



BOE	BORME	La Agencia
-----	-------	------------

Agencia Estatal BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Consultas

Está Vd. en

[Inicio](#)[Agencia Estatal BOE](#)[Consultas](#)[Documento](#)[Volver](#)

Valore nuestras bases de datos

CONSEJO DE ESTADO: DICTÁMENES**Número de expediente: 625/2011 (SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD)**

Referencia: 625/2011

Procedencia: SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD

Asunto: Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

Fecha de Aprobación: 26/5/2011

TEXTO DEL DICTAMEN

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 26 de mayo de 2011, , emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"En cumplimiento de la Orden de V. E. de 28 de marzo de 2011 (registrada de entrada el 30 de marzo siguiente), el Consejo de Estado ha examinado el anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

De antecedentes resulta:

PRIMERO.- Contenido del anteproyecto de Ley y de su memoria

A) El anteproyecto de Ley consta de exposición de motivos, cuarenta y ocho artículos, cinco disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y diez disposiciones finales.

Comienza la exposición de motivos recordando que el derecho a la igualdad y la no discriminación se encuentra consagrado tanto en la Constitución de 1978 (artículo 14, en relación con el 9.2) como en diversos instrumentos internacionales y comunitarios, destacando en este último ámbito la aprobación de numerosas directivas que forman un importante corpus normativo de protección frente a la discriminación y entre las que se mencionan la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004 sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

En este marco, la presente Ley tiene la vocación de convertirse en el mínimo común denominador normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, realizando una transposición más adecuada de los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, lo que sólo se hizo parcialmente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La Ley persigue un doble objetivo: prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, intentando combinar el enfoque preventivo con el enfoque reparador. Para ello, el texto proyectado se caracteriza por tres notas: es una ley de garantías, una ley general y una ley integral.

En primer lugar, es una ley de garantías, que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el artículo 14 de la Constitución incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto, porque, como han acreditado los informes de diversos organismos competentes, el gran problema en esta materia en España no es la regulación de la igualdad y no discriminación, sino la garantía del cumplimiento de las normas que la regulan.

En segundo término, se trata de una ley general. España ha hecho grandes avances en esta materia durante los últimos años, especialmente en género a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. También en discapacidad existe un cuerpo amplio de medidas legislativas, administrativas y de otra índole, destacando especialmente la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y el proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Igualmente, la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, supusieron grandes avances normativos en la consecución de la igualdad legal y la eliminación de ciertas parcelas de discriminación por razón de la orientación o identidad sexual. No obstante, siguen existiendo déficits y desequilibrios, ya que no se protege de la misma manera ni en todos los casos, según el tipo de discriminación. Precisamente, lo que hace la Ley es extender la protección frente a la discriminación, de manera uniforme, por cualquier motivo y sin distinción de ámbito.

Por último, la Ley se caracteriza por ser integral respecto de los motivos de discriminación y las esferas en que se aplica, tal y como se refleja en sus ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación. Por lo que respecta al ámbito subjetivo, se contemplan los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), se incorporan expresamente tres nuevos motivos -enfermedad, identidad sexual y lengua- por su especial relevancia social y se mantiene la cláusula abierta que cierra el artículo 14 de la Constitución. Este carácter integral se manifiesta también, desde un punto de vista objetivo, en que la Ley prevé su aplicación en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social y singularmente en el empleo, el trabajo, la educación, la salud y los servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, la participación social o política y los medios de comunicación, estableciendo un conjunto de obligaciones que vinculan incondicionadamente a todas las Administraciones Públicas y en las relaciones entre particulares.

El articulado del anteproyecto de Ley se estructura en cinco títulos.

El título preliminar ("Objeto y ámbito de aplicación de la Ley") precisa que la presente Ley tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, y, a estos efectos, regula derechos y obligaciones de las personas físicas o jurídicas, "públicas o privadas", establece principios de actuación de los poderes públicos y contempla medidas destinadas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en "los sectores público y privado" (artículo 1); asimismo, se define su ámbito de aplicación, tanto desde un punto de vista subjetivo, disponiendo que nadie podrá ser discriminado "por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancias personal o social" y que las obligaciones de la presente Ley vinculan "a todas las Administraciones Públicas y a los organismos y entidades de ellas dependientes" y "a las personas físicas o jurídicas de carácter privado" (artículo 2), como desde un punto de vista objetivo, precisando que se aplicará "en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social" y, en particular, en las esferas que especifica la propia Ley (artículo 3).

El título I ("Derecho a la igualdad de trato y no discriminación") se divide en dos capítulos:

? El capítulo I ("Disposiciones Generales") define lo que debe entenderse por derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 4), discriminación directa e indirecta (artículo 5), discriminación por de expediente; p.ej.: 1.456/97 " \ " MERGEFORMAT 625/2011

Rubio Llorente, Presidente Lavilla Alsina Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer Herrero y Rodríguez de Miñón Ledesma Bartret Sánchez del Corral y del Río Manzanares Samaniego Fernández de la Vega Sanz Alonso García Rodríguez Fernández Díez-Picazo y Ponce de León Biglino Campos Valcárcel Bernaldo de Quirós Laborda Martín Recalde Díez Rubiales Torrejón Tocino Biscarolasaga Silva Sánchez Ortega y Díaz Ambrona Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, Secretaria General

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 26 de mayo de 2011, , emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"En cumplimiento de la Orden de V. E. de 28 de marzo de 2011 (registrada de entrada el 30 de marzo siguiente), el Consejo de Estado ha examinado el anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

De antecedentes resulta:

PRIMERO.- Contenido del anteproyecto de Ley y de su memoria

A) El anteproyecto de Ley consta de exposición de motivos, cuarenta y ocho artículos, cinco disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y diez disposiciones finales.

Comienza la exposición de motivos recordando que el derecho a la igualdad y la no discriminación se encuentra consagrado tanto en la Constitución de 1978 (artículo 14, en relación con el 9.2) como en diversos instrumentos internacionales y comunitarios, destacando en este último ámbito la aprobación de numerosas directivas que forman un importante corpus normativo de protección frente a la discriminación y entre las que se mencionan la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004 sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

En este marco, la presente Ley tiene la vocación de convertirse en el mínimo común denominador normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, realizando una transposición más adecuada de los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, lo que sólo se hizo parcialmente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La Ley persigue un doble objetivo: prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, intentando combinar el enfoque preventivo con el enfoque reparador. Para ello, el texto proyectado se caracteriza por tres notas: es una ley de garantías, una ley general y una ley integral.

En primer lugar, es una ley de garantías, que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el artículo 14 de la Constitución incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto, porque, como han acreditado los informes de diversos organismos competentes, el gran problema en esta materia en España no es la regulación de la igualdad y no discriminación, sino la garantía del cumplimiento de las normas que la regulan.

En segundo término, se trata de una ley general. España ha hecho grandes avances en esta materia durante los últimos años, especialmente en género a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. También en discapacidad existe un cuerpo amplio de medidas legislativas, administrativas y de otra índole, destacando especialmente la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y el proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Igualmente, la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, supusieron grandes avances normativos en la consecución de la igualdad legal y la eliminación de ciertas parcelas de discriminación por razón de la orientación o identidad sexual. No obstante, siguen existiendo déficits y desequilibrios, ya que no se protege de la misma manera ni en todos los casos, según el tipo de discriminación. Precisamente, lo que hace la Ley es extender la protección frente a la discriminación, de manera uniforme, por cualquier motivo y sin distinción de ámbito.

Por último, la Ley se caracteriza por ser integral respecto de los motivos de discriminación y las esferas en que se aplica, tal y como se refleja en sus ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación. Por lo que respecta al ámbito subjetivo, se contemplan los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), se incorporan expresamente tres nuevos motivos -enfermedad, identidad sexual y lengua- por su especial relevancia social y se mantiene la cláusula abierta que cierra el artículo 14 de la Constitución. Este carácter integral se manifiesta también, desde un punto de vista objetivo, en que la Ley prevé su aplicación en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social y singularmente en el empleo, el trabajo, la educación, la salud y los servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, la participación social o política y los medios de comunicación, estableciendo un conjunto de obligaciones que vinculan incondicionadamente a todas las Administraciones Públicas y en las relaciones entre particulares.

El articulado del anteproyecto de Ley se estructura en cinco títulos.

El título preliminar ("Objeto y ámbito de aplicación de la Ley") precisa que la presente Ley tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, y, a estos efectos, regula derechos y obligaciones de las personas físicas o jurídicas, "públicas o privadas", establece principios de actuación de los poderes públicos y contempla medidas destinadas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en "los sectores público y privado" (artículo 1); asimismo, se define su ámbito de aplicación, tanto desde un punto de vista subjetivo, disponiendo que nadie podrá ser discriminado "por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancias personal o social" y que las obligaciones de la presente Ley vinculan "a todas las Administraciones Públicas y a los organismos y entidades de ellas dependientes" y "a las personas físicas o jurídicas de carácter privado" (artículo 2), como desde un punto de vista objetivo, precisando que se aplicará "en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social" y, en particular, en las esferas que especifica la propia Ley (artículo 3).

El título I ("Derecho a la igualdad de trato y no discriminación") se divide en dos capítulos:

? El capítulo I ("Disposiciones Generales") define lo que debe entenderse por derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 4), discriminación directa e indirecta (artículo 5), discriminación por asociación y por error (artículo 6), discriminación múltiple (artículo 7), acoso discriminatorio (artículo 8), inducción, orden o instrucción de discriminar (artículo 9), represalias (artículo 10) y medidas de acción positiva (artículo 11).

? El capítulo II ("El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política, económica, social y cultural") regula el contenido del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo y el trabajo por cuenta ajena (artículo 12), la negociación colectiva (artículo 13), el trabajo por cuenta propia (artículo 14), las organizaciones sindicales, empresariales y profesionales (artículo 15), la educación (artículo 16), la atención sanitaria (artículo 17), la prestación de los servicios sociales (artículo 18), el acceso a la vivienda (artículo 19), la oferta pública de bienes y servicios (artículo 20), los establecimientos o espacios abiertos al público (artículo 21) y los medios de comunicación social y la publicidad (artículo 22).

El título II ("Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación") se divide en dos capítulos:

? El capítulo I ("Garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación") señala que las medidas de protección frente a la no discriminación comprenderán todas aquellas que sean suficientes para su detección, prevención y cese y que el incumplimiento de la obligación de adoptarlas dará lugar a la correspondiente responsabilidad administrativa, civil o, en su caso, penal (artículo 23); sanciona la nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que ocasionen discriminación (artículo 24); contempla la responsabilidad patrimonial de las personas que causen discriminación y de los empleadores o prestadores de servicios cuando dicha discriminación se produzca en el ámbito de su organización o dirección (artículo 25); precisa que la tutela judicial del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá la adopción de cualesquiera medidas adecuadas a tal fin (artículo 26); reconoce legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación no sólo a las personas afectadas, sino también a los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones de derechos humanos (artículo 27); establece una regla de distribución de la carga de la prueba, disponiendo que, "cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia", corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, siempre y cuando no se trate de procesos penales ni de procedimientos administrativos sancionadores (artículo 28); prevé que las autoridades públicas deberán incoar los procedimientos administrativos correspondientes a fin de adoptar las medidas oportunas y proporcionadas para la eliminación de cualesquiera situaciones de discriminación, en los cuales podrán tener la condición de interesados los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones para la promoción y defensa de los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas, siempre que tengan la autorización de la persona afectada (artículo

29); y contempla la designación de un Fiscal de Sala delegado para la tutela de la igualdad de trato y la no discriminación y la formación especializada en esta materia de los miembros del Ministerio Fiscal (artículo 30).

? El capítulo II ("Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva") señala que los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva e impulsarán políticas de fomento de la igualdad de trato en las relaciones entre particulares y que las empresas podrán hacer uso publicitario de sus acciones de responsabilidad social en la materia (artículo 31); prevé la aprobación por el Consejo de Ministros de una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, con carácter cuatrienal, como instrumento principal de colaboración territorial para el impulso, desarrollo y coordinación de las políticas y objetivos generales establecidos en esta Ley (artículo 32); contempla la colaboración entre las Administraciones públicas como mecanismo para alcanzar la igualdad de trato y la no discriminación en el ámbito de sus respectivas competencias, particularmente a través de los planes y programas conjuntos de actuación adoptados en el seno de la Conferencia Sectorial de Igualdad (artículo 33); ordena la elaboración de estadísticas y estudios en la materia por parte de los poderes públicos y, en especial, en el ámbito policial y judicial (artículo 34); establece que las Administraciones públicas podrán valorar las actuaciones realizadas para la efectiva consecución de la igualdad de trato y la no discriminación como criterio para la concesión de subvenciones o la adjudicación de contratos (artículo 35); y dispone que en los programas de las pruebas selectivas para el acceso al empleo público y en la formación continuada del personal al servicio de las Administraciones públicas se incluirá el estudio y aplicación de la igualdad de trato y la no discriminación (artículo 36).

El título III ("La Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación") crea la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, como autoridad independiente encargada de proteger y promover la igualdad de trato y la no discriminación de las personas por razón de las causas previstas en esta Ley, tanto en el sector público como en el privado, y enumera sus funciones (artículo 37); precisa que esta Autoridad es un "órgano público unipersonal", que se regirá por lo dispuesto en esta Ley, en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su propio Estatuto aprobado por Real Decreto, y cuyo titular será nombrado por el Gobierno por un mandato único de seis años, previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados (artículo 38); establece el régimen del personal funcionario y laboral y regula los recursos económicos de la Autoridad y el control sobre los mismos (artículo 39); prevé que se regulará la participación de las organizaciones representativas de intereses sociales en las actividades de la Autoridad (artículo 40); impone el deber de colaboración entre la Autoridad, los demás poderes del Estado y los particulares (artículo 41); y regula la relación entre la Autoridad y el Defensor del Pueblo (artículo 42).

El título IV ("Infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación") prevé que el régimen sancionador de esta Ley será básico y común en todo el territorio del Estado y resultará de aplicación en defecto de legislación específica en la materia y recuerda la vigencia del principio "non bis in idem" (artículo 43); clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves y fija el plazo de prescripción de cada una de ellas y de sus correspondientes sanciones (artículo 44); establece las sanciones procedentes -siempre multas de naturaleza pecuniaria- para cada uno de los tres tipos de infracciones, con una cuantía mínima de 150 euros y máxima de 500.000 euros (artículo 45); enumera los criterios de graduación de las sanciones, así en general como en los supuestos de discriminación múltiple, de infracciones de las que se derive necesariamente la comisión de otra u otras o de infracciones cometidas por los funcionarios en ejercicio de sus cargos (artículo 46); prevé la imposición de sanciones accesorias -supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales, cierre de establecimiento y cese de la actividad económica o profesional del infractor- en caso de infracciones muy graves, así como la sustitución de las sanciones pecuniarias -siempre que no se trate de infracciones muy graves- por cualquier medida alternativa que tenga como finalidad sensibilizar al infractor sobre la igualdad de trato y la no discriminación o reparar el daño moral inflingido a las víctimas o grupos afectados (artículo 47); y precisa que la competencia para la incoación, tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores corresponde a la Administración de las Comunidades Autónomas o a la Administración General del Estado -en este último caso, cuando el ámbito territorial de la conducta infractora sea superior al de una Comunidad Autónoma-, que los plazos máximos para la notificación de la resolución del procedimiento y para su cumplimiento por el infractor serán respectivamente de seis meses y de entre quince y treinta días, que los órganos administrativos deberán adoptar medidas provisionales para que desaparezcan las situaciones de discriminación e incoar el correspondiente procedimiento sancionador cuando se aporte un principio de prueba de que la infracción hubiera podido ser cometida por una autoridad o personal al servicio de las Administraciones públicas, y que los procedimientos sancionadores se tramitarán -en el ámbito de la Administración General del Estado- de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y se resolverán por el titular del Ministerio competente por razón de la materia o, cuando la sanción propuesta supere los 200.000 euros, por el Consejo de Ministros (artículo 48).

La disposición adicional primera ("Constitución de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación") establece que, en el plazo de tres meses, el Gobierno designará al titular de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y que, en el plazo de seis meses, se procederá a la integración en dicha Autoridad de las funciones, entidades, organismos y servicios de la Administración General del Estado que se determinen mediante Real Decreto y a la aprobación del Estatuto de la Autoridad también mediante Real Decreto.

La disposición adicional segunda ("Asistencia jurídica a la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación") precisa que el asesoramiento, representación y defensa en juicio de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 52/1997, de 17 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

La disposición adicional tercera ("Designación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación") prevé que la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación será el organismo competente en el Reino de España a los efectos previstos en las distintas directivas comunitarias en materia de igualdad.

La disposición adicional cuarta ("No afectación de la legislación en materia de extranjería") señala que lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de la regulación establecida en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en su redacción vigente, actual o futura.

La disposición adicional quinta ("Actualización de la cuantía de las sanciones") prevé que el importe de las sanciones podrá ser revisado y actualizado "periódicamente" por el Gobierno mediante Real Decreto, previo informe del Ministerio competente en materia de igualdad y de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, teniendo en cuenta la variación del "Índice de Precios al Consumo".

La disposición transitoria única ("Régimen transitorio de procedimientos") establece que esta Ley no será de aplicación a los procedimientos administrativos y judiciales iniciados con anterioridad a su entrada en vigor.

La disposición derogatoria única contempla la derogación expresa de los artículos 27 a 33 y 35 y 36 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y del artículo 2 bis de la Ley 16/1983, de 24 de octubre, de creación del Instituto de la Mujer, y contiene una cláusula de derogación tácita de cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Ley.

La disposición final primera ("Modificación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico") añade un segundo párrafo al apartado 4 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, en el que se faculta a los juzgados y tribunales para la adopción de cualquiera de las medidas de restricción o interrupción de la prestación de servicios o de retirada de datos de páginas de Internet, "cuando resulte necesario para proteger los derechos de la víctima o grupos o personas discriminadas".

La disposición final segunda ("Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil") da nueva redacción al artículo 11 bis, al apartado 5 del artículo 217 y al apartado 3 del artículo 222 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, reconociéndose, en el primero de tales preceptos, legitimación activa para la defensa del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación ante la jurisdicción civil a la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones de derechos humanos, consagrándose, en el segundo de ellos, una regla de distribución de la carga de la prueba en el procedimiento civil -en términos idénticos a los del artículo 28 del anteproyecto- para el caso de que "la parte actora alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia", y extendiéndose, en el tercero y último, los efectos de la cosa juzgada material a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamentan la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el "artículo 11 bis" de dicha Ley. La disposición final tercera ("Modificaciones de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa") da nueva redacción a la letra i) del artículo 19 y el apartado 7 del artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reconociéndose, en el primero de tales preceptos, legitimación activa para la defensa del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación ante la jurisdicción contencioso-administrativa a la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones de derechos humanos, y estableciéndose, en el segundo de ellos, una regla de distribución de la carga de la prueba en el procedimiento contencioso-administrativo -en términos idénticos a los del artículo 28 del anteproyecto- para el caso de que "la parte actora alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia".

La disposición final cuarta ("Modificación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común") añade un nuevo apartado 4 al artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, consagrandone una regla de distribución de la carga de la prueba en el procedimiento administrativo -en términos idénticos a los del artículo 28 del anteproyecto- para el supuesto de que "el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia".

La disposición final quinta ("Modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores") da nueva redacción al apartado 4 del artículo 37 y al apartado 3 del artículo 38 de dicho texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 4 de marzo, previéndose, en el primero de tales preceptos, que el permiso de lactancia alcanza a "los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento" y puede ser ejercido por "los trabajadores y las trabajadoras", y estableciéndose, en el segundo de ellos, que el trabajador tendrá derecho a disfrutar de sus vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal "por cualquiera de las contingencias y situaciones protegidas", expresión genérica en la que se subsume la incapacidad temporal derivada del "embarazo, parto o lactancia natural" a que se hace referencia en la redacción actual de la norma.

La disposición final sexta ("Modificación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público") da nueva redacción al artículo 48.1.f) de dicha Ley, precisando que el permiso por lactancia "constituye un derecho individual de las funcionarias y los funcionarios" y que "las funcionarias y los funcionarios" podrán solicitar su sustitución por un permiso retribuido.

La disposición final séptima ("Modificación de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado") da nueva redacción al apartado 1 de la disposición adicional décima de dicha Ley, incluyendo a la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación entre los organismos públicos que "se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley".

La disposición final octava ("Título competencial") enumera los diferentes títulos competenciales en que se fundamenta la Ley -artículo 149.1.1ª, 2ª, 6ª, 7ª, 8ª, 11ª, 18ª y 27ª de la Constitución- y los preceptos que se dictan al amparo de cada uno de ellos.

La disposición final novena ("Habilitación para el desarrollo reglamentario") faculta al Gobierno y al Ministerio competente en materia de igualdad, en sus ámbitos respectivos, para el desarrollo y aplicación de esta Ley.

La disposición final décima ("Entrada en vigor") prevé que la presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

B) El anteproyecto de Ley se acompaña de una memoria del análisis de impacto normativo, en la que se justifica la oportunidad de la norma y se valora su impacto económico y presupuestario, por razón de género y para toda la sociedad.

El anteproyecto de Ley -dice la memoria- culmina un proceso de iniciativas legislativas a favor de la igualdad de trato y la no discriminación que se han venido desarrollando desde la anterior legislatura y que han situado a España en la vanguardia de los países más avanzados en políticas de igualdad. Con él se pretende dar respuesta a una necesidad normativa concreta: crear un instrumento eficaz contra toda la discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que ésta se pueda producir, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos consagrada en los textos y jurisprudencia internacionales. En el momento actual no hay una norma estatal que dé respuesta a esta necesidad, pues existen leyes sectoriales pero no un marco general e integral que otorgue protección frente a cualquier discriminación. Por esta razón -puntualiza la memoria-, no parece que una reforma legislativa en profundidad fuera mejor alternativa.

El impacto económico del anteproyecto de Ley se considera positivo, por cuanto fortalecerá el marco legal e institucional en el que se desarrolla nuestro modelo económico, redundando en una mejora de la productividad y del empleo -por el incremento de la seguridad jurídica en las relaciones laborales que proporciona la norma-, en una reducción de las cargas administrativas -por cuanto la creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación comportará una organización más eficiente de los recursos administrativos dedicados a este fin- y en una garantía para el acceso a los bienes y servicios -dada la mayor transparencia que la norma impone en la fijación de criterios y límites para el ejercicio de los derechos de los consumidores-.

El único impacto presupuestario del anteproyecto de Ley - señala la memoria- se derivará de la creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y, en todo caso, se estima mínimo y limitado al coste anual de las retribuciones de la persona titular de dicho organismo.

El impacto de género de la norma se reputa también positivo, por cuanto refuerza la protección de los derechos de las mujeres, en línea con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Finalmente, se destaca que el anteproyecto de Ley tendrá un impacto social importante y muy positivo, puesto que su ámbito de aplicación se extiende a la sociedad en general y a todas las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, estableciendo fórmulas de prevención y resolución de conflictos y medidas que permitirán avanzar en el fenómeno de la discriminación, lo que -concluye la memoria- tendrá efectos beneficiosos para la cohesión social y la convivencia ciudadana.

SEGUNDO.- Contenido del expediente

El texto inicial del anteproyecto de Ley, con su memoria del análisis de impacto normativo, ambos de fecha 7 de enero de 2011, han sido sometidos a la siguiente tramitación:

A) Se concedió audiencia, con fecha 20 de enero de 2011, a las asociaciones, organizaciones y entidades interesadas en la materia regulada:

(i) Desde el sector empresarial se ha recibido escrito de alegaciones conjuntas de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

Ambas asociaciones han sido especialmente críticas con el anteproyecto de Ley, cuestionando su oportunidad y relevancia. Más concretamente, han censurado la aplicación del derecho de igualdad al ámbito educativo, que supone desconocer la doctrina jurisprudencial de que la enseñanza diferenciada no es discriminatoria, la presunción de existencia de daño moral en caso de discriminación, la atribución de responsabilidad al empleador por el solo hecho de que la situación de discriminación se produzca en su ámbito de organización o dirección, el coste económico de la creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y la elevada cuantía de las sanciones.

(ii) En el ámbito sindical han tomado postura respecto del contenido de la norma las dos centrales más representativas:

? La Unión General de Trabajadores ha realizado un balance favorable del anteproyecto, sin perjuicio de formular algunas observaciones a su contenido, sugiriendo la inclusión de la nacionalidad como motivo de discriminación y haciendo especial hincapié en la importancia del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito laboral, educativo y sanitario y de la legitimación de los sindicatos en los procesos laborales por discriminación.

? Comisiones Obreras ha coincidido en esta valoración positiva, aunque proponiendo algunos cambios, como la inclusión de la apariencia física y la nacionalidad como motivo de discriminación o la sanción de nulidad del despido laboral que traiga causa de la enfermedad o incapacidad temporal, y destacando la conveniencia de que los sindicatos estén legitimados en los procesos laborales por discriminación, de que la inversión de la carga de la prueba se produzca únicamente cuando existan indicios razonables y fundados de discriminación y de que las organizaciones empresariales y sindicales más representativas participen en las actividades de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

(iii) Dentro del amplio espectro de las organizaciones de protección y defensa de derechos individuales, se han recibido las siguientes alegaciones:

? La Federación de Asociaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos ha mostrado su preocupación por el hecho de que quienes padecen enfermedades crónicas no puedan contratar con las aseguradoras médicas privadas y de que las personas de raza gitana vean impedido su acceso a algunos establecimientos de ocio.

? La Federación de Asociaciones de S.O.S Racismo del Estado Español ha sostenido que la inversión de la carga de la prueba debe aplicarse también en el proceso penal y que las denuncias de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación deben tener presunción de veracidad.

? La Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en el Estado Español (European Anti Poverty Network-Es) considera positivo que el anteproyecto de Ley incluya el origen racial o étnico como motivo de discriminación, prevea una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, y cree una Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. Sin embargo, señala también algunos aspectos negativos de la norma -como la regulación de la carga de la prueba, el régimen sancionador o el respeto a la legislación de extranjería- y advierte que algunas de sus previsiones podrían entrar en conflicto con la libertad de expresión, individual o colectiva.

? La Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales ha propuesto que la composición de la unidad de convivencia no sea causa de discriminación, defendiendo el reconocimiento de la unidad monoparental y su reflejo en la legislación civil.

? La Federación Liberadora del Vestir y Mantener la Desnudez ha mantenido que el uso de vestidos o adornos y el grado de desnudez deberían incluirse como motivos de discriminación.

(iv) También han sido oídas otras entidades o asociaciones constituidas con fines diversos:

? El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad ha sugerido que se incluyan la obesidad y la apariencia física como motivos de discriminación, que no sólo se contemple la discriminación por acción sino también por omisión y que se considere discriminatorio no realizar los ajustes razonables para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derechos.

? La Confederación Estatal de Personas Sordas ha sugerido la inclusión en el anteproyecto de una referencia expresa al lenguaje de signos.

? La Asociación Española contra el Cáncer se ha limitado a realizar algunas pequeñas precisiones al articulado de la norma, en las que subyace su preocupación por una correcta asistencia sanitaria prestada en condiciones de igualdad.

? La Asociación de Editores de Diarios Españoles se ha mostrado sumamente crítica con el anteproyecto de Ley, por cuanto pretende realizar una concepción expansiva del derecho de igualdad que entra en conflicto con la libertad individual de los ciudadanos y adolece de una falta de concreción de las conductas consideradas discriminatorias y que pueden sancionarse con multas de elevada cuantía.

B) Se ha remitido el anteproyecto, con fecha 24 de enero de 2011, a las Comunidades y Ciudades Autónomas. En respuesta se han recibido los siguientes escritos de alegaciones:

? El Instituto Andaluz de la Mujer, dependiente de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, ha valorado positivamente la norma, aunque realizando algunas observaciones: en concreto, se propone que las competencias de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación sean atribuidas al Defensor del Pueblo, evitando así una duplicidad de estructuras administrativas; que, dentro del régimen sancionador, se incluya una circunstancia agravante para el caso de que la discriminación se produzca contra las mujeres y se eleve el plazo de prescripción de las infracciones; y que se elimine el lenguaje sexista empleado en algunos de sus preceptos.

? La Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno del Principado de Asturias se ha limitado a observar -de manera puramente descriptiva- que las obligaciones impuestas por la regulación proyectada inciden de forma directa en la actuación y organización administrativa de las Administraciones autonómicas, que, por ello, deberán adaptarse a estas nuevas exigencias.

? El Instituto Canario de Igualdad, dependiente de la Consejería de Bienestar Social, Juventud y Vivienda del Gobierno de Canarias, ha señalado que el anteproyecto de Ley no debería aplicarse a la discriminación por razón de sexo -pues a tal fin ya existe la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pudiendo generarse problemas interpretativos derivados de la concurrencia de ambas normas-, que el rango de la norma debería ser el de Ley Orgánica, que la creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación supone la institucionalización de unas competencias ya ejercidas por el Defensor del Pueblo y que debe eliminarse el lenguaje sexista empleado en determinados pasajes del texto de la norma.

? La Dirección General para la Inmigración, dependiente del Departamento de Bienestar Social y Familia de la Generalidad de Cataluña, ha manifestado que no pueden considerarse discriminatorias las medidas de fomento o protección de la lengua propia tendentes a corregir o compensar un déficit histórico.

? La Comunidad Autónoma del País Vasco ha cuestionado los títulos competenciales al amparo de los cuales se dicta el anteproyecto de Ley así como el rango ordinario de la norma y ha realizado también numerosas observaciones para la mejora del texto, señalando -a este respecto- que la legitimación de las personas jurídicas en los procesos seguidos por discriminación no debería circunscribirse a aquellas cuyo fin primordial sea la defensa del derecho a la igualdad de trato y cumplan los demás requisitos previstos en la norma, que la regla de la inversión de la carga de la prueba debería extenderse a los procedimientos sancionadores, que la presunción de existencia de daño moral en supuestos de discriminación constituye una excepción en el régimen general de la prueba, que la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación tendría que ser nombrada por las Cortes y no por el Gobierno, que la condición de funcionario público no debería contemplarse como circunstancia agravante para la imposición de sanciones -dado que con ello se dificultaría la investigación de los comportamientos discriminatorios- y que la sustitución de sanciones por una prestación personal no retribuida del infractor debería realizarse previa audiencia a la víctima de la discriminación.

? La Consejería de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana ha manifestado que la generalización de la regla de la inversión de la carga de la prueba puede dar lugar a situaciones abusivas, poniendo en riesgo constante la presunción constitucional de inocencia, que las competencias de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación deberían quedar en manos del Defensor del Pueblo y que en diversos artículos del texto legal proyectado se utiliza un lenguaje sexista.

C) Se han incorporado informes o dictámenes emitidos por diversos entes u órganos administrativos y constitucionales:

(i) El informe de la Agencia Española de Protección de Datos, de fecha 3 de febrero de 2011, realiza dos consideraciones puntuales, desde la estricta perspectiva de las funciones encomendadas a este organismo:

? Por una parte, se señala que la legislación vigente en materia estadística permite la obtención de datos de carácter personal -así en general como en el ámbito judicial y policial- relacionados con conductas atentatorias contra los principios de igualdad de trato y no discriminación, si bien dicha información está en todo caso protegida por el secreto estadístico, de forma que no podrá ser objeto de publicación, difusión, revelación o comunicación a terceros, salvo en los supuestos estrictamente habilitados por las leyes.

? Por otra parte, se afirma que la comunicación de la información que contenga datos personales de terceros sin su consentimiento, cuando sea "estrictamente necesario" para el ejercicio de la actividad investigadora de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, se ajusta a la legislación en materia de protección de datos.

(ii) El informe del Consejo Nacional de Discapacidad, de fecha 3 de febrero de 2011, contiene un juicio de conformidad al contenido del proyecto, respecto del cual no se realizan observaciones.

(iii) El informe del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas por el Origen Racional o Étnico, de 15 de febrero de 2011, valora positivamente el anteproyecto de Ley, sin perjuicio de algunas puntualizaciones o sugerencias en relación con determinados aspectos del mismo, que coinciden en cierta medida con las contenidas en el informe del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, de 16 de febrero de 2011:

? En primer lugar, se sugiere la ampliación del ámbito de aplicación de la norma, incluyendo la "nacionalidad" y la "apariencia física" como motivos de discriminación.

? En segundo término, se realizan algunas precisiones o modificaciones de redacción en las definiciones contenidas en la norma -pidiendo la inclusión de la discriminación por omisión- y en la regulación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados sectores.

? En tercer lugar, se propone, dentro del régimen de garantías del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación, que la presunción del daño moral -prevista para el supuesto de que se acredite una discriminación- admita prueba en contrario, que la legitimación de las entidades y asociaciones en los procedimientos administrativos y judiciales no se condicione a que aquéllas tengan entre sus fines la defensa de dicho derecho y cuenten con la autorización de las personas discriminadas, y que la inversión de la carga de la prueba se supedite a la concurrencia de indicios razonables de discriminación.

? En cuarto lugar, se subraya la conveniencia de denominar "Alta Institución" -como en Francia- a la Autoridad para la Igualdad de Trato y No Discriminación, a fin de prestigiarla debidamente, de que se constituya como un órgano colegiado y de que sus miembros sean nombrados por el Congreso de los Diputados por un mandato superior a la duración de una legislatura.

? Por último, se proponen determinados ajustes de redacción en el régimen sancionador -algunos de ellos en consonancia con los introducidos en las definiciones antes referidas- así como la elevación de la cuantía de las infracciones leves a 301 euros, y se cuestiona que quienes cometen infracciones graves puedan sustituir su sanción pecuniaria por "cualquier medida alternativa".

(iv) El informe del Consejo de Consumidores y Usuarios, de fecha 22 de febrero de 2011, contiene un juicio favorable del anteproyecto de Ley, aun cuando denuncia la "excesiva abstracción" con la que se tratan algunos aspectos fundamentales de la materia, que, de no concretarse debidamente, podrían determinar que la norma se convirtiera en "una gran exposición de motivos", es decir, en una relación de planteamientos irrenunciables cuya aplicación práctica no se vislumbre finalmente.

También desde esta perspectiva general, se formulan reservas al rango de la Ley, que -en opinión del órgano de representación de los intereses de los consumidores- debería revestir naturaleza orgánica, por cuanto contiene un desarrollo legislativo del derecho a la igualdad.

Con carácter más específico, se realizan algunas observaciones a la parte dispositiva de la norma:

? En primer lugar, se sugiere la inclusión de la "capacidad económica" como uno de los motivos de discriminación comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto.

? En segundo término, se formulan algunas precisiones en relación con determinadas definiciones incluidas en el texto, por considerarlas confusas.

? En tercer lugar, se analiza la regulación específica dada al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos:

- así, se propone reforