esta manera, mientras que el art. 3.2 y 3 GG legitima posibles cuotas o preferencias legales a favor de grupos sociales tradicionalmente discriminados, el art. 33.2 GG enuncia un derecho que

³⁴ Margarita BELADIEZ, "Comentario al artículo 23 de la Constitución", cit., p. 708.

³⁵ Entre otras: 27/1991, FJ 5; 60/1994, FJ 5; 16/1998, FJ 5; 12/1999, FJ 3; 126/2008, FJ 3; 130/2008, FJ 3; 238/2015, FJ 4; 154/2017, FJ 10.

³⁶ El caso se refiere a ascensos en el servicio federal de aduanas. Entre los criterios objetivos para los ascensos se precisaba que, en caso de empate a méritos, se preferiría para el ascenso a las mujeres y a las personas con discapacidad. Se trataba de un criterio de desempate no previsto expresamente en la ley, sino introducido directamente en las bases de la convocatoria. Esta última circunstancia es relevante para aquilatar la argumentación, ya que el tribunal hace hincapié en la reserva de ley para una hipotética limitación (que por lo demás, no acepta) del principio constitucional de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (*Leistungsprinzip*).

limita contundentemente el alcance de esas cuotas o preferencias³⁷. Dice literalmente el Tribunal Contencioso-administrativo Federal que “[c]iertamente, la Constitución impone la promoción de la igualdad de trato en el art. 3.2.2 GG y prohíbe la discriminación de las personas con discapacidad en el art. 3.3.2 GG. Sin embargo, estos principios constitucionales no amparan una limitación general del principio constitucional de mérito y capacidad en el acceso a los puestos públicos, garantizado por el art. 33.2 GG” (FJ 21). Sólo en los casos de igual mérito y capacidad es posible dar preferencia abstracta a un grupo social determinado (como las mujeres o las personas con discapacidad), precisamente porque en ese caso ya no entra en juego el derecho constitucional especial del art. 33.2 GG: en igualdad de mérito y capacidad las posibles desigualdades de trato se rigen por el *derecho general de igualdad* del art. 3 GG, que es más permeable a las excepciones y a las medidas de promoción positiva de la igualdad, siempre que estas sean objetivas y proporcionadas. En este sentido, la exigencia *sine qua non* de mérito y capacidad (art. 33.2 GG) actúa como una regla constitucional en sentido estricto (y por tanto, imponderable), mientras que, al menos en su dimensión objetiva, el art. 3 GG tiene una estructura normativa más propia de un principio constitucional (y es, por tanto, ponderable).

35. Desde la perspectiva de la igualdad, el análisis teórico-jurídico de las cuotas y preferencias ha prestado una atención principal a si imponen un *resultado* igualitario³⁸, o si simplemente crean iguales *oportunidades* para los grupos sociales promocionados (aunque no garantizan un concreto resultado a los miembros del grupo)³⁹. En mi opinión, la calificación depende de dónde se centre la observación. Una cuota o preferencia crea nuevas oportunidades para todos los miembros del grupo favorecido. Pero además, en mayor o menor medida, asegura un *resultado*: que al menos la mitad de las personas elegidas en una lista sean mujeres; o que el 7 por 100 de las plantillas administrativas se ocupe por personas con discapacidad. La producción de un resultado favorable concreto es precisamente lo que hace necesario el análisis de compatibilidad de cada cuota o preferencia con el derecho a la igualdad de los sujetos no favorecidos. Si las cuotas y preferencias no produjeran resultados igualitarios inmediatos, y sólo produjeran igualdad de trato o de oportunidades a favor del grupo protegido, únicamente cabría plantear la compatibilidad de las cuotas con el principio de Estado social (art. 1.1 CE) y con el mandato de promoción estatal de la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE). Pero no entraría en consideración el derecho fundamental a la igualdad (arts. 14 y 23.2 CE) de quienes pertenecen a un grupo o categoría social no beneficiada por las cuotas. Con esto ya avanzo que, en mi opinión, el análisis jurídico de las cuotas y preferencias (desde la perspectiva de la igualdad) ha de hacerse prestando atención al mayor o menor significado objetivo y subjetivo que

³⁷ Hans JARASS y Bodo PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 16 ed., Beck, München, 2020, p. 717 § 16.

³⁸ Así: Rodolfo FIGUEROA, “¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento?”, cit., p. 194).

³⁹ Entre otros: Alfonso RUÍZ MIGUEL, “Paridad electoral y cuotas”, *Foro de Debate*, s/f, pp. 44-51 (p. 50).

presenten en cada caso. Esto es, a si lo fundamental de una cuota o preferencia es su dimensión objetiva o finalista (la configuración de una sociedad más igualitaria) o su dimensión subjetiva (la creación de derechos o poderes subjetivos para los individuos de un grupo). A mi juicio, el Derecho español claramente concede mayor protagonismo a la dimensión *objetiva* de las cuotas. Aquí hay una cierta diferencia con el Derecho alemán, algo más atento a la dimensión subjetiva de las cuotas (*infra* § 47) y, sobre todo, con el Derecho norteamericano actual, muy centrado en el derecho subjetivo de igualdad (*infra* § 39).

36. Las cuotas y preferencias presentan una *paradoja*: la igualación de los grupos originariamente desfavorecidos se hace normalmente *a costa de otro* u otros grupos, que de esta manera experimentan un perjuicio, aunque tal perjuicio puede ser jurídicamente irrelevante⁴⁰. A diferencia de la igualación en salarios o en prestaciones públicas, donde la mejora de un grupo desfavorecido (minorías étnicas, mujeres, personas con discapacidad) no resta nada al grupo que se toma como término de comparación, las cuotas y preferencias sí provocan normalmente ese efecto. En este sentido, si bien no todas las posibles formas de “acción positiva” a favor de un grupo desfavorecido afectan a los miembros de otros grupos, sí producen efectos restrictivos (aunque no necesariamente discriminatorios) las cuotas o preferencias que imponen limitaciones reflejas (*mirror discrimination*) a otros grupos⁴¹. Por definición, toda cuota o preferencia se refiere a una cantidad global de puestos que se distribuye entre varios posibles candidatos. De tal manera que si un grupo social *de facto* o *de iure* se beneficia mayoritariamente del montante total, cualquier cuota o preferencia sobrevenida a favor de otro grupo supone una reducción en la posición del grupo originariamente más beneficiado. En palabras del Tribunal Supremo norteamericano, en relación con las cuotas de estudiantes afroamericanos en las universidades: “College admissions are zerosum, and a benefit provided to some applicants but not to others necessarily advantages the former at the expense of the latter”⁴². Incluso cuando la cuota trata paritariamente a dos categorías sociales simétricas (como una cuota del 50 por 100 a favor de cualquiera de los dos sexos), la mejora de un grupo implica el empeoramiento relativo del otro grupo. Habla aquí la jurisprudencia de un “Derecho desigual igualatorio” (STC 13/2009, FJ 11). El perjuicio relativo que provoca la cuota puede ser empíricamente insignificante o jurídicamente irrelevante, pero no es inexistente⁴³. Que el empeoramiento de un grupo sea jurídicamente irrelevante va a depender, en gran medida, de cómo se configure jurídicamente la igualdad en cada orden constitucional.

⁴⁰ David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica...* cit., p. 78.

⁴¹ Fernando REY MARTÍNEZ, “El debate sobre la constitucionalidad de las cuotas electorales. Recensión al libro de Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada vs. Democracia representativa*, Congreso de los Diputados, 2012, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98 (2013) pp. 405-410 (p. 408).

⁴² *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), p. 7.

⁴³ Alfonso RUÍZ MIGUEL, “Paridad electoral y cuotas”, cit., p. 49; Rodolfo FIGUEROA, “¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento?”, cit., p. 204.

37. En términos generales se puede afirmar que los distintos órdenes constitucionales parten de la premisa implícita de que ciertas cuotas y preferencias de grupo (por sexo, raza, lengua, etc.) actúan sobre el *derecho subjetivo* (constitucional) a la igualdad. De un lado, *promueven* la igualdad individual, la de aquellas personas pertenecientes a grupos desfavorecidos o históricamente discriminados. Y de otro lado, *limitan* la igualdad individual, la de aquellas personas perteneciente a los grupos sociales que soportan las cuotas, que ven así reducida su capacidad de acceso a determinados órganos, entidades u organizaciones.

38. Este planteamiento *iusindividual* es comprensible si tenemos en cuenta que muchas de las constituciones vigentes están construidas originariamente sobre derechos individuales, y que sólo de forma evolutiva y mediata, a través de la interpretación, han acogido mandatos *objetivos* de igualdad social dirigidos primariamente al Estado. En la actualidad, la directa conexión de las cuotas con derechos individuales de igualdad, aún muy presente en la argumentación jurisprudencial y doctrinal, dificulta el análisis jurídico-constitucional de las cuotas. Porque mide las cuotas en términos de beneficios jurídicos (para un grupo de individuos) frente a perjuicios, también jurídicos, de otro grupo de individuos. Queda entonces en un segundo plano el significado objetivo de las cuotas, como configuradoras de un concreto *modelo de sociedad justa*. Sirva esto como advertencia ante el Derecho norteamericano referido a las cuotas, que a mi juicio está más vinculado a la dimensión subjetiva de la igualdad que el Derecho español.

39. En efecto, la perspectiva eminentemente subjetiva de las cuotas está claramente presente en la *jurisprudencia norteamericana*, tanto en la tradicional como en la más reciente, expresada en el caso *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023) (*supra* § 17). Aunque en esta sentencia se sienta una nueva doctrina, muy poco deferente con las cuotas y preferencias, lo cierto es que sigue la pauta *subjetivista* de la jurisprudencia precedente, expresada por primera vez en el caso *Bakke* (1978)⁴⁴. Según la jurisprudencia norteamericana en *Bakke*, en principio son constitucionalmente legítimas las medidas de discriminación positiva (*affirmative actions*) a favor de la población afroamericana. Por ejemplo, mejorando la puntuación para el acceso a universidades de los candidatos afroamericanos. Pero este mejor trato relativo de los estudiantes negros *nunca puede articularse a través de una cuota* concreta para este grupo social, ni puede crear una vía especial de acceso, cerrado para personas

⁴⁴ *Regents of the University of California v. Bakke* 438 US 265 (1978). Allan Bakke era un hombre blanco de 35 años que por dos veces había intentado matricularse en la Escuela Davis de Medicina, de la Universidad de California. Las dos veces fue rechazada su solicitud. La escuela reservaba 16 plazas en cada clase de primer curso (cada una con 100 plazas) para minorías “cualificadas”. Se trataba de una medida del programa de igualdad positiva aprobado por la Universidad, dirigido a revertir la histórica e injusta exclusión de las minorías en el acceso a la profesión médica. El currículo de Bakke (el expediente en el *college* y los resultados de los *tests*) fue superior, en los dos casos en que solicitó la admisión, al de todos los miembros de minorías que fueron admitidos. Bakke alegaba ante los tribunales que su solicitud había sido rechazada por razón de raza.

de otras razas⁴⁵. La raza puede actuar sólo como un *plus* que favorezca una *solicitud individual*, pero no puede legitimar una cuota. Porque, a juicio del Tribunal Supremo norteamericano, las cuotas pueden favorecer injustificadamente a personas que, aun formando parte de un grupo social tradicionalmente desfavorecido, no sufren ninguna discriminación *individual* (y por tanto no requieren de ningún beneficio por su pertenencia al grupo).

40. Desde un punto de vista argumental, la *vis* subjetivista o individualista de la jurisprudencia norteamericana se observa, entre otras cosas, en el decreciente peso legitimador que se concede a las *estadísticas* (que muestran la desigual presencia de minorías raciales o mujeres en ciertos empleos o cargos). La jurisprudencia norteamericana desde *Johnson v. Santa Clara County Transportation Agency* había aceptado, si bien de forma irregular, que la información estadística es relevante para legitimar medidas de discriminación inversa⁴⁶. Esta jurisprudencia se puede considerar hoy muy debilitada, tras la sentencia *Students for Fair Admissions v. Harvard*. Para legitimar preferencias a favor de concretos grupos sociales se exige algo más que estadísticas: discriminaciones concretas a individuos⁴⁷.

41. En el caso de España, las cuotas y preferencias con mayor relevancia constitucional naturalmente conectan con el derecho fundamental de igualdad (arts. 14 y 23.2 CE). Así lo expresan abiertamente algunas leyes de igualdad en relación con el principio de “presencia o composición equilibrada” en el nombramiento de altos cargos⁴⁸. Pero esta conexión, aunque cierta, no es determinante. Tiene mayor peso el art. 9.2 CE, que no enuncia un derecho subjetivo, sino un *mandato o principio objetivo*: impone al Estado la realización efectiva de la igualdad de todos los individuos y de “los grupos sociales en que se integran”. Este planteamiento es expreso en la STC 269/1994, sobre reserva de plazas funcionariales para personas con discapacidad⁴⁹. En este caso, el Tribunal desconecta abiertamente el asunto respecto del derecho fundamental del art. 14 CE porque el planteamiento individual (del candidato que se dice discriminado por la reserva de plazas a favor de un grupo social desfavorecido) “tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a estos de ilegítimos por su impacto desfavorable sobre sujetos individualizados (...)” (FJ 4).

42. Según se ha visto, las cuotas y preferencias pueden conectar en mayor o menor medida con la dimensión subjetiva (derecho fundamental) o con la dimen-

⁴⁵ *Regents of the University of California v. Bakke* 438 US 265 (1978), p. 315, y luego *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), p. 18.

⁴⁶ *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987).

⁴⁷ Theresa MARKS, “Johnson v. Santa Clara County Transportation Affirmative Action Expanded Under Title VII”, *Golden Gate University Law Review*, vol 18 (3), 1988, pp. 567-588 (pp. 573, 575 y 586).

⁴⁸ Por ejemplo, art. 13, en relación con el art. 12, de la Ley gallega 7/2023, de 30 de noviembre, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁴⁹ Crítico con este planteamiento: David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica...cit.*, p. 204.

sión objetiva (mandato o fin constitucional) de la igualdad. Cada una de las dos dimensiones de la igualdad está más o menos presente según se atienda al *grupo beneficiado* por las cuotas o al grupo potencialmente *perjudicado* o limitado por ellas. Como sigue.

3.1.1. Igualdad y grupos beneficiados

43. En relación con el *grupo beneficiado* por las cuotas, prevalece la dimensión *objetiva* de la igualdad: como objetivo, fin o principio constitucional que impone al Estado la consecución de una sociedad más justa (igualitaria), en la medida en que dicha igualación sea compatible con otros bienes o valores constitucionales también dignos de protección. El objetivo de una sociedad más igualitaria es lo que impone el art. 9.2 CE, en conexión directa con el principio de *Estado social* (art. 1.1 CE), pues las cuotas sirven precisamente para favorecer a las clases o grupos sociales desfavorecidos, que es un objetivo central —aunque no único— del Estado Social⁵⁰. A veces, esos grupos sociales están directamente identificados en la Constitución, tal es el caso de las mujeres (art. 14.2 CE) o de las personas con discapacidad (art. 49 CE), aunque esto no impide que la ley pueda crear cuotas o preferencias para otros grupos no mencionados por la Constitución. En todo caso, sea cual sea el grupo beneficiado, las cuotas y preferencias sirven al fin constitucional de la igualdad porque mejoran a futuro las *posibilidades* de todos los miembros de un grupo. Esto no implica que las cuotas y preferencias necesariamente definan *situaciones jurídicas individualizadas* para los concretos individuos del grupo beneficiado. Así, como en seguida se verá, las cuotas electorales a favor de cada sexo son claramente igualitarias, pero no configuran ningún derecho subjetivo a ser candidato o candidata en una concreta lista (*infra* § 43). Más bien, las cuotas mejoran la presencia y visibilidad de los grupos beneficiados, pero solo mediata y ocasionalmente crean poderes jurídicos a favor de los concretos individuos del grupo.

44. Desde una perspectiva *objetiva*, es constitucionalmente legítimo un mejor trato jurídico a todo un grupo social, con independencia de que algunos *miembros* de ese grupo, considerados de forma individualizada, no se encuentren en una situación desfavorable *ex ante* (STC 269/1994, FJ 4). Prima aquí una comprensión objetiva (finalista) de las cuotas. Por eso puede ser beneficiario individual de las cuotas incluso quien no necesita un mejor trato. Las cuotas no se imponen como respuesta a un derecho individual a la igualdad, sino como opción general de *política social*. Esta comprensión objetiva y social de las cuotas, que no se detiene en la situación individual de cada uno de sus potenciales beneficiarios, es coherente con una jurisprudencia constitucional tradicional que niega categóricamente un hipotético derecho fundamental a que la ley disponga un trato desigual (más favorable) para situaciones

⁵⁰ José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado Social*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 24.

disímiles⁵¹. Las cuotas y preferencias efectivamente promueven la igualdad en la sociedad, como manda el art. 9.2 CE, pero no son el contenido inmediato y exigible del derecho individual a la igualdad que garantiza el art. 14 CE. Esto no impide que, una vez que *la ley establece* una cuota o preferencia, su cumplimiento pueda ser exigido individualmente, y su eventual infracción pueda ser tachada de discriminatoria y por tanto lesiva del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE). Así resulta con claridad del art. 4.2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que considera directamente lesivo del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación “el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales”. Pero no estaríamos ya aquí ante un hipotético derecho fundamental a la *existencia* de cuotas y preferencias (a favor de concretos grupos sociales tradicionalmente preteridos), sino ante el derecho a la correcta aplicación de una ley que depara un mejor trato relativo a aquellos grupos sociales.

45. En este momento histórico, las cuotas mínimas de personas de ambos sexos en las *listas electorales* favorecen la posición social y política de las mujeres (como categoría social), pero por sí no reconocen *ningún poder jurídico específico* a ninguna mujer (ni como elegible, ni como electora). Así, las dos sentencias centrales sobre las cuotas por sexo en las listas electorales claramente difuminan la dimensión subjetiva de esas cuotas, y traen a un primer plano el mandato constitucional de igualdad que expresamente impone el art. 9.2 CE. El Tribunal Constitucional considera —explícita o implícitamente— que las cuotas *no conceden mayores facultades jurídicas* a las electoras femeninas; y tampoco aumentan las facultades de las posibles candidatas (SSTC 12/2008, FJ 5; y 13/2009, FJ 11). De ahí que las cuotas femeninas no puedan considerarse como configuración legal del derecho subjetivo a la igualdad en el acceso a los cargos representativos (arts. 14 y 23.2 CE) y sí, sólo, como normas promotoras de una mayor presencia de la mitad de la población (las mujeres) en los parlamentos y plenos municipales, como exigen no sólo el valor de igualdad presente en los arts. 1.1 y 9.2 CE, sino incluso el principio democrático (STC 12/2008, FJ 5) (*infra* § 57).

46. En esencia, el derecho *subjetivo* a la igualdad (como el que garantizan el art. 14 CE y el art. 23. 2 CE) exige igualdad de trato y prohíbe la discriminación. Pero no incluye ninguna facultad para exigir un mejor trato relativo, o una discriminación inversa. Es un derecho esencialmente *reaccional*. No legitima para exigir

⁵¹ Entre otras: SSTC 86/1995, 38/1994, 241/2000, 69/2007, FJ 4; Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La igualdad en la ley y en la aplicación de la ley”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, pp. 334-371 (p. 354). Matizando esta jurisprudencia: Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Anotaciones sumarias sobre el “derecho a la diferencia” de trato”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Democracia constitucional y diversidad cultural*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 11-28 (p.21). En la jurisprudencia social: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) de 20 abril de 2022 ([ECLI:ES:TSJM:2022:5009](#)).

un acceso favorecido a ningún órgano o entidad pública, y no exige una concreta configuración legal (STC 192/2012, FJ 5)⁵², aunque sí protege frente a reglas y decisiones administrativas que, de *iure o de facto*, discriminen a determinados grupos de personas. La igualdad de trato y la no discriminación se satisfacen si en el acceso a puestos y cargos públicos no median requisitos, procedimientos o condiciones que *de iure o de facto* perjudican a los miembros de un grupo social; y si esos requisitos, procedimientos y condiciones de acceso tienen suficientemente en cuenta las singularidades o dificultades características de un grupo o categoría social.

47. La dimensión *objetiva* de las cuotas y preferencias, como instrumento de transformación social a favor de grupos desfavorecidos (arts. 9.2 CE y 14.1 y 2 CE), más que como poder jurídico individual directamente derivado del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), tiene algunos *efectos ponderativos* importantes. Entendido como un principio, objetivo o fin constitucional, la superación de situaciones abstractas de desigualdad o discriminación (contra ciertos grupos sociales) es un mandato constitucional flexible o ponderable, que puede ceder frente a otros valores, principios y derechos constitucionales, sobre todo cuando la Constitución no ha identificado expresamente al grupo social merecedor del mejor trato. En esa medida, las posibles cuotas y preferencias están sometidas a más límites constitucionales que las que tolerarían esas mismas cuotas y preferencias, si se entendieran como contenido subjetivo del derecho fundamental a la igualdad. En esta clave se puede explicar también la jurisprudencia alemana referida a la fijación (administrativa, no por ley) de preferencias en los ascensos funcionariales, a favor de mujeres y personas con discapacidad (BVerwGE 140, 83: *supra* § 34). Esta jurisprudencia efectivamente conecta las preferencias con la dimensión objetiva de la igualdad, porque promueven un mejor trato a grupos sociales tradicionalmente discriminados en la función pública. Pero, según esta misma jurisprudencia, tal conexión no legitima preferencias en los ascensos funcionariales a favor de mujeres y personas con discapacidad. La comprensión simplemente objetiva, finalista e institucional de las cuotas y preferencias las debilita frente a otros bienes jurídico-constitucionales. Por ejemplo, respecto del art. 33.2 GG que establece el derecho subjetivo cuasi-fundamental de acceso a la función pública en condiciones de mérito y capacidad (*Leistungsprinzip*). Según la jurisprudencia contencioso-administrativo alemana, es este un derecho constitucional casi absoluto, muy resistente a la limitación por ley (BVerwGE 140, 83 [FJ 14]), lo que dificulta de forma contundente que el objetivo constitucional de igualación social de las mujeres y las personas con discapacidad se articule a través de preferencias en el empleo público⁵³. En otros términos: si bien las cuotas y preferencias *objetivamente* sirven a la igualación social (impulsada por el art. 3.2 y 3 GG), tal instrumento no resulta constitucionalmente viable al encontrar en frente un derecho fundamental cuasi absoluto, como el de acceso a la función pública por méritos y capacidad (art. 33.2 GG).

⁵² En relación con el art. 23.2 CE: Margarita BELADIEZ, “Comentario al artículo 23 de la Constitución”, cit., p. 704.

⁵³ Monika JACHMANN-MICHEL y Anna Bettina KAISER, „Kommentar zum Artikel 33 GG“, cit., p. 832 § 21.

3.1.2. Igualdad y grupos perjudicados

48. Desde la perspectiva de los grupos o categorías sociales que soportan las cuotas o preferencias (porque limitan o pueden limitar las posibilidades de acceso a determinados puestos o cargos) se puede plantear una posible afección al derecho fundamental de igualdad. Esto es, al derecho fundamental en su dimensión *subjetiva*. Sin embargo, esta *afección* no necesariamente determina una lesión del derecho fundamental. Es obvio que las cuotas no promueven la igualdad de quienes no son beneficiados por ellas. Por eso, desde la perspectiva de los individuos no beneficiados, las cuotas *carecen del significado objetivo o igualador* que ordena el art. 9.2 CE. Para los individuos que soportan las cuotas o preferencias sólo son relevantes sus posibles efectos subjetivos negativos: las posibles discriminaciones o diferencias de trato (y con ello, la hipotética infracción de los derechos de igualdad *ex arts. 14 y 23.2 CE*).

49. Una primera cuestión sobre la posible lesión del derecho a la igualdad se refiere al *parámetro normativo* con el que se valora la cuota o la preferencia. En Derecho español, siguiendo la estela de la jurisprudencia europea en torno al art. 14 CEDH⁵⁴, se distingue con frecuencia —aunque no siempre, o no siempre de forma clara— entre el derecho a un trato igual (art. 14.1 CE) y el derecho a no ser discriminado (art. 14.2 CE)⁵⁵. El derecho a la *igualdad de trato* permite regulaciones jurídicas diferenciadas, pero sólo si están apoyadas en elementos objetivos y si el alcance de la diferencia no es desproporcionado, en relación con el factor objetivo que motiva la diferencia de trato (entre muchas: SSTC 49/1982, FJ 2; STC 59/2008, FJ 7; 76/2008, FJ 3). El derecho a *no sufrir discriminación* resulta menos aprehensible, pues aunque expresamente prohíbe toda discriminación por razones personales (como el sexo, entre otras), no impide un mejor trato selectivo a algunos grupos sociales. Se asume hoy generalmente que, en realidad, el derecho a no sufrir discriminación (art. 14.2 CE) protege específicamente a aquellos grupos humanos que, por distintos motivos (como el sexo, la religión o la raza) *históricamente han sufrido y sufren discriminación* (SSTC 41/2006, FJ 3; y 26/2011, FJ 4).

50. Esto explica que, abandonando su inicial jurisprudencia sobre el “varón discriminado”, que negaba que la ley pudiera beneficiar a las mujeres por su simple condición sexual (STC 81/1982), la jurisprudencia constitucional declare hoy pacíficamente que la creación de consecuencias jurídicas beneficiosas sólo para mujeres (con exclusión de los hombres) no infringe el derecho fundamental a no ser discriminado (art. 14.2 CE), precisamente porque son las mujeres, y no los varones, la

⁵⁴ STEDH de 18 de julio de 1994, *Karlheinz Schmidt v. Germany* § 24; STEDH de 21 de febrero de 1997, *Van Raalte v. The Netherlands* § 39.

⁵⁵ Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La igualdad en la ley y en la aplicación de la ley”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y María Emilia CASAS BAAMONDE, *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, pp. 334-371 (p. 354).

categoría social tradicionalmente discriminada⁵⁶. En este punto, la jurisprudencia española se separa de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, contrario por principio a que, salvo que concurren razones muy poderosas (*very wighty reasons*), el sexo pueda ser un criterio diferenciador en las leyes⁵⁷. La comprensión del art. 14.2 CE como un listado de discriminaciones actualmente existentes (más que como criterios inidóneos para la diferenciación legal) explica que las mismas leyes que genéricamente prohíben toda discriminación directa por razón de sexo (así, el art. 61 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵⁸ [LOI]), simultáneamente incluyan algunas diferencias de trato en favor de las mujeres (que excluyen a los hombres). Traído todo esto al tema que nos ocupa, se podría concluir que, en la medida en que se refieran a grupos estructural o históricamente desfavorecidos, las cuotas y preferencias no pueden producir discriminaciones prohibidas por el art. 14.2 CE. Sólo se podrá valorar, entonces, si la *diferencia de trato* (respecto de los demás individuos y grupos no favorecidos) es objetiva y proporcionada, como exige el art. 14.1 CE.

51. Sentada la anterior premisa, dos son las formas argumentales mediante las que se rechaza que las cuotas sean lesivas del derecho fundamental a la igualdad *ex* art. 14.1 CE. De un lado, se *relativiza* el efecto perjudicial y subjetivo de las cuotas o preferencias, para los miembros de los grupos que las soportan. De esta manera, no habiendo perjuicio o sacrificio, difícilmente puede haber vulneración del derecho a la igualdad. De otro lado, el posible perjuicio se somete a un *test de proporcionalidad* más o menos riguroso, conforme al cual el resultado pretendido (la mayor presencia de un grupo social en un órgano o entidad) justifica un modesto trato desigual de los perjudicados.

52. Así, en el caso de las *cuotas femeninas* o de cualquiera de los dos sexos en órganos administrativos (como, por ejemplo, en las *comisiones de selección de personal*), la jurisprudencia constitucional niega abiertamente que dicha cuota contenga un trato desigual o discriminatorio para los hombres. Porque el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas (garantizado por los arts. 14.1 y 23.2 CE) no incluye la facultad de formar parte de las comisiones de acceso a la función pública. A lo más, los funcionarios de un determinado cuerpo tienen una “expectativa” legítima de formar parte de esas comisiones, pero no una verdadera facultad subjetiva (STC 13/2009, FJ 5). Según se ve, se mezclan aquí dos cuestiones en principio diferenciables: si el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad incluye una hipotética facultad (de cada funcionario) de participar en las comisiones de selección de los nuevos funcionarios; y si la reserva de un porcentaje determinado de mujeres en esas comisiones supone un trato discriminatorio para los fun-

⁵⁶ Ana María DE LA ENCARNACIÓN, “Acceso y promoción de la mujer en el empleo público. Discriminación por razón de género en España y Europa”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 65 (2024), pp. 1-41 (p. 4).

⁵⁷ STEDH de 21 de febrero de 1997, *Van Raalte v. The Netherlands*, § 39.

⁵⁸ En términos idénticos o muy parecidos: art. 4.2 de la Ley gallega Ley 7/2023, de 30 de noviembre, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

cionarios varones (porque verían reducido el número de puestos de la correspondiente comisión a los que potencialmente podrían acceder: el 100 por 100). Por principio, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional en torno al art. 23.2 CE (que contiene un derecho de igualdad especial respecto del general del art. 14.1 CE) es correcto afirmar que ningún funcionario tiene derecho fundamental a participar en las comisiones de selección, precisamente porque el derecho del art. 23.2 CE sólo incluye el acceso y el ejercicio efectivo de las funciones propias del puesto (*ius in officio*), de lo que razonablemente puede considerarse excluida la presencia en las comisiones de selección. Pero incluso si los funcionarios no tienen derecho fundamental a formar parte de las comisiones de selección (lo que haría inaplicable el art. 23.2 CE), la ley que limita la presencia de los funcionarios varones en esas comisiones no puede considerarse *per se* ajena a la igualdad de trato que garantiza el art. 14.1 CE. Esto no significa, claro es, que la imposición legal de una cuota o porcentaje a favor de funcionarias sea inconstitucional. Pues precisamente la menor presencia femenina en la función pública puede dar lugar a que, por exigencia del mandato objetivo del art. 9.2 CE, se asegure la presencia de mujeres en todas las comisiones de selección. Pero estaremos en todo caso en el ámbito operativo del art. 14.1 CE, que permite el trato desigual siempre que haya una razón objetiva que lo justifique y siempre que el trato desigual no sea desproporcionado. Según esto, una cuota de presencia femenina en los tribunales de oposiciones podría ser contraria al art. 14.1 CE en relación con cuerpos funcionariales donde la mencionada cuota no fuera necesaria; o si, a la vista de la presencia real de las mujeres en un determinado cuerpo funcional, la cuota fuera desproporcionada (*infra* § 86). Esta conclusión no es contraria a que las leyes impongan, con carácter general y abstracto, determinadas cuotas femeninas (o de los dos sexos) en las comisiones de selección, pero sí demanda que esa cuota sea *flexible* (*infra* § 93). Esto es, que sea modulable o excepcional para concretos cuerpos funcionariales.

53. La relativización o incluso exclusión del efecto lesivo de las cuotas y preferencias también está presente en la jurisprudencia constitucional sobre las cuotas de sexo en las *listas electorales* (como las que establece el art. 44 *bis* LOREG). Sostiene aquí la jurisprudencia constitucional que tales cuotas *no producen verdaderos sacrificios* individuales para los varones. Primero, porque ningún elector tiene derecho a una determinada composición de las listas; y segundo, porque ningún posible candidato tiene derecho a ocupar cualquier posición en una lista (STC 13/2009, FJ 15). La composición de las listas y, por tanto, la mayor o menor presencia de varones en ellas, estaría sustancialmente abierta a la libre configuración legal. A lo sumo, serían los partidos políticos (y no los varones) quienes verían limitada su autonomía en la confección de las listas⁵⁹. Mas esta autonomía, aunque pudiera tener cierta relevancia constitucional *ex art. 6 CE*, no guardaría ninguna relación con un hipotético derecho masculino a no soportar restricciones en su posible presencia en las listas electorales. Conforme a esta jurisprudencia constitucional, la simple *negación del carácter sacrificial* de las cuotas de sexo o femeninas bastaría para excluir todo análisis ulterior *ex art. 14.1 CE*. En mi opinión, no se puede negar de entrada que las cuotas o preferen-

⁵⁹ Alfonso RUÍZ MIGUEL, “Paridad electoral y cuotas”, cit., p. 49.

cias despliegan efectos restrictivos para los individuos de los grupos no beneficiados, lo cual no implica que esos efectos restrictivos sean inconstitucionales. Si se acepta que las cuotas generan algún sacrificio en los varones, incluso secundario o residual, lo procedente es aplicar un control de proporcionalidad, destinado a comprobar si el posible sacrificio o perjuicio (incluso residual) resulta idóneo, necesario y ponderado. Esto no impide reconocer que, en puridad, una vez que se han minimizado los efectos negativos de las cuotas o preferencias, el test de proporcionalidad sería más estético que real. El *subtest* de idoneidad se superaría con facilidad tautológica, pues es evidente que la mayor presencia de mujeres en las listas electorales refuerza su participación o presencia institucional. Y también el *subtest* de ponderación sería fácilmente superable. Pues una vez minimizado el elemento sacrificial de las cuotas, fácil resulta ya concluir que tal sacrificio (inexistente o residual) es ponderado por comparación con el refuerzo de la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

54. La jurisprudencia constitucional española, que ya se ha visto que tiende a *minimizar o excluir* el efecto discriminatorio de las cuotas femeninas (o de sexo) tanto en órganos administrativos como en órganos electos, contrasta con la jurisprudencia norteamericana en relación con las *preferencias de raza* para el acceso a determinados órganos o entidades (públicas y privadas). Esta jurisprudencia se enuncia con claridad en la sentencia *Students for Fair Admissions* (2023) (*supra* § 17). Recuérdese que en aquel caso el Tribunal Supremo consideró que los estudiantes asiáticos resultan perjudicados en el acceso a las universidades de Harvard (privada) y Carolina del Norte (pública) porque en la fase final del procedimiento selectivo había una modesta *preferencia abstracta* a favor de los candidatos afroamericanos. Comprobada la existencia de un sacrificio para concretas personas (los candidatos de origen asiático) se considera que hay una afección real al derecho a la igualdad reconocido por la 14^a Enmienda de la Constitución federal. Y es entonces cuando se indaga si dicha afección resulta proporcionada y, con ello, constitucionalmente legítima. Según se ve, el Tribunal formula su conclusión sobre dos premisas lógicas: primera, que la cuota o preferencia a favor de un grupo *impone sacrificios* reales a otro grupo; y segunda, que tal sacrificio es *desproporcionado*. En puridad, lo que aquí se califica como proporcionalidad no es, en la jurisprudencia norteamericana, una exigencia sustantiva sobre la medida o norma de preferencia, sino una descripción del posible *alcance del control judicial* en relación con dicha medida. En función de cuál sea la causa de la preferencia, el control judicial es muy intenso (*strict scrutiny*) o más laxo (*intermediate scrutiny; rational basis scrutiny*). La preferencia por razón de raza o etnia activa un control judicial especialmente intenso (*strict scrutiny*), mientras que otras posibles preferencias no pasan de un control sobre la racionalidad de la diferenciación (*rational basis scrutiny*). Actualmente, y después de algunas oscilaciones jurisprudenciales, las diferencias de trato por razón de sexo, edad y estatus económico sólo son objeto de un control judicial de racionalidad (*rational basis scrutiny*)⁶⁰. Es obvio que toda esta graduación norteamericana

⁶⁰ David M. O' BRIEN, "The Equal Protection of the Laws," en David M. O' BRIEN y Gordon SILVERSTEIN, *Civil Rights and Civil Liberties*, 10^a ed., vol. 2, New York, W. W. Norton & Company, 2017, pp. 1496-97.

sobre el alcance del posible control judicial es muy distinta de la exigencia sustantiva de proporcionalidad propia del Derecho continental europeo. Primero, porque el principio europeo de proporcionalidad es un parámetro constitucional sustantivo, no de control judicial (esto es, el control judicial es sólo una consecuencia de la naturaleza normativa del principio de proporcionalidad). Segundo, porque en Europa los posibles grados de control judicial se articulan técnicamente a través de la estructura trimembre del principio de proporcionalidad (adecuación, necesidad, ponderación), de tal manera que *la causa* de la preferencia no presenta un carácter tan determinante como en la jurisprudencia norteamericana: en Derecho europeo importa, ciertamente, cuál sea la causa de la preferencia, pero también su mayor o menor adecuación y necesidad, y el grado de sacrificio sobre otros bienes jurídicos (de hecho, como en seguida se explicará, la causa de la preferencia se canaliza a través del *subtest* de ponderación). En puridad, aunque ni el *strict scrutiny* ni el *rational basis scrutiny* norteamericanos son fácilmente reconducibles al principio de proporcionalidad europeo, para una comparación funcional podría decirse que ambos grados de revisabilidad definen el perímetro de un control judicial que en el continente europeo calificamos como control de proporcionalidad. En todo caso, y admitido que hay diferencias ostensibles entre la exigencia europea de proporcionalidad y los diversos grados de control de los tribunales norteamericanos sobre medidas que contienen diferencias de trato, la comparación al menos permite destacar que la jurisprudencia norteamericana (a diferencia de la jurisprudencia constitucional española) da por obvio que toda preferencia (y lo mismo se podría decir de una cuota) impone una restricción o sacrificio a las personas no beneficiadas, lo que activa alguna suerte de control judicial (más o menos intenso, en función de la causa y el alcance de la preferencia). En lo demás, el enjuiciamiento propio de los tribunales norteamericanos es parcialmente distinto al que comúnmente lleva a cabo el Tribunal Constitucional español. Veamos.

a) La jurisprudencia norteamericana examina, en primer lugar, si existe un *interés público específico y cualificado* que justifique el trato desigual que naturalmente resulta de toda preferencia. Cuando la causa de la preferencia es la raza se aplica un *control teleológico severo* (*strict scrutiny*) que exige la presencia de intereses generales precisos y mesurables. No es un interés general suficiente la simple aspiración a una sociedad más justa e igualitaria, o la genérica mejora del sistema educativo. Cuando la preferencia no se refiere a una “categoría sospechosa” (como la raza), sino a otra condición personal (como el sexo o la edad) se aplica un simple control de racionalidad (*rational basis scrutiny*) que se limita a comprobar que haya una conexión racional entre la medida diferenciadora y un “legítimo interés gubernamental”. Este primer test se corresponde en parte con lo que, en la estructura común del principio de proporcionalidad europeo, se califica como *subtest* de *ponderación*, que también pregunta por la existencia de un bien o interés jurídico que justifique suficientemente la restricción de otro bien o derecho. La diferencia entre ambos *tests* está precisamente en que en la jurisprudencia norteamericana la pregunta sobre el interés general al que sirve el sacrificio es inicial, no final (como en el Derecho continental europeo).

b) Seguidamente, y en la medida en que exista un interés general específico para el trato desigual, se cuestiona la *necesidad* de ese mismo sacrificio. En puridad, esta referencia norteamericana a la necesidad incluye elementos de lo que en Derecho continental europeo se distribuye en los tres *subtests* del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y ponderación. El Tribunal Supremo norteamericano analiza, de forma tópica, la propia *configuración normativa del grupo beneficiado*: de un lado, si el grupo beneficiado es demasiado grande (pues en tal caso podría incluir muchas situaciones individuales no merecedoras del mejor trato); también, si la propia definición del grupo puede resultar negativa para concretos individuos o subgrupos, en tanto que los estereotipa (presume de todos ellos el minusvalor o la situación negativa de partida que se pretende superar con la cuota o la preferencia). El análisis de la necesidad incluye también un escrutinio preciso sobre el *alcance negativo* (discriminatorio) sobre los grupos no beneficiados. Nótese aquí que la existencia de efectos negativos sobre otros no es la premisa inicial para el control judicial de las cuotas y preferencias, sino una parte del *subtest* de necesidad. Finalmente, el escrutinio judicial pregunta por el *alcance temporal* de los beneficios, que en ningún caso pueden ser permanentes (“at some point they must end”)⁶¹.

3.2. Representatividad

55. Aunque la igualdad es el valor social y jurídico que normalmente justifica las cuotas y preferencias, la mera igualdad no las explica —ni legitima— por entero. Además, hay que recordar que el principio de igualdad actúa en un doble sentido: favoreciendo la presencia pública de grupos sociales tradicionalmente ausentes, infrarrepresentados o preteridos, con amparo inmediato en el art. 9.2 CE; e imponiendo límites o restricciones a los grupos sociales más presentes o sobrerrepresentados, con posible afeción al derecho a la igualdad que garantiza el art. 14.1 CE. Por eso, en la medida en que el principio de igualdad simultáneamente legitima y constriñe las cuotas y preferencias, en cada caso concreto es conveniente comprobar si otros principios constitucionales orientan y dotan de legitimidad suplementaria —más allá de la que aporta el art. 9.2 CE— a posibles cuotas y preferencias. Este puede ser el caso del principio democrático (art. 1.1 CE).

56. Las cuotas, reservas o preferencias no sólo pretenden que los grupos sociales desfavorecidos, no reconocidos, o tradicionalmente discriminados, ganen presencia en los órganos y entidades públicas. Pretenden, también, que esos órganos y entidades públicas *reflejen adecuadamente la sociedad* a la que sirven. Esto es, que haya identidad, o al menos correspondencia, entre la composición humana de los órganos públicos y la estructura de la sociedad para la que actúan⁶². Con esta perspectiva, una sociedad compuesta en su mitad por mujeres debería tener, en correspondencia,

⁶¹ *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), p. 6.

⁶² Sally C. SELDEN, “A Solution in Search of a Problem?”, cit., p. 911; Ana María DE LA ENCARNACIÓN, “Acceso y promoción de la mujer en el empleo público...”, cit., p. 8.

una presencia paritaria en los órganos y entidades públicas⁶³. Tanto en sus asambleas electas como en el resto de los órganos y entidades públicos. Una sociedad con 1.929.400 personas en edad laboral con discapacidad (datos de 2022⁶⁴) debería contar con un porcentaje simétrico de empleados públicos con discapacidad. A una sociedad multilingüe debería corresponder también una composición plural de sus entidades públicas. Y a una sociedad con minorías étnicas o raciales debería corresponder una presencia representativa de esos grupos sociales en los distintos órganos y entidades públicos.

57. Como se ve, la correspondencia entre sociedad y poder público trasciende de la simple idea de igualdad. Se plantea, entonces, cuál es el significado jurídico de esa correspondencia o identidad relativa entre sociedad y poder público. Por ahora, el mejor anclaje constitucional de la correspondencia o representatividad se sitúa en el *principio democrático*, como el que enuncia el art. 1.1 CE. Así se ha sostenido, por ejemplo, en relación con las cuotas electorales a favor de los dos sexos. Según esto, una comunidad política donde rige el principio democrático y compuesta casi simétricamente por hombres y mujeres no puede estar gobernada por órganos abrumadoramente integrados por hombres⁶⁵. El principio democrático no se limita a garantizar que todas las personas (o todos los ciudadanos) puedan ser electores y elegidos. Exige también que el poder público refleje la estructura del *demos* propio de cada sociedad o comunidad política. De esta manera, dependiendo del alcance de las cuotas, y de la situación del grupo social beneficiado, puede estar más o menos presente el valor de la igualdad o la idea de correspondencia democrática. Se ha dicho en la filosofía política que en la regla de paridad de hombres y mujeres en las listas electorales hay un componente preponderante de igualdad, más que de representatividad, porque de esa manera “[se corrige] la representación, no para que esta refleje como un espejo a la sociedad, sino para evitar la dominación histórica de ciertos grupos por otros (...)”⁶⁶. A mi juicio, sólo en cada concreto contexto, y en relación con la presencia histórica y real de cada grupo social en la correspondiente entidad pública, se puede calificar una cuota o reserva como más o menos *igualitaria o representativa*. En mi opinión, las cuotas femeninas son originariamente igualitarias, pero según se van eliminando las barreras discriminatorias gana peso su significado representativo. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que la concreta calificación de cada cuota no es baladí, pues activa normas constitucionales más o menos restrictivas.

58. El significado representativo de cada cuota o reserva depende en buena medida de cuál sea el *órgano o entidad* sobre los que se proyecten. Es necesario distinguir aquí entre los parlamentos o asambleas de electos y la Administración pública. Empezando por las cámaras, parlamentos o asambleas de electos, el significado democrático-representativo de las cuotas depende de cómo se entienda el propio principio de-

⁶³ Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, cit., p. 290.

⁶⁴ Servicio Estatal de Empleo, *Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal*, Madrid, 2023, p. 12.

⁶⁵ Fernando REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, cit. p. 172.

⁶⁶ Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, cit., p. 290.

mocrático en cada ordenamiento constitucional. En función de este entendimiento, el principio democrático podrá servir como impulso o como freno para determinadas cuotas en las listas electorales (que son determinantes de la composición final de la correspondiente asamblea). Entendida la democracia como *vínculo representativo formal* entre el conjunto del cuerpo electoral y una *institución* (una cámara o una asamblea) en la que cada uno de sus miembros representa al conjunto de la nación, comunidad o cuerpo electoral, el principio democrático es contrario a las cuotas y reservas en las listas⁶⁷. En cambio, una comprensión más “descriptiva” de la democracia representativa, que busque una razonable *correspondencia* entre los elegidos y la composición real del cuerpo electoral, puede favorecer la imposición de cuotas o reservas en las listas electorales, a favor de ciertos grupos o categorías cuya relevancia o presencia social no va pareja a su presencia real en los órganos políticos. Esta idea de correspondencia subjetiva entre la estructura social y las instituciones democráticas desborda la comprensión tradicional (liberal) de la democracia representativa, construida sobre la ficción política de que cada uno de los electos representa a toda la nación o pueblo⁶⁸. Se produce así una “transformación de la democracia representativa en democracia popular”⁶⁹ o de grupos⁷⁰. Esto explica que las cuotas de sexo en las listas electorales hayan encontrado fuertes objeciones en sistemas constitucionales contruidos sobre el imaginario político de la democracia representativa liberal.

59. La comprensión de cada elector como representante de toda la nación, o de todo el cuerpo electoral, estuvo presente en la jurisprudencia del *Tribunal Constitucional francés* cuando, en 1982, declaró inconstitucional la ley que garantizaba a cada sexo al menos un 25 por 100 de las listas electorales municipales. En palabras del tribunal francés: “(...) en términos del artículo 3 de la Constitución: «la soberanía nacional pertenece al pueblo, que la ejerce a través de sus representantes y por medio de referéndum. Ningún sector del pueblo y ningún individuo puede atribuirse su ejercicio (...)». Y según el artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano: «Siendo todos los ciudadanos iguales a los ojos de la ley, igualmente pueden acceder a todas las dignidades, puestos o empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que sus propias virtudes y talento» (...). De estos textos resulta que la condición de ciudadano abre el derecho de voto y la elegibilidad en forma

⁶⁷ En este sentido: Voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez en las SSTC 12/2008 y 13/2009.

⁶⁸ Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada...*, pp. 159, 169 y 176; Francisco CAAMAÑO RODRIGUEZ, “La prohibición de mandato imperativo”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, 2018, pp.33-40 (p. 34); María Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución*, cit., p. 133. En clave histórica: Marta LORENTE, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, UAM Ediciones, Madrid, 2010, pp. 27 y 32.

⁶⁹ Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, cit., pp. 288 y 292.

⁷⁰ Marc CARRILLO, “Cuotas e igualdad por razón de sexo: una reforma constitucional y un caso singular”, en Luis LÓPEZ GUERRA (coordinador), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Joaquín García Morillo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 170 y ss.

idéntica a todos aquellos que no estén excluidos por razón de edad, incapacidad o nacionalidad, o para proteger la libertad del elector o la independencia de los electos; (...) estos principios constitucionales se oponen a toda división por categorías de los electores o de los elegibles (...)”⁷¹. Según se ve, aquí la igualdad y la democracia representativa niegan la posibilidad de *fragmentación*: tanto de los electores (lo que impide la representación estamental), como de los elegibles (que tampoco pueden seccionarse)⁷². Siendo esta la comprensión de la democracia representativa en el Tribunal Constitucional francés, fue necesaria una reforma constitucional expresa⁷³ para que luego la ley (desde 2019) pudiera incluir las actuales cuotas de ambos sexos en las listas electorales⁷⁴. Similares argumentos utilizó también el Tribunal Constitucional del Land de Brandeburgo en relación con la Ley de Paridad del Land (Zweites Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Landeswahlgesetzes - Parité-Gesetz vom 12. Februar 2019 (GVBl. 2019, Teil I, Nr. 1 vom 12. Februar 2019)). En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional del Land consideró que “(...) con base en el principio democrático no se puede exigir, por parte de ningún grupo social, una cuota representativa proporcional en el parlamento; el principio representativo de la Constitución [del Land] no prevé que la composición del parlamento refleje la diversidad de grupos sociales” (Sentencia de 23 de octubre de 2020 [VerfGBbg, Urteil vom 23. Oktober 2020 - VfGBbg 55/19]).

⁷¹ Decisión núm. 82-146 DC, de 18 de noviembre de 1982, considerandos 6, 7 y 8. La misma doctrina se reiteró después en la Decisión 98-407 DC, de 14 de enero de 1999 (en relación con las listas electorales en las elecciones regionales) y en la Decisión 99-412 DC, de 15 de junio de 1999 (en relación con la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias)

⁷² Louis FAVOREU y Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10ª ed., Dalloz, Paris, 1999, p. 561.

⁷³ Artículos 3 y 4 de la Constitución francesa, modificados por Ley constitucional núm. 99-569, de 8 de julio (traducción y cursiva propias):

Artículo 3:

“La soberanía nacional reside en el pueblo, que la ejerce por medio de representantes y a través de referéndum.

Ningún estamento del pueblo y ningún individuo se pueden atribuir su ejercicio.

El sufragio podrá ser directo o indirecto, en las condiciones establecidas por la Constitución, y será siempre universal, igual y secreto.

Son electores, en las condiciones establecidas por la ley, todos los ciudadanos franceses de ambos sexos mayores edad y en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

La ley promueve el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas”

Artículo 4:

“Los partidos y agrupaciones políticas concurren a la expresión del sufragio.

Se forman y ejercen su actividad libremente.

Están obligados a respetar los principios de la soberanía nacional y de la democracia.

Contribuyen a la eficacia del principio enunciado en la última frase del artículo 3 en las condiciones señaladas por la ley.

⁷⁴ Artículo L2122-7-2 del Código de Corporaciones Territoriales, modificado por la Ley núm. 2019-1461, de 27 de diciembre: “En los municipios de más de 1.000 habitantes, los concejales se eligen por mayoría absoluta, mediante listas cerradas y bloqueadas. Cada lista se compone alternativamente de un candidato de cada género” (traducción propia).

60. En España, estos argumentos estuvieron presentes en las SSTC 12/2008 (sobre el art. 44 *bis* LOREG) y 13/2009 (sobre la Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres) aunque, como muestra precisamente el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata, no fueron acogidos por la mayoría. El Tribunal Constitucional español adoptó una visión más “descriptiva” de la democracia representativa. En ella, las asambleas electas no son sólo los agentes o representantes formales de la comunidad política, sino que *se corresponden e identifican* con la comunidad política a la que sirven.

61. Por supuesto que las cuotas electorales no son el único medio jurídico de asegurar la representatividad real y específica de algunos grupos sociales en asambleas generales. La búsqueda de la correspondencia o identidad entre electores y elegidos también está presente, aunque ya no por medio de cuotas o reservas, en los sistemas electorales de *circunscripciones múltiples* con un único (o pocos) electos por circunscripción⁷⁵. En estos casos resulta fundamental la delimitación geográfica de la circunscripción electoral, precisamente para asegurar que los grupos humanos más presentes en determinados distritos o barrios cuenten con representantes electos con la misma identidad (étnica, religiosa, lingüística) de los electores. La sofisticada jurisprudencia norteamericana y canadiense sobre la manipulación geográfica de las circunscripciones electorales (*gerrymandering*)⁷⁶ es bien expresiva de cómo una misma cuestión de fondo (la identidad entre electores y elegidos) puede tener distintas formas instrumentales. Cuando muchos eligen a muchos, la opción más natural es la fijación de cuotas o reservas; cuando pocos eligen a uno o a pocos —y donde por tanto no son viables las cuotas— una buena opción es la delimitación socialmente homogénea del grupo elector.

62. Las asambleas electas no son el único órgano público en el que diversos grupos sociales pueden contar con una presencia representativa, garantizada mediante cuotas o reservas. La correspondencia entre estructura social y composición subjetiva del Estado también se puede dar en la Administración pública. Se habla entonces de “burocracia representativa”. Consiste ésta en que “(...) en la Administración haya servidores públicos que reflejen las características y los valores específicos de aquellos a quienes sirven”⁷⁷. Esta idea tiene reflejo normativo preciso en la legislación federal de empleo público en Estados Unidos, que expresamente fija como objetivo federal la consecución de una función pública “competente, honesta, productiva y que refleje la diversidad de la Nación”⁷⁸. Es representativa una burocracia en la que, por ejemplo,

⁷⁵ Richard H. PILDES “Democracy and the Representation of Minority Interests”, en *Fundamentos*, núm. 3 (2004), Principado de Asturias, Oviedo, pp. 472-489 (p. 478).

⁷⁶ En relación con los gobiernos locales, en Estados Unidos: David J. McCARTHY Jr. y Laurie REYNOLDS, *Local Government Law*, Thomson-West, St. Paul, 2003, p. 164; para Canadá: Andrew SANCTON, *Canadian Local Government. An Urban Perspective*, 2ª edición, Oxford University Press, Don Mills, 2015, p. 179.

⁷⁷ Rocío NAVARRO y Juana RUILOBA, “¿Administraciones públicas inclusivas?: la implementación de la normativa sobre el acceso de las mujeres con discapacidad al empleo público”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 28 (2022), pp. 112-126 (p. 114).

⁷⁸ Artículo (*Section*) 3 (2) de la *Civil Service Reform Act* de 1978 (5 U.S.C. 7201).

las comisiones de selección de empleo público y los comités que otorgan premios son paritarias (hombre-mujer). La simetría o correspondencia entre la composición subjetiva de la Administración y la sociedad a la que sirve sería una manifestación más del principio democrático. Y actuaría entonces como una forma complementaria de *legitimidad democrática* de la Administración, porque conectaría directamente a la Administración con la comunidad política. De esta manera, partiendo de la premisa de que la legitimidad administrativa puede alcanzar distintos grados⁷⁹, y de que en los Estados de Derecho el grado elemental o mínimo deriva del sometimiento de la Administración a la ley, también se puede sostener que una mayor representatividad social de cada Administración (la correspondencia entre la estructura demográfica de una comunidad o país y la composición subjetiva de la correspondiente Administración) aumenta su legitimidad constitucional. Luego se verá que la mencionada correspondencia o representatividad administrativa también resulta relevante desde la perspectiva de la eficacia administrativa (art. 103.1 CE) (*infra* § 70).

3.3. Mérito y capacidad en el acceso al empleo público

63. El art. 103.3 CE establece que el acceso a la función pública se rige por los principios de mérito y capacidad. Estos principios se concretan normativamente en los arts. 55 a 62 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y en las leyes autonómicas de desarrollo. El principio de mérito y capacidad tiene como fin primario la consecución de una *Administración cualificada*, capaz de cumplir con objetividad y suficiencia técnica las múltiples funciones y fines que le asignan la Constitución, el Derecho europeo y las leyes. Además de su significado jurídico *objetivo*, como mandato a todos los poderes públicos, el principio de mérito y capacidad también tiene un alcance *subjetivo*: define y limita el alcance del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad al empleo público (art. 23. 2 CE), que tutela sólo a quienes cumplen los requisitos de mérito y capacidad adecuados para el ejercicio de las funciones públicas⁸⁰. Aunque la dimensión subjetiva o iusfundamental del mérito y la capacidad frecuentemente oculta su dimensión *objetiva y organizativa*⁸¹, esta perspectiva (que es la propia del art. 103.3 CE) cobra especial sentido en relación con las cuotas y preferencias.

64. El principio constitucional de mérito y capacidad es intrínsecamente contrario a toda cuota o preferencia —en el acceso a la función pública— que no guar-

⁷⁹ Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Saõ Paulo, 2020, p. 51.

⁸⁰ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “Comentario al art. 103 de la Constitución”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, pp. 452-471 (p. 467).

⁸¹ Javier GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos*, cit., p. 97; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2023, p. 130.

de directa relación con las cualidades profesionales de cada concreto candidato⁸². Conforme a la jurisprudencia constitucional española, los principios de mérito y capacidad impiden que, mediante una reserva o cuota, se ejerzan funciones públicas por personas que no cuenten con las capacidades y méritos suficientes (STC 13/2009, FJ 5). El art. 103.3 CE no impide, en cambio, un trato más favorable a personas que, cumpliendo requisitos de mérito y capacidad, pertenezcan a grupos o categorías sociales beneficiados por la actuación positiva o igualadora del Estado. Aquí resulta determinante la estructura de cada procedimiento selectivo, pues es ahí donde se fijan los requisitos de capacidad (conocimientos, destrezas, habilidades) y los méritos (titulaciones, experiencia, capacitaciones) relevantes. Desde esta perspectiva, las exigencias del art. 103.3 CE se optimizan cuando las cuotas no dan lugar a *pruebas selectivas distintas*, sino a unas bases y un procedimiento uniforme, aunque sólo los miembros del grupo beneficiado puedan acceder a un cierto número de plazas o puestos. En principio, un procedimiento selectivo separado no tiene por qué infringir el mandato constitucional de mérito y capacidad. Pero exige una compleja motivación sobre por qué unas bases o criterios distintos (respecto de los comunes) no afectan a las exigencias constitucionales de mérito y capacidad. Y si tal es el caso, la cuestión es entonces por qué no se extienden también esas bases, criterios o baremaciones a los procedimientos selectivos comunes. Cuestión bien distinta es que, incluso en un procedimiento selectivo único, la realización de las pruebas comunes se adapte a las necesidades especiales de las personas con discapacidad⁸³.

65. En términos comparados, en Alemania también el art. 33.2 GG garantiza el mérito y la capacidad para el acceso a la función pública en condiciones de igualdad (*Leistungsprinzip*). En este caso, la doctrina considera generalmente que se trata de un cuasi-derecho fundamental que, además, *no permite ninguna restricción legal*. Esto es, que en principio no es limitable por la ley, ni siquiera para promover otro bien o derecho constitucional (*supra* §§ 34 y 47). La caracterización constitucional del mérito y la capacidad como elementos definitorios de un derecho cuasi-fundamental (y no como mandatos o principios definitorios de la Administración) dota a esos criterios constitucionales de una especial fuerza constitucional, pero al mismo tiempo acota su vigencia al campo de la *igualdad* entre candidatos, dejando en un segundo plano su relevancia para la configuración de una Administración pública basada en el conocimiento experto y la capacitación técnica⁸⁴. Tal y como muestra la práctica en Alemania, la firme aseveración del derecho y principio de mérito y capacidad *reduce mucho la eficacia* de la preferencia legal de las mujeres para el acceso a la función pública. Dado que la preferencia sólo puede darse en igualdad de

⁸² David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica...*cit., p. 78.

⁸³ En este sentido, fijando tablas de aumento de duración de las pruebas selectivas, en función del tipo de discapacidad: Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad.

⁸⁴ Hans JARASS y Bodo PIEROTH, *Grundgesetz für das Bundesrepublik Deutschland*, cit. p. 717 § 9.

mérito y capacidad (según ordena en Alemania el § 8.1 BGLiG) la preferencia sólo actúa si previamente se da una situación de empate entre una mujer y un varón. Y la experiencia muestra que tal situación es altamente improbable, porque previamente, precisamente en el procedimiento de valoración de los méritos y la capacidad, hay pruebas y valoraciones que sistemáticamente perjudican o favorecen la minusvaloración de las mujeres⁸⁵.

66. En el caso de España, el principio constitucional de mérito y capacidad no tiene la rigidez presente en el Derecho alemán. Siendo la exigencia constitucional de mérito y capacidad *un principio normativo*, y no una regla constitucional rígida, la ley puede establecer algunas *excepciones o modulaciones*. La cuestión central consiste entonces en determinar cuál es el grado de resistencia que, frente a concretas cuotas o preferencias, ofrece el principio de mérito y capacidad. En términos generales, el art. 103.3 CE obliga a que la promoción de la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE) y la correspondencia o representatividad social de la Administración (art. 1.1 CE) no propicien la descualificación de la Administración y no dificulten en exceso el poder de autoorganización, que es imprescindible para su funcionamiento eficaz y objetivo, como exige el art. 103.1 CE.

67. Como luego se verá, el principio de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) favorece algunas concretas cuotas o preferencias, respecto de otras. Con carácter general, aboga por las *simples preferencias* entre candidatos igualados en mérito y capacidad, siguiendo el criterio primario de la jurisprudencia europea (*supra* § 21e *infra* § 92) y como es la opción generalizada en Derecho alemán (*supra* § 21). Ello no obstante, esta mayor adecuación de las preferencias es muy dependiente de cuáles sean los concretos requisitos o méritos incluidos en cada procedimiento selectivo. Pues, como muestran algunos litigios sobre requisitos y méritos lingüísticos (*infra* § 69), la exigencia generalizada o altamente baremada de determinados méritos o capacidades altera el propio significado de la preferencia (hasta convertirla más propiamente en requisito o en cuota). Las *cuotas o reservas* también son posibles, pero son más o menos conformes con el art. 103.3 CE en función de cada concreta configuración normativa. El principio de mérito y capacidad restringe o dificulta las cuotas numéricas o porcentajes muy altos, las cuotas con efecto añadido (porque se suman a otras cuotas previamente existentes), o las cuotas de baja escala, referidas a cada órgano administrativo o a cada cuerpo, escala o categoría profesional. Por el contrario, a los efectos del art. 103.3 CE resulta escasamente relevante el carácter *temporal* de las cuotas (*infra* § 91).

⁸⁵ Jürgen LOSE, *Die dienstliche Beurteilung*, 7ª ed., ESV, 2020, pp. 388 y ss. Hans-Jürgen PAPIER y Martin HEIDEBACH, *Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten in Führungspositionen in öffentlichen Dienst*, München, 2014, p. 42.

3.4. Eficacia administrativa

68. Algunas cuotas y preferencias sirven, en mayor o menor medida, a la eficacia administrativa, que es también un principio constitucional (art. 103.1 CE). Como es obvio, la eficacia administrativa no está presente en las cuotas parlamentarias, simplemente porque las Cortes y los parlamentos autonómicos no son Administración pública. Sin embargo, sí resulta relevante en relación con cuotas en las listas electorales para las elecciones municipales, dada la general caracterización de los ayuntamientos como Administraciones públicas y de la regulación legal que atribuye competencias administrativas al pleno municipal (art. 22.2 f), i), k), l), m), ñ) LBRL) y exige que el alcalde y todos los miembros de la junta de gobierno (arts. 21.1 y 127.1 LBRL) sean concejales electos (art. 196 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General [LOREG] y art. 126.2 LBRL). Más relevante es el principio de eficacia en relación con las cuotas y preferencias que definen la composición de órganos administrativos no electos, los que *ejecutan* las políticas o normas aprobadas por un órgano de gobierno. De dos maneras actúa el principio de eficacia, en relación con las cuotas y preferencias: *legitimándolas* y *limitándolas*.

69. En primer lugar, algunas preferencias, como las que promueven el acceso a la Administración de *hablantes* de determinadas lenguas, pueden legitimarse desde la perspectiva de la eficacia administrativa. Cuando el Derecho de un país reconoce el carácter oficial y/o propio de varias lenguas, y reconoce también el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración en la lengua de su elección, esa misma Administración, para ser eficaz, ha de contar con suficientes empleados públicos con las capacidades lingüísticas correspondientes⁸⁶. Este es el sentido, por ejemplo, del art. 14 de la Ley vasca 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera, que se refiere al conocimiento del euskera en un doble sentido: como *requisito* (junto al conocimiento del castellano) para el acceso a determinadas plazas funcionariales, lo que da lugar a que cada plaza tenga su propio “perfil lingüístico”⁸⁷; y como posible *mérito* baremable en los correspondientes procedimientos selectivos. Como es obvio, esto no legitima por sí cualquier reserva o preferencia en el acceso o promoción dentro de la Administración pública, pero sí activa la fuerza ponderativa del principio de eficacia administrativa a la hora de reservar un cierto número de plazas a favor de las lenguas cooficiales regionales, o para establecer el conocimiento de una lengua cooficial como mérito relevante, determinante o preferente, para el acceso o provisión de concretas plazas.

70. También el principio constitucional de eficacia administrativa está presente en las cuotas o preferencias que buscan la *identidad o correspondencia* entre ciuda-

⁸⁶ Iñigo URRUTIA, “Exigir el euskera para acceder a la función pública ¿Discrimina?, *Revista de Lengua i Dret* (Blog), de 10 de junio de 2021.

⁸⁷ Arts. 46.1 g), 79.1 e), 80.2 l), 187.5 y 188.1 de la Ley vasca 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público; y arts. 7 y ss. del Decreto vasco 86/1997, de 15 de abril, por el que se regula el proceso de normalización del uso del euskera en las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

danos y empleados públicos. Como ya se ha dicho antes (*supra* § 62) la promoción de las mujeres y las minorías étnicas o de origen en la Administración pública se ha explicado en las dos últimas décadas con el concepto de “burocracia representativa”. Pero esta conceptualización, que claramente remite a una comprensión abierta del principio democrático, no oculta que las cuotas y preferencias en los órganos y entidades administrativas también son relevantes desde la perspectiva de la eficacia administrativa. Se ha considerado, en este sentido, que una composición subjetiva equilibrada y diversa de los órganos administrativos favorece su eficacia, tanto *ad intra* como *ad extra*. Internamente, la diversidad subjetiva en la Administración favorece una mejor comprensión de la realidad, que es compleja y diversa. Y externamente, las cuotas o preferencias también propician mejores actuaciones y decisiones en relación con los grupos sociales beneficiados, sobre todo en ámbitos donde los órganos administrativos disponen de márgenes de apreciación o de discrecionalidad⁸⁸. Así, por ejemplo, en Estados Unidos hay evidencia empírica de que los profesores negros despliegan mayor empatía y un trato más favorable hacia los estudiantes negros⁸⁹; también se ha comprobado que la mayor presencia de agentes de policía femeninas propicia un mejor tratamiento de las denuncias de abusos sexuales⁹⁰. Además, desde la perspectiva de la *psicología social* se ha considerado que la mayor identificación de los ciudadanos con su Administración (a lo que sirve, entre otras cosas, la simetría subjetiva entre la Administración y la sociedad) mejora la colaboración ciudadana con la Administración, y con ello su eficacia⁹¹. Sin perjuicio de que los estudios empíricos en torno a la eficacia administrativa son con frecuencia controvertidos y poco concluyentes, sí se puede sostener que para determinadas cuotas y preferencias, y para determinados órganos administrativos (no para todos), la composición subjetiva puede mejorar la eficacia de la Administración. En esa medida, en el caso de España, el art. 103.1 CE, que precisamente impone la eficacia administrativa, dota de significado jurídico-constitucional a algunas cuotas y preferencias y, por ello, el mandato de eficacia administrativa ha de ser tenido en cuenta en cualquier valoración jurídica sobre cuotas y preferencias administrativas.

71. Desde una segunda perspectiva de análisis, el principio de eficacia administrativa también *limita* algunas cuotas o preferencias. Al igual que se dijo ya antes en relación con el principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, también el principio de eficacia administrativa es contrario a aquellos tipos de cuotas o preferencias que *debilitan la capacitación técnica o profesional* de la Administración: bien porque reducen de forma relevante los requisitos de mérito y capacidad; bien

⁸⁸ Jessica E. SOWA y Sally Coleman SELDEN, “Administrative Discretion and Active Representation: An Expansion of the Theory of Representative Bureaucracy”, *Public Administration Review*, núm. 63-6 (2003), pp. 700-710 (p. 703).

⁸⁹ Sally C. SELDEN, “A Solution in Search of a Problem?”, cit., p. 918.

⁹⁰ Kenneth J. MEIER y Jill NICHOLSON-CROTTY, “Gender, Representative Bureaucracy and Law Enforcement: The Case of Sexual Assault”, *Public Administration Review*, núm. 66 (2006), pp. 848-858.

⁹¹ Francisco VELASCO CABALLERO, “Psicología para el Derecho administrativo”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 7 (2023), pp. 41-82 (p. 70).

porque concentran la presencia de determinados grupos sociales en concretos órganos, unidades administrativas o estructuras de empleo, construyendo el poder de autoorganización o dirección de los servicios (*infra* § 87).

4. ESTRUCTURA TÉCNICA DE LAS CUOTAS Y PREFERENCIAS

72. La valoración jurídica de las cuotas y preferencias depende de su formulación. Porque cada *concreta formulación* produce efectos diferentes desde la perspectiva de los derechos o principios de igualdad, representatividad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas y eficacia administrativa. Se van a considerar aquí cuatro aspectos fundamentales de las cuotas y preferencias, determinantes para su análisis jurídico: el grupo social beneficiado; el órgano o entidad para el que se establece la cuota o la preferencia; el tipo de cuota o preferencia; y la consecuencia jurídica del cumplimiento o incumplimiento.

4.1. El grupo beneficiado

73. Muy diversos pueden ser los grupos beneficiados por las cuotas y preferencias. Puede tratarse de grupos relativamente pequeños (como el de las personas transexuales) o de toda una categoría social (como las mujeres). También el factor definitorio del grupo (el sexo, la etnia u origen, la discapacidad, la lengua) puede ser, en términos jurídicos, más o menos *relevante*. Cada concreta combinación entre las dimensiones del grupo y la relevancia jurídica del factor que lo define merecerá una valoración ponderativa diferenciada desde la perspectiva de los principios constitucionales de igualdad (arts. 9.2 y 14 CE), representatividad democrática (art. 1.1 CE), mérito y capacidad en el acceso a la función pública (arts. 103.1 y 23.2 CE) y eficacia administrativa (art. 103.1 CE). Normalmente, los debates jurídicos sobre la configuración de los grupos beneficiados por las cuotas y preferencias se han limitado a consideraciones de igualdad. Sin embargo, aun reconociendo que este principio constitucional es fundamental para la conformación legal de los grupos sociales beneficiados, no es el único a tener en cuenta.

74. El *Derecho norteamericano* sobre las cuotas y preferencias es buen ejemplo comparado del protagonismo del derecho a la *igualdad* a la hora de definir el grupo beneficiado por una preferencia. En general, por argumentos de igualdad apoyados en la XIVª Enmienda a la Constitución Federal, la jurisprudencia norteamericana muestra cierta reluctancia hacia las cuotas y preferencias que favorecen a *grandes grupos sociales*. En puridad, ese rechazo sigue dos vías, muy próximas, aunque diferenciadas. En primer lugar, la jurisprudencia norteamericana muestra una clara oposición a las preferencias que *estereotipan* a los miembros de un grupo, incluso para favorecerles. En segundo lugar, la jurisprudencia norteamericana también es contra-

ria a los *grupos amplios mal definidos*⁹², porque no diferencian suficientemente a los subgrupos dentro de un grupo o categoría general, y porque excluyen definitivamente de las preferencias normativas a personas que pueden merecer el mismo beneficio.

75. Según la jurisprudencia norteamericana, un factor distintivo como la *raza negra* permite un trato jurídico más favorable a los miembros del amplio grupo social afroamericano. Precisamente porque el factor étnico es jurídicamente relevante: ha sido determinante para una larga historia de discriminación contraria a la XIV^a Enmienda. Pero el trato más favorable a ese grupo social al mismo tiempo retroalimenta un *estereotipo negativo* que afecta incluso a las personas de ese mismo grupo social que no sufren la situación discriminatoria que se pretende corregir. Con cierto paternalismo retórico, la jurisprudencia norteamericana afirma con contundencia que cada ciudadano merece ser tratado *como individuo*, y no como mero miembro de un grupo social. En esta jurisprudencia late una comprensión individualista de la sociedad y del orden constitucional. Está aquí implícito el *sesgo meritocrático* propio del liberalismo contemporáneo, muy presente en la cultura norteamericana actual⁹³. Esa jurisprudencia no es contraria a que la raza sea un factor relevante para medidas de acción positiva (incluso con efectos discriminatorios reflejos para otros grupos), pero sólo en la medida en que, *en el caso concreto*, la raza efectivamente haya generado consecuencias negativas merecedoras de una acción de promoción inversa⁹⁴. Dice literalmente el Tribunal Supremo norteamericano que “[muchas] universidades, durante demasiado tiempo, vienen considerando que lo fundamental de la identidad individual no está en los retos alcanzados, o en las capacidades y lecciones aprendidas, sino en el color de la piel. La historia constitucional de este país no tolera este planteamiento”⁹⁵. Y aunque formalmente no se opone a que la raza actúe como un factor de discriminación positiva, en la práctica lo hace imposible⁹⁶. Pues hace recaer sobre *cada sujeto individual* la alegación y justificación de que la raza ha sido —en el caso concreto— un factor de desigualdad merecedor de una preferencia compensatoria. Prescindir de la “discriminación implícita”, asociada genéricamente a un grupo o categoría social, dificulta exageradamente cualquier política de igualación efectiva⁹⁷. Tal y como muestra la experiencia del *Welfare State* norteamericano, las personas más necesitadas de protección son precisamente las menos capacitadas para solicitar y justificar las ayudas. De ahí las diversas iniciativas legislativas y administrativas basadas en la presunción de que —salvo prueba administrativa en contrario— determinados grupos o categorías de personas se encuentran en situación de precariedad o vulnerabilidad, sin necesidad de acreditar expresa e individualmente esas circunstancias. Estas presunciones por defecto, que en la doctrina norteamericana se consideran hoy

⁹² Cara McCLELLAN, “When Claims Collide: *Students for Fair Admissions v. Harvard* and the Meaning of Discrimination”, *Loyola University Chicago Law Journal*, núm. 54 (2023), pp. 1-35 (p. 26).

⁹³ Michael J. SANDLER, *La tiranía del mérito, ¿Qué ha sido del bien común?*, Debate, Barcelona, 2020, pp.36, 49, 80, 88.

⁹⁴ *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), p. 5.

⁹⁵ *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), p. 8.

⁹⁶ David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica...* cit., p. 180.

⁹⁷ Cara McCLELLAN, “When Claims Collide...”, cit., p. 23.

como un posible tipo de *nudging*⁹⁸, colisionan abiertamente con la actual jurisprudencia, contraria a la discriminación positiva basada en estereotipos.

76. La segunda vía de oposición a las cuotas y preferencias a favor de concretos grupos sociales, también presente en el Derecho norteamericano, se refiere a la propia *definición del grupo*. Se dice, en este sentido, que un grupo demasiado amplio esconde múltiples fracciones o subgrupos en los que no se dan —o no en la misma medida— los factores diferenciales que justifican una acción positiva⁹⁹. En este sentido, una idea elemental de justicia e igualdad exigiría “diversidad dentro de la diversidad”¹⁰⁰. La doctrina y la jurisprudencia norteamericanas utilizan frecuentemente el ejemplo del grupo social de los descendientes de *ancestros asiáticos*, que por sí no son un grupo social lo suficientemente homogéneo como para determinar consecuencias jurídicas uniformes. La diversidad del grupo social “asiático” sería especialmente clara en relación los descendientes de japoneses, considerados una “minoría modelo” que, como tal, en la sociedad americana contemporánea no precisa de ninguna medida de igualación o promoción inversa¹⁰¹. El ejemplo contrario sería el de la comunidad camboyano-americana, que aun formando parte de un grupo social genéricamente no desfavorecido (el de los asiático-americanos), presenta circunstancias de desigualdad real que pudieran justificar el beneficio de preferencias, como las articuladas a favor de las personas negras. Como es obvio, toda delimitación normativa de un grupo social, para asignarle una cuota o una preferencia comparativa, excluye de ese mejor trato a todos los demás sujetos y grupos sociales. Incluso a aquellos en los que también concurren circunstancias de necesidad similares a las del grupo beneficiado. Precisamente en el asunto *Students for Fair Admissions v. Harvard* (*supra* § 17) la asociación recurrente alegaba que muchos estudiantes asiático-americanos se encuentran en una situación de desigualdad real (respecto de los estudiantes blancos anglosajones) comparable a la de los estudiantes negros.

77. Más allá de los condicionantes político-constitucionales propios del Derecho norteamericano, su jurisprudencia muestra la importancia de una *utilización selectiva* de las cuotas o preferencias, de dos formas. En primer lugar, dados los efectos negativos de los estereotipos, la configuración normativa del grupo favorecido debe hacerse mediante criterios o factores que *minimicen* esos efectos desfavorables. En segundo lugar, el grupo beneficiado debe ser lo suficientemente *homogéneo* como para justificar una cuota o una preferencia (evitando que la cuota beneficie a sujetos que no necesitan o merecen tal beneficio).

78. Estas cautelas en la definición de los grupos beneficiados por cuotas o preferencias, todas ellas relacionadas con el valor jurídico de la igualdad, se pueden proyectar sobre cualesquiera grupos sociales. Así, por ejemplo, se puede plantear la correcta utilización de cuotas o preferencias para el acceso al empleo público de un grupo ge-

⁹⁸ Cass R. SUNSTEIN, *Sludge*, The MIT Press, Cambridge, 2021, p. 34.

⁹⁹ Serena MAVERI, “Intersectionality and Title VII: A Brief (Pre-) History”, , 95 *B.U.L. Review*, núm. 95 (2015), pp. 713-727; Cara McCLELLAN, “When Claims Collide...”, cit., p. 27.

¹⁰⁰ Cara McCLELLAN, “When Claims Collide...”, cit., p. 32.

¹⁰¹ Cara McCLELLAN, “When Claims Collide...”, cit., nota 19.

nérico, como el de personas con *discapacidad*. De un lado, la catalogación de personas concretas en este grupo activa evidentes estereotipos sociales negativos. Estereotipos que ahondan en la misma discriminación o trato desigual que se pretende revertir con las cuotas o preferencias. De otro lado, las clases y grados de discapacidad son muy diversos, por lo que, para evitar desviaciones igualatorias, no deben simplificarse en un único grupo social de personas con discapacidad. Téngase en cuenta, en este sentido, que de acuerdo con el art. 4.1 LGDPD en España son personas con discapacidad “todas aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Este concepto legal amplio de discapacidad va incluso más allá del concepto “administrativo” (más restringido) de discapacidad, referido a “aquellas [personas] a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento” (art. 4.2 LGDPD). Pero incluso dentro de este segundo grupo “administrativo” de personas con discapacidad se comprueba la gran heterogeneidad de situaciones subjetivas. Así, conforme al Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, los grados y clases de discapacidad son muy diversos, lo que permite cuestionar una cuota única y compartida por personas con situaciones de discapacidad muy diferentes. Esto explica que algunas cuotas o reservas normativas específicamente distingan el tipo o clase de discapacidad. Así ocurre con la discapacidad intelectual, que cuenta con su propia subcuota (del 2 por 100) dentro de la reserva genérica del 7 por 100 de plazas de cada oferta de empleo público (art. 59.1.2 EBEP).

79. Junto a la igualdad, *otros principios constitucionales* también ofrecen algunas orientaciones a la hora de configurar normativamente los grupos sociales destinatarios de cuotas y preferencias. La *democracia*, en su vertiente de correspondencia entre la estructura social y la composición subjetiva de los órganos públicos (*supra* § 56), es contraria a que grupos sociales muy minoritarios puedan contar con una cuota o preferencia, si bien esa configuración normativa pudiera justificarse desde la perspectiva de la igualdad (art. 9.2 CE), si se trata de grupos sociales que sufren una discriminación especialmente aguda, intensa y pertinaz. Una cuota o preferencia a favor de un grupo social pequeño podría dar lugar a una sobrerrepresentación desproporcionada de ese grupo, no justificable en términos de representatividad democrática. Este podría ser el caso de la reserva, en Aragón, del 1 por 100 de la oferta de empleo público a favor de personas transexuales (*supra* § 22). Aunque en este ámbito no existen datos fiables, las estimaciones sobre personas transexuales en España oscilan entre las 20.000 y las 40.000 (esto es, entre el 0'04 y el 0'08 por 100 de la población española). En consecuencia, la reserva del 1 por 100 difícilmente puede contar con el amparo del principio democrático (art. 1.1 CE). Esto no impide por sí tal cuota, pues este principio entra en ponderación con los demás principios y bienes constitucionales. Pero entonces será necesario que, desde la perspectiva de la igualdad (art. 9.2 y 14 CE), del mérito y capacidad (art. 103.3 y 23.2 CE), o de la eficacia administrativa (art. 103.1 CE), existan *razones de mucho peso* que legitimen la cuota. Con esta perspectiva se puede explicar que la posterior Ley vasca 4/2024, de 15 de febrero, de no discriminación por moti-

vos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas trans, que también contiene múltiples acciones positivas a favor de este grupo de personas (incluso en materia de empleo) no prevea una cuota específica en la función pública. Por lo dicho, desde la perspectiva de la representatividad democrática la legitimidad constitucional de una cuota dependerá en buena medida de su correspondencia con las *dimensiones reales* del grupo social en el conjunto de la sociedad. Y, en todo caso, un grupo social reducido, o muy minoritario, difícilmente podrá beneficiarse de *preferencias* generales o absolutas en procedimientos competitivos (pues estas podrían dar lugar a una sobrerrepresentación desproporcionada del grupo favorecido).

80. Junto al principio democrático, también el principio de *mérito y capacidad* (arts. 103.3 y 23.2 CE) orienta la configuración normativa de los grupos sociales beneficiados por cuotas o preferencias para el acceso a la función pública. Por definición, este principio constitucional es contrario a cualquier cuota o preferencia que promueva a genéricos grupos sociales. Pues el mérito y la capacidad es una condición de *cada individuo*, no predicable de los grupos. En consecuencia, aunque otros principios constitucionales (en especial, el principio de igualdad) pueden justificar cuotas o preferencias a favor de cualquier grupo social, esa opción encontrará siempre en frente al principio constitucional de mérito y capacidad, lo que será determinante para constreñir mucho el alcance de la posible cuota o preferencia. Parcialmente distinto puede ser el caso del principio de eficacia administrativa (art. 103.1 CE), en la medida en que la diversidad de grupos sociales en la conformación subjetiva de la Administración puede mejorar su conocimiento experto y la aceptación social de la actividad administrativa (y con ello, su eficacia) (*supra* § 62). Obviamente, el principio de eficacia no legitima la fijación de cuotas o preferencias a favor de cualquier grupo social, sólo a favor de aquellos grupos sociales (como los hablantes de una lengua minoritaria) cuya presencia en la Administración es conveniente para su propio funcionamiento. En este caso, y a diferencia de lo que se dijo antes en relación con la representatividad de los grupos sociales en la Administración, la cuota o preferencia no se guía por las dimensiones demográficas del concreto grupo social, sino por la *importancia de su presencia* para la actuación de la Administración.

4.2. Órgano o entidad que soporta la cuota

81. Cada cuota o preferencia se refiere a la composición subjetiva de un concreto órgano o entidad. En el ámbito privado son frecuentes las cuotas (de género) en los órganos de dirección de las sociedades mercantiles, siendo una cuestión fundamental cuál es el *concreto órgano* societario que soporta la cuota. No es igual, por ejemplo, que la cuota se proyecte sobre un órgano con poder decisorio (el *executive board* o consejo de administración) o sobre un órgano con funciones más propiamente asesoras o de control (como ocurre en algunos países con el *board of auditors*)¹⁰².

¹⁰² Anja KIRSCH, Virginia SONDERGELD, Katharina WROHLICH, “While gender quotas for top positions in the private sector differs across EU countries, they are effective overall”, *DIW Weekly*

82. En el ámbito público, una primera distinción estaría entre las cuotas o preferencias en órganos compuestos por *electos* y en órganos con *provisión selectiva*¹⁰³. En función del tipo de órgano cobran mayor o menor protagonismo ponderativo: el principio y derecho de igualdad, el principio democrático, el principio de mérito y capacidad en el acceso a los cargos y funciones públicas y el principio de eficacia administrativa.

83. Las cuotas en las *listas electorales*, como las que se establecen a favor de cada uno de los dos sexos (art. 44 *bis* LOREG), determinan la composición subjetiva de la correspondiente asamblea. Estas cuotas guardan directa conexión con el valor constitucional de igualdad. Aunque más en su dimensión objetiva o principial que en su dimensión subjetiva, como derecho fundamental. Recuérdese que el mandato constitucional de igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE) y el derecho a la igualdad de los grupos sociales tradicionalmente discriminados (art. 14.2 CE) legitiman las cuotas de sexo en las listas electorales (*supra* § 45). La legitimidad constitucional se refuerza con el principio democrático (art. 1.1 CE), en la medida en que incluye un mandato de correspondencia subjetiva entre la estructura social y la de la correspondiente cámara o asamblea (*supra* § 56). Esta valoración constitucional favorable no resulta limitada —al menos mientras la cuota no resulte cuantitativamente desproporcionada o arbitraria— por el derecho constitucional a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos (art. 23.2 CE), pues ya se dijo antes que las cuotas en las listas electorales no impiden por sí el acceso a los cargos representativos (*supra* § 53). Tampoco entran aquí en juego los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) y el principio de eficacia (art. 103.1 CE), pues ambos están referidos exclusivamente a la Administración pública.

84. Distinta puede ser la valoración constitucional cuando la cuota o reserva se refiere a la composición subjetiva de una Administración pública, o de un concreto órgano administrativo. Es el caso del art. 59.1 EBEP, que exige que cada oferta anual de empleo público reserve al menos el 7 por 100 de las plazas a personas con discapacidad. O del art. 52 LOI, que impone la “presencia equilibrada” de cada sexo (esto es, no inferior al 40 por 100) en los órganos directivos de la Administración General del Estado. También es el caso del art. 27.3 de la Ley aragonesa 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación, que reserva el 1 por 100 de las ofertas de empleo público para personas transexuales. Sobre estas reservas se proyecta no sólo el principio de igualdad efectiva (art. 9.2 CE) y el principio democrático (art. 1.1 CE), sino también el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y el principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3 CE). De estos bienes constitucionales derivan algunas consecuencias respecto del *tipo* de órgano (colegiado o unipersonal) y el *tamaño* del órgano o entidad que soporta la cuota.

Report, vol 12 (3-4), pp. 32-39 (p. 34).

¹⁰³ Louis FAVOREU y Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., p. 561.

85. Por principio, los *órganos colegiados* admiten bien las cuotas, siempre que esas cuotas guarden la debida proporción o correspondencia respecto del grupo o categoría social a la que se refieren. Como ejemplo, en las leyes de empleo público es frecuente el deber de paridad entre hombres y mujeres en los *órganos de selección* para el acceso o para la provisión de puestos (así: art. 53 LOI y art. 152 de la ley gallega 7/2003). El principio constitucional de igualdad (art. 9.2 CE) y el de representatividad democrática (art. 1.1 CE) legitiman suficientemente su existencia. Además, aunque el principio de mérito y capacidad es de entrada contrario a las cuotas y preferencias, su alcance limitativo es más débil respecto de los *órganos colegiados* que en relación con los *órganos unipersonales*. Porque, a diferencia de lo que ocurre con los *órganos unipersonales*, la posible reducción de cualificación técnica o profesional en un *órgano colegiado* (por efecto de una cuota o preferencia) no predetermina o condiciona por completo el funcionamiento del correspondiente *órgano*. También, las cuotas o preferencias para la provisión de *órganos unipersonales* pueden encontrar dificultades desde la perspectiva del principio de eficacia administrativa (art. 103.1 CE). En este caso, el carácter unipersonal (o monocrático) del *órgano público* impide por completo que las cuotas se refieran a cada concreto *órgano*. Porque su cumplimiento sería materialmente imposible. Sí son posibles en cambio las *preferencias*, siempre que actúen ante candidatos con igual valoración de méritos. Las cuotas en *órganos unipersonales* solo son posibles entonces (tal y como expresamente prevé el art. 52 LOI respecto de la Administración General del Estado) cuando esos *órganos* se consideran “en su conjunto”. Esto es, cuando se impone como resultado la presencia equilibrada de hombres y mujeres en la suma de todos los *órganos directivos* de la Administración. Aunque, según lo expuesto, los *órganos colegiados* son en general más asequibles para las cuotas, en la práctica pueden darse algunas dificultades. Así ocurre, por ejemplo, cuando el *órgano colegiado* se compone de miembros designados por otros *órganos*. En tal caso surge la dificultad, a veces insalvable, de conseguir que la suma de las designaciones (de los distintos *órganos proponentes*) sea coherente con la composición imperativa del *órgano colegiado*. Así lo ha señalado ya en varias ocasiones la *Comissió Jurídica Assessora de Catalunya*. En tales casos, la norma que impone cuotas en el *órgano colegiado* necesariamente ha de regular también cómo ha de ser la propuesta de cada uno de los *órganos proponentes*, a fin de que su efecto agregado respete las cuotas en la composición final del *órgano colegiado*. Esta regulación es relativamente accesible cuando se trata de la paridad de sexos (pues entonces basta con que cada *órgano* proponga dos personas, una de cada sexo¹⁰⁴). Pero resulta de muy difícil ejecución para otras hipotéticas cuotas distintas de la paridad hombre-mujer.

¹⁰⁴ Esta es la solución que propone la *Comissió Jurídica Assessora de Catalunya* en su *Dictamen 217/2023, de 29 de junio*, sobre el “*Projecte de decret pel qual s’estableix el procediment per a declarar una parcel·la agrícola i ramadera en desús i es regula el funcionament del Registre de parcel·les agrícoles i ramaderes en desús*”. Según este *órgano consultivo*: “Una possible solució seria que aquells qui poden proposar membres ho hagin de fer amb una proposta paritària superior en nombre als membres que els pertoca proposar, i que s’atribueixi la facultat de nomenar els membres a l’òrgan en qui recaigui l’obligació de vetllar per complir amb l’obligació relativa a la paritat.”. Agradezco a la profesora Mercè Darnaculleta la información sobre este y otros dictámenes de la *Commissió*.

86. En cuanto al *tamaño* del órgano, entidad o estructura de empleo que soporta la cuota o preferencia, hay que prestar especial atención al derecho fundamental a la igualdad en el acceso al empleo público (art. 23.2 CE). Se puede considerar que la proyección de cuotas o preferencias sobre estructuras de empleo o unidades administrativas *pequeñas* puede generar restricciones desproporcionadas (a los individuos del grupo social no beneficiado). Esta desviación se evita exigiendo un tamaño mínimo a la unidad u órgano administrativo que soporta la cuota. Así ocurre, por ejemplo, en las leyes alemanas que —en condiciones de igualdad de mérito y capacidad— conceden preferencia de acceso al empleo público a las personas del sexo infrarrepresentado en el correspondiente “ámbito” (*Bereich*) administrativo, salvo que ese “ámbito” sea demasiado pequeño, en cuyo caso se toma como referencia el correspondiente grupo retributivo (*Besoldungs- und Entgeltgruppe*) (§ 5.2 *Hamburgisches Gleich*).

87. Del principio de *eficacia* en la actuación administrativa (art. 103.1 CE) derivan varios criterios sobre el tamaño o escala de la entidad o estructura administrativa que puede soportar las cuotas. Aquí, de nuevo, son preferibles las escalas o niveles grandes. Piénsese, por ejemplo, en que las personas con discapacidad tienen derecho subjetivo a que se introduzcan “ajustes razonables” en su puesto de trabajo, adecuados a sus limitaciones (art. 63 LGDPD y art. 59.2 EBEP). Esto aconseja que las cuotas no se impongan normativamente a todos los cuerpos, escalas o categorías, ni en toda clase de órganos y entidades administrativas¹⁰⁵. En la actualidad, la jurisprudencia que interpreta el art. 59.1 EBEP considera que en principio *todas las convocatorias* de una misma oferta de empleo público deben incluir la reserva del 7 por 100 para personas con discapacidad, aunque tal exigencia es exceptuable, siempre que en la correspondiente convocatoria se motive tal excepción y siempre que el déficit en una convocatoria se compense con un excedente en otra¹⁰⁶. Se observa aquí un cierto margen de *autoorganización* de cada Administración pública para la identificación de las concretas estructuras de empleo sobre las que se proyectan las cuotas. Esto permite, por ejemplo, que en una misma oferta de empleo público no haya ninguna cuota de personas con discapacidad en el acceso al Cuerpo de Facultativos de Sanidad Penitenciaria, o al Cuerpo Superior de Vigilancia Aduanera (escala de investigación) y que, en cambio haya una cuota relativamente elevada para el acceso al Cuerpo de Técnicos Auxiliares de Informática de la AGE o a la Subescala de Secretaría-Intervención de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional¹⁰⁷.

88. A diferencia de lo que se ha dicho en relación con el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y en relación con los principios de mérito y capacidad y de eficacia administrativa, la *representatividad* o correspondencia entre estructura social y composición subjetiva del empleo público (*supra* § 57) sí

¹⁰⁵ Rocío NAVARRO y Juana RUILOBA, “¿Administraciones públicas inclusivas?”, cit. p. 123.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) de 20 abril (ECLI:ES:TSJM:2022:5009).

¹⁰⁷ En este sentido: Real Decreto 625/2023, de 11 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio 2023, Anexos I y IV.

aconseja la presencia del grupo social beneficiado en el mayor número de órganos y entidades, incluso los de *pequeño tamaño*. Desde esta perspectiva, no es suficiente con que en el conjunto del empleo público, o de los cargos directivos, se cumpla una determinada cuota de individuos del grupo favorecido. Tendencialmente, esa cuota debe estar distribuida de tal forma que el grupo beneficiado esté presente en el mayor número posible de órganos administrativos. Obviamente, esto sólo es posible con cuotas elevadas (como las de paridad o de “composición equilibrada” por sexos). Además, este principio de correspondencia o representatividad democrática ha de ponderarse con los otros bienes constitucionales en liza (igualdad, mérito y capacidad y eficacia administrativa), que pueden desaconsejar la aplicación de cuotas en todos los órganos, entidades y estructuras de empleo. Pero sí es determinante para impedir que una cuota o preferencia se concentre en *sólo una parte* de la Administración.

4.3. Tipo de cuota o preferencia

89. La eficacia temporal de cada cuota o preferencia, así como su carácter rígido o flexible, las hace más o menos adecuadas para el fin de igualación, reconocimiento o promoción buscado, y más o menos ponderadas respecto de las personas y grupos no beneficiados.

90. En primer lugar, las cuotas y preferencias pueden ser permanentes o transitorias. La temporalidad de las “medidas especiales” contra la discriminación (entre las que se incluyen las posibles cuotas y preferencias) está expresamente presente en los convenios de Naciones Unidas contra las diversas formas de discriminación: en el art. 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965 (ratificado por España en 1969); y en el art. 4.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (ratificado por España el 16 de diciembre de 1983). Es significativo que esta temporalidad no se incluya también en el art. 5.4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, lo cual es explicable porque, a diferencia del sexo o la condición étnica, la discapacidad no es una causa de desigualdad socialmente construida, sino que se refiere a características objetivas de las personas¹⁰⁸.

91. La jurisprudencia *norteamericana* muestra un claro rechazo hacia las cuotas indefinidas. O, al menos, hacia las cuotas no revisables. A su entender, las cuotas encaminadas a desterrar discriminaciones sociales existentes necesariamente han de tener un término final para, en ese momento, evaluar si sigue existiendo una situación de desigualdad que justifique la reserva (y con ello, el sacrificio relativo del grupo

¹⁰⁸ David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica...*cit., p. 200.

social no beneficiado por ella)¹⁰⁹. Esta advertencia de temporalidad se ha concretado, de forma simplemente orientativa, en veinticinco años¹¹⁰. Se considera que ese es un lapso suficiente para que una medida de acción positiva o de discriminación inversa despliegue sus efectos (y con ello haga innecesaria la cuota) o muestre su ineficacia, en cuyo caso se trataría de una medida inidónea y por ello no justificativa de las limitaciones que genera en el grupo no beneficiado. También en términos comparados, la idea de transitoriedad está presente en algunas leyes alemanas sobre igualdad de sexos en el empleo público, donde la preferencia del sexo infrarrepresentado lo es sólo “(...) hasta que desaparezca la infrarrepresentación” (§ 5.1 *Hamburgisches GleitG*).

92. En España, tomando como referencia precisamente la Convención de Naciones Unidas sobre la discriminación femenina, la STC 128/1987 hizo referencia expresa a la “necesidad de revisión periódica” de ciertas ayudas públicas (para guardería) sólo a favor de mujeres (FJ 8). Más recientemente, el art. 11.1 LOI enuncia genéricamente que todas las “acciones positivas” a favor de las mujeres “serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones [de discriminación de hecho]”. Pese a esta genérica proclama, no todas las leyes españolas incorporan esta previsión de *temporalidad*. Obviamente, en el marco general de la evaluación de políticas públicas, reguladas hoy para el Estado en la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado, los efectos de las cuotas son revisables, pero no más que cualquier otra medida política. Dentro de las coordinadas enunciadas antes (*supra* §§ 29-71) se puede considerar que las cuotas o preferencias permanentes o indefinidas merecen una *valoración constitucional negativa*. Por un lado, el art. 9.2 CE sólo legitima las cuotas y preferencias como instrumento de igualdad real y efectiva, lo que directamente habla en contra de cuotas o preferencias que, por su carácter indefinido, pudieran perdurar más allá del objetivo de igualdad o promoción propuesto. De otro lado, ninguno de los otros bienes constitucionales ponderables (representatividad, igualdad en el acceso a las funciones públicas, mérito y capacidad y eficacia administrativa) justifica la posible existencia de cuotas indefinidas.

93. En lo que hace a la *intensidad* de las cuotas o preferencias, la realidad normativa conoce al menos dos clases diferenciadas: las rígidas y las flexibles¹¹¹. Las cuotas y preferencias *fixas o rígidas* imponen una concreta composición de órganos o entidades de forma indefectible. Son de esta clase, por ejemplo, las *cuotas* a favor de cada sexo en las listas electorales en España (art. 44 *bis* LOREG), o la reserva, también en España, del 7 por 100 de la oferta de empleo público para personas con discapacidad (art. 59.1 EBEP). Es una *preferencia* rígida la contenida en el art. 153 de la Ley gallega 7/2023, que para el acceso a cuerpos, escalas o categorías administrativas con infrarrepresentación de mujeres (una diferencia superior al 20 por 100

¹⁰⁹ En relación con las preferencias de afroamericanos en el empleo: *Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), p. 208. Sobre esta sentencia: Theresa MARKS, “Johnson v. Santa Clara County Transportation Affirmative Action Expanded Under Title VII”, cit, p. 579.

¹¹⁰ *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), p. 6.

¹¹¹ David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica...*cit., p. 82.

respecto de los varones), y siempre que haya de igualdad de méritos y capacidad entre candidatos, concede *preferencia absoluta* a las candidatas femeninas. La exclusión de toda posible excepción merece una valoración constitucional *parcialmente negativa*. Cierto es que desde la perspectiva de la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE), las cuotas rígidas pueden ser idóneas para su fin, pero con un sacrificio excesivo de otros bienes constitucionales. Dependiendo del concreto contexto, las cuotas o preferencias fijas pueden afectar innecesaria y excesivamente al derecho a la igualdad de los no beneficiados (art. 14.1 y 23.2 CE)¹¹². Así lo entendió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Kalanke*¹¹³, si bien esta doctrina inicial se fue matizando luego progresivamente¹¹⁴; y así lo entiende también la jurisprudencia norteamericana desde la sentencia *United Steelworkers v Weber*¹¹⁵, en relación con las preferencias de empleo a favor de afroamericanos, en casos de igualdad de méritos. Además, las cuotas y preferencias rígidas pueden producir una sobrerrepresentación no buscada en un concreto órgano o entidad (sin amparo, por tanto, en el principio democrático) y pueden ser disfuncionales¹¹⁶, afectando por tanto al mandato constitucional de eficacia administrativa (art. 103.1 CE).

94. Todos estos déficits constitucionales se evitan cuando la ley incluye una *cláusula de apertura o excepción* que permite analizar si, en un caso concreto, la aplicación rígida de una cuota o preferencia genera efectos no buscados por la propia ley¹¹⁷. Así ocurre con el art. 53 LOI, que impone la presencia equilibrada de hombres y mujeres en todos los tribunales y órganos de selección de la Administración General del Estado “salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas”. Esto ha llevado a la jurisprudencia a entender que, cuando por renuncia de algunos miembros originarios, una comisión de selección acaba compuesta por cuatro mujeres y un varón, tal desequilibrio no puede considerarse ilegal, pues la exigencia de “presencia equilibrada” en realidad está pensada para superar la tradicional discriminación de las mujeres¹¹⁸. También es flexible la cuota de sexo para los altos cargos de la Administración gallega, pues permite la excepción motivada (art. 15.3 de la Ley gallega 7/2023). Por último, el art. 21.1 a) del Decreto Legislativo vasco 1/2023, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres

¹¹² Para Alemania, en relación con el derecho a la igualdad (art. 3 GG): Lucas ALLERBORN, “Der Staat als “Besserstellungsbeauftragter” – Politische Einflussnahmen auf den Arbeitsmarkt zum Zwecke der Frauenförderung und deren Vereinbarkeit mit den rechtlichen Bestimmungen”, Hochschule Merseburg (University of Applied Sciences), 1988, p. 2.

¹¹³ En términos críticos: Sibylle RAASCH, “Der EuGH zur Frauenquote”, *Kritische Justiz*, núm. 28-4 (1995), pp. 493-498; y María Ángeles BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, IVAP y Civitas, 1997, p. 119. Más conforme con la sentencia (aunque no con la estructura lógica de su argumentación): Manuel ATIENZA, “Un comentario al caso *Kalanke*”, *Doxa*, núm. 19 (1996), pp. 111-122.

¹¹⁴ María Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución*, cit., p. 70.

¹¹⁵ *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 129 (1979), p. 208. Theresa MARKS, “Johnson v. Santa Clara County Transportation Affirmative Action Expanded Under Title VII”, cit., p. 581.

¹¹⁶ Rocío NAVARRO y Juana RUILOBA, “¿Administraciones públicas inclusivas?”, cit., p. 120.

¹¹⁷ Sibylle RAASCH, “Der EuGH zur Frauenquote”, cit., p. 496.

¹¹⁸ STS de 8 de octubre de 2020, ECLI: ES: TS: 2020: 3185.

y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres, exige en las bases de los procedimientos selectivos de empleo público: “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 estas sea inferior al 40 por 100, salvo que concurran 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”.

95. En términos comparados, las cláusulas de excepción también están generalizadas en Alemania (*Öffnungsklausel*). Así, el § 8 BGleiG¹¹⁹ establece, con carácter general, la preferencia de las mujeres para el acceso y ascenso en aquellos ámbitos de la Administración federal y de sus corporaciones de Derecho público en los que la mujer está infrarrepresentada. Pero el mismo precepto excluye la preferencia femenina cuando “en los competidores [masculinos] concurren intereses jurídicos prevalentes”. Algo similar, aunque refiriéndose a cualquiera de los dos sexos, establece el § 6.1 de la *Hamburgisches GleiG*, que excluye la preferencia general a favor del sexo infrarrepresentado cuando “en el caso concurren razones sociales con mayor relevancia que la superación de la situación de infrarrepresentación de un sexo”.

96. El rigor de las cuotas, reservas y preferencias también se dulcifica cuando lo impuesto no es un resultado concreto y actual, sino un *objetivo temporalmente programado*¹²⁰. Esto permite acomodar los resultados pretendidos (de igualación, reconocimiento o correspondencia) al ritmo de las posibilidades y necesidades. Y permite eludir efectos indeseados por la propia norma que impone las cuotas o preferencias¹²¹. Algo similar ocurre cuando la cuota o reserva es *variable*, en función de cómo sea el desequilibrio presente en cada concreto ámbito (por ejemplo, en cada sector o tipo de actividad administrativa)¹²². Es lo que ocurre en el § 8.1 BGleiG, cuando impone la preferencia de las mujeres sólo en aquellos “sectores [de la Administración federal] en los que la mujer está infrarrepresentada”. Normalmente, todas estas reservas flexibles y localizadas han de incluirse en *planes o estrategias administrativas*. Un ejemplo de estos objetivos o cuotas programadas, en el caso de España, se encuentran en el art. 148.2 de la Ley gallega 7/2023 que, para aumentar la presencia de las mujeres en el empleo público remite a un plan de la Xunta que fije concretos objetivos temporales y las correspondientes estrategias. En el mismo sentido, el III Plan de Igualdad del Ayuntamiento de Madrid (aprobado por acuerdo de la Junta de Gobierno de 28 de diciembre de 2023) fija objetivos de presencia paritaria de sexos en el empleo público municipal (apartados 3.41 y 3.4.3) pero no fija cuotas o preferencias concretas. Todos estos objetivos temporal y sectorialmente planificados sin duda que evitan las objeciones constitucionales contra las cuotas o preferencias rí-

¹¹⁹ *Bundesgleichstellungsgesetz* (Ley federal de igualdad) de 24 de abril de 2015 (BGBl. I S. 642, 643), en la redacción actual, dada por Ley de 22 de enero de 2024.

¹²⁰ Sibylle RAASCH, “Der EuGH zur Frauenquote”, cit., p. 496.

¹²¹ Lucas ALLERBORN, “Der Staat als “Besserstellungsbeauftragter...”, cit, p. 11.

¹²² Lucas ALLERBORN, “Der Staat als “Besserstellungsbeauftragter...”, cit., p. 11.

gidas. Pero presentan otros problemas. De un lado, los planes y estrategias requieren un considerable *esfuerzo administrativo* y la disponibilidad de una información estadística adecuada. De otro lado, su fuerza vinculante es la propia de un *plan interno* de la Administración, lo que les resta eficacia en comparación con las cuotas rígidas e impuestas por ley¹²³.

4.4. Consecuencias jurídicas de las cuotas

97. Un último elemento técnico se refiere a los efectos jurídicos de cada cuota o preferencia. Se puede hablar, de entrada, de cuotas o preferencias *voluntarias* u *obligatorias*. Las primeras son frecuentes en Derecho privado. En el ámbito público las cuotas o preferencias suelen tener efectos vinculantes, aunque ya se ha visto antes que esa vinculación puede ser muy rígida o puede ser flexible (*supra* § 93). Una preferencia flexible, o una cuota configurada como objetivo finalista, es vinculante, aunque obviamente de forma más laxa que una cuota o preferencia rígida¹²⁴. En todo caso, allí donde la cuota es vinculante, se plantea cuáles son los posibles efectos jurídicos del incumplimiento. En esta cuestión, los diversos principios constitucionales que enmarcan las cuotas y preferencias apenas orientan su configuración normativa. Porque una vez que la ley impone una cuota o preferencia legal, su eficacia real es la propia y general de todas las leyes que dirigen la actividad de la Administración.

98. Donde hay obligación de respetar determinadas cuotas, preferencias o reservas, la consecuencia jurídica del incumplimiento puede ser diversa. Un defecto de paridad de sexos en una *lista electoral* determina, conforme al art. 47 LOREG, la no proclamación de dicha lista por la junta electoral competente¹²⁵ y, por tanto, la inelegibilidad de todos los candidatos. Allí donde la ley impone la composición equilibrada de las comisiones de selección para el acceso a la función pública (como el art. 53 LOI), el incumplimiento determina la invalidez de la resolución definitiva del procedimiento selectivo¹²⁶. Cuando se trata de una *oferta de empleo público* sin la reserva preceptiva a favor de personas con discapacidad, es posible sostener la invalidez de la propia oferta¹²⁷, aunque no por ello de cada uno los procedimientos

¹²³ En este sentido para Alemania, en relación con los planes de igualdad previstos en el § 12 BGG: *Bundesministerium für Familie, Senioren Frauen und Jugend, Evaluation des Gesetzes über die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen (FüPoG) in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst*, Berlin, 2022, pp. 184 y 189.

¹²⁴ María Ángeles BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación...* cit., p. 92.

¹²⁵ STC 127/2007, FJ 4; Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada...* cit., p. 124. Expresamente se dice ahora en el art. 44 bis 5 de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, que “La Junta Electoral solo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para las personas candidatas como para las suplentes”.

¹²⁶ STS de 8 de octubre de 2020, ECLI: ES: TS: 2020: 3185.

¹²⁷ Así: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 29 noviembre de 2019 (ECLI:ES:TSJAS:2019:3387); y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª) de 20 abril de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:5009).

derivados de aquella oferta. Ello no obstante, siendo la reserva de plazas una obligación de hacer incumplida, un fallo judicial estimatorio puede eludir la declaración de nulidad y simplemente condenar a hacer la actuación omitida. En el amplio margen de configuración del fallo que permite el art. 71.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), la condena puede consistir en la obligación de incluir la cuota omitida en la siguiente oferta de empleo público (compensando así el déficit de la anterior). En tal caso, esa nueva oferta de empleo público incrementaría la reserva anual. Esta opción condenatoria, que proyecta la sanación de la ilegalidad hacia el futuro (sin necesidad de anular procedimientos selectivos y nombramientos ya producidos), es una respuesta equilibrada entre, de un lado, los objetivos igualatorios y de representatividad presentes en las cuotas y preferencias y, de otro lado, el principio de eficacia administrativa (art. 103.1 CE) contrario a que cualquier mácula en la oferta de empleo público esterilice los procedimientos selectivos subsiguientes.

99. Como hipótesis, es posible que la omisión de las cuotas determine una respuesta *sancionadora*. Así se ha planteado en Derecho privado, en relación con las cuotas de sexos en los consejos de administración de sociedades. En principio es posible que un Administración pública imponga a otra una sanción pecuniaria, por la comisión de una infracción previamente tipificada. Sin embargo, el Derecho público actual no muestra ejemplos de esta posibilidad.

100. Por último, el incumplimiento de las cuotas o reservas puede llevar aparejada la *pérdida de un previo beneficio* asociado al cumplimiento. Téngase en cuenta que en ocasiones el cumplimiento de ciertos deberes u objetivos de igualdad está legalmente incentivado mediante calificaciones o distintivos a favor de la entidad cumplidora. Así lo prevé expresamente el art. 50 LOI, que incluye expresamente a las empresas públicas. E igual que una empresa pública puede obtener una calificación de cumplimiento, también puede perderla por —entre otras causas— el incumplimiento de una cuota legalmente impuesta (tal y como prevé expresamente el art. 50.5 LOI).

5 CONCLUSIONES

101. En las *sociedades complejas*, donde diversos grupos o categorías sociales cuentan con una identidad propia, es frecuente que existan cuotas y preferencias (a favor de esos grupos sociales) a la hora de determinar la composición subjetiva de los órganos e instituciones públicos. Con frecuencia, aunque no siempre, esas cuotas buscan la *igualación* de grupos sociales desaventajados o tradicionalmente discriminados. En España, esos grupos sociales son, fundamentalmente, las mujeres y las personas con discapacidad. Fuera de España también hay cuotas o preferencias a favor de grupos raciales o étnicos.

102. Las cuotas y preferencias son de muchas clases. En España, hay cuotas de sexo en la composición de las cámaras o *asambleas* de cargos electos. En la *Admi-*

nistración hay cuotas o preferencias que promueven el acceso al empleo público de mujeres, personas con discapacidad o personas transexuales. Pese a la diversidad que presentan las cuotas y preferencias, todas ellas son susceptibles de una ordenación sistemática. En este estudio se utilizan dos coordenadas para esa ordenación. En primer lugar, toda cuota o preferencia activa en mayor o menor medida (y en sentido positivo o negativo) uno de estos *cuatro bienes constitucionales*: igualdad; representatividad democrática; mérito y capacidad en el acceso a la función pública; y eficacia administrativa. En segundo lugar, toda cuota o preferencia resulta de la combinación de varios *elementos configuradores*: el grupo favorecido; el órgano o institución que soporta la cuota o preferencia; el tipo de cuota o preferencia; y sus efectos. De la combinación de estas dos perspectivas analíticas resulta que los concretos elementos definitorios de cada cuota o preferencia (como su duración, el tamaño del órgano que soporta la cuota, o la relevancia social del grupo favorecido) la hacen más o menos conforme con los cuatro principios constitucionales ya mencionados. Así, una posible preferencia de las mujeres en el acceso a la función pública, cuando se configura de forma flexible (esto es, de forma exceptuable cuando existan otros bienes jurídicos dignos de protección), temporalmente limitada (hasta que desaparezca su infrarrepresentación), para el conjunto de la Administración (y no para cada uno de los cuerpos funcionariales) y exigiendo en todo caso pruebas de conocimientos y capacidades, puede resultar constitucionalmente correcta, a luz del derecho y principio de igualdad (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE), el principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3 CE), el principio democrático (art. 1.1 CE) y el principio de eficacia administrativa (art. 103.1 CE). Más objetables, desde la perspectiva constitucional, pueden ser las cuotas o reservas muy elevadas (en proporción a la dimensión social del grupo favorecido) y configuradas de forma rígida, indefinida, y para cada cuerpo o estructura administrativa.

103. De los cuatro principios constitucionales que orientan la configuración de las cuotas y preferencias, sin duda que el *derecho y principio de igualdad* es el más determinante. En un doble sentido: las cuotas y preferencias normalmente buscan la igualación de grupos sociales tradicionalmente preteridos; y toda cuota o preferencia a favor de un grupo social produce una afección o efecto restrictivo reflejo sobre otros grupos sociales. En términos comparados, estas evidentes conexiones entre el principio de igualdad y las cuotas o preferencias reciben valoraciones muy diversas. La jurisprudencia norteamericana afirma con claridad que las cuotas o preferencias *afectan al derecho de igualdad* de los individuos no favorecidos, si bien ese efecto perjudicial puede ser constitucionalmente lícito. En este juicio de constitucionalidad es determinante la causa del trato desigual: cuando se trata de una preferencia por raza o etnia, el control judicial es muy intenso (*strict scrutiny*), muy poco deferente; cuando la razón de la preferencia es el sexo, el control judicial es mucho más recatado (*rational basis scrutiny*). La jurisprudencia constitucional española, en cambio, tiende a negar o minimizar el efecto restrictivo de las cuotas o preferencias sobre los individuos del grupo no favorecido. La constitucionalidad de las cuotas se argumenta a partir del *principio* constitucional de igualación real y efectiva (art. 9.2 CE), dejando en un segundo plano el derecho individual a la igualdad (art. 14.1 y 2 CE).

104. El *principio democrático* también es relevante para el análisis de las cuotas y preferencias. Bajo una comprensión tradicional (liberal) de la democracia representativa, como la que aún luce en la jurisprudencia constitucional francesa, las cuotas parlamentarias son contrarias al principio democrático (porque fragmentan la representación nacional). Una comprensión “descriptiva” de la democracia (según la cual la composición de los órganos públicos debe guardar correspondencia con la estructura de la sociedad gobernada) permite sin dificultad las cuotas (quizá menos las preferencias). Además, la idea de democracia “descriptiva” se proyecta no sólo sobre las asambleas de electos, sino también sobre la Administración (“burocracia representativa”). Esto es: en un sistema democrático también la Administración debe reflejar adecuadamente la composición subjetiva de la correspondiente sociedad, lo que bien se puede asegurar mediante cuotas o preferencias en el acceso al empleo público.

105. Los principios de eficacia administrativa (art. 103.1 CE) y de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3 CE) cumplen una función más limitada en el análisis constitucional de las cuotas y preferencias. Con todo, aunque sólo se refieren a la Administración pública, proyectan criterios relevantes para la configuración de cada concreta cuota o preferencia. Así, el principio de *eficacia administrativa* reclama un alto margen de capacidad organizativa a favor de los gobiernos y altos cargos, lo cual aconseja que las cuotas sean globales, no para cada órgano administrativo. De otro lado, el principio de *mérito y capacidad* en el acceso a la función pública impide que una cuota o preferencia se fije sólo en la pertenencia a un grupo social, marginando las circunstancias de mérito y capacidad de cada individuo (en relación con las funciones que son características de cada cuerpo funcional).

6. BIBLIOGRAFÍA

- Lucas ALLERBORN, “Der Staat als “Besserstellungsbeauftragter“ – Politische Einflussnahmen auf den Arbeitsmarkt zum Zwecke der Frauenförderung und deren Vereinbarkeit mit den rechtlichen Bestimmungen“, Hochschule Merseburg (University of Applied Sciences), 1988.
- Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Las bases constitucionales del Derecho administrativo”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Tratado de Derecho administrativo*, vol I., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp 560-664.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Bases constitucionales”, en Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2023, pp. 109-132.
- Manuel ATIENZA, “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa*, núm. 19 (1996), pp. 111-122.
- María Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución*, Universitat de València, 2005.
- María Ángeles BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, IVAP y Civitas, 1997.
- Margarita BELADIEZ, “Comentario al artículo 23 de la Constitución”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, pp. 702-722.
- Miguel BELTRÁN DE FELIPE y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, BOE, Madrid, 2005.

- Francisco CAAMAÑO RODRIGUEZ, “La prohibición de mandato imperativo”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, 2018, pp.33-40.
- Claus-Wilhem CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1995 [1993].
- Réal CARRIÈRE y Royce KOOP, “Indigenous Political Representation in Canada”, *Canadian Journal of Political Science*, núm. 56 (2023), pp. 257-278.
- Marc CARRILLO, “Cuotas e igualdad por razón de sexo: una reforma constitucional y un caso singular”, en Luis LÓPEZ GUERRA (coordinador), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Joaquín García Morillo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 170 y ss.
- Ana María DE LA ENCARNACIÓN, “Acceso y promoción de la mujer en el empleo público. Discriminación por razón de género en España y Europa”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 65 (2024), pp. 1-41.
- Pablo DE LORA, *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza Editorial, 2019.
- Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos jurídicos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Buenos Aires, Saõ Paulo, 2018.
- Jutta ENGBERS, “Administrative authorities and public services”, en Alba NOGUEIRA, Eduardo J. RUÍZ VIEYTEZ y Iñigo URRUTIA, *Shaping language rights. Commentary on The European Charter for Regional or Minority Languages in light of the Committee of Experts’ Evaluation*. Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, pp. 337-372.
- Louis FAVOREU y Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10ª ed., Dalloz, Paris, 1999.
- Rodolfo FIGUEROA, “¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento?”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 42.1 (2015), pp. 189-214.
- Francis FUKUYAMA, *Identity*, Profile Books, London, 2018.
- Javier GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020.
- Monika JACHMANN-MICHEL y Anna Bettina KAISER, „Kommentar zum Artikel 33 GG“, en Hermann VON MANGOLDT, Friedrich KLEIN y Christian STARK, *Grundgesetz Kommentar*, 7ª ed., Beck, München, 2018, pp. 807-896.
- Hans JARASS y Bodo PIEROTH, *Grundgesetz für das Bundesrepublik Deutschland*, 16 ed., Beck, München, 2020.
- Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Acotaciones sumarias sobre el “derecho a la diferencia” de trato”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Democracia constitucional y diversidad cultural*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 11-28.
- Steven JOHNSON, *Sistemas emergentes*, Turner-Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2003 [2001].
- Anja KIRSCH, Virginia SONDERGELD, Katharina WROHLICH, “While gender quotas for top positions in the private sector differs across EU countries, they are effective overall”, *DIW Weekly Report*, vol 12 (3-4), pp. 32-39.
- Marta LORENTE, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, UAM Ediciones, Madrid, 2010, pp. 27 y 32.
- Jürgen LOSE, *Die dienstliche Beurteilung*, 7ª ed., ESV, 2020.
- Serena MAVERI, “Intersectionality and Title VII: A Brief (Pre-) History”, 95 *Boston University Law Review*, núm. 95 (2015), pp. 713-732.
- Theresa MARKS, “Johnson v. Santa Clara County Transportation Affirmative Action Expanded Under Title VII”, *Golden Gate University Law Review*, vol 18 (3), 1988, pp. 567-588.
- David J. MCCARTHY Jr. y Laurie REYNOLDS, *Local Government Law*, Thomson-West, St. Paul, 2003.
- Cara McCLELLAN, “When Claims Collide: *Students for Fair Admissions v. Harvard* and the Meaning of Discrimination”, *Loyola University Chicago Law Journal*, núm. 54 (2023), pp. 1-35.

- Sally McNICOL y James HUGHTON, “Indigenous Constitutional Recognition and Representation”, *Parliament of Australia*, 2023.
- Kenneth J. MEIER y Jill NICHOLSON-CROTTY, “Gender, Representative Bureaucracy and Law Enforcement: The Case of Sexual Assault”, *Public Administration Review*, 66 (6), pp. 848-858.
- Cera MURTAGH, C 2019, “Northern Ireland: Power-Sharing in crisis”. *50 Shades of Federalism*.
- Rocío NAVARRO y Juana RUILOBA, “¿Administraciones públicas inclusivas?: la implementación de la normativa sobre el acceso de las mujeres con discapacidad al empleo público”, *Gestión y Análisis De Políticas Públicas*, núm. 28 (2022), pp. 112-126.
- Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, 2005.
- David M. O'BRIEN, “The Equal Protection of the Laws,” en David M. O' BRIEN y Gordon SILVERSTEIN, *Civil Rights and Civil Liberties*, 10ª ed., vol. 2, New York, W. W. Norton & Company, 2017, pp. 1496-97.
- Hans-Jürgen PAPIER y Martin HEIDEBACH, *Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten in Führungspositionen in öffentlichen Dienst*, München, 2014.
- Richard H. PILDES “Democracy and the Representation of Minority Interests”, en *Fundamentos*, núm. 3 (2004), Principado de Asturias, Oviedo, pp. 472-489.
- Sibylle RAASCH, “Der EuGH zur Frauenquote”, *Kritische Justiz*, núm. 28-4 (1995), pp. 493-498.
- Fernando REY MARTÍNEZ, “El debate sobre la constitucionalidad de las cuotas electorales. Recensión al libro de Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada vs. Democracia representativa*, Congreso de los Diputados, 2012, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98 (2013) pp. 405-410.
- Fernando REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado Social*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.
- Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “El mercado de trabajo de las personas con discapacidad”, en *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, Gobierno de España, Fundación ONCE y CERMI, Madrid, 2023, pp. 379-498.
- Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La igualdad en la ley y en la aplicación de la ley”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, 2018, pp. 334-371.
- Alfonso RUÍZ MIGUEL, “Paridad electoral y cuotas”, *Foro de Debate*, s/f, pp. 44-51.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “Comentario al art. 103 de la Constitución”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, pp. 452-471.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2023
- Andrew SANCTON, *Canadian Local Government. An Urban Perspective*, 2ª edición, Oxford University Press, Don Mills, 2015.
- Michael J. SANDLER, *La tiranía del mérito, ¿Qué ha sido del bien común?*, Debate, Barcelona, 2020
- Sally C. SELDEN, “A Solution in Search of a Problem? Discrimination, Affirmative Action and the New Public Service”, *Public Administration Review*, num. 66-6 (2006), pp. 911-923.
- Jessica E. SOWA y Sally Coleman SELDEN, “Administrative Discretion and Active Representation: An Expansion of the Theory of Representative Bureaucracy”, *Public Administration Review*, núm. 63-6 (2003), pp. 700-710
- Iñigo URRUTIA, “Exigir el euskera para acceder a la función pública ¿Discrimina?”, *Revista de Lengua i Dret* (Blog), de 10 de junio de 2021.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Saõ Paulo, 2020.
- Francisco VELASCO CABALLERO, “Psicología para el Derecho administrativo”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 7 (2023), pp. 41-82.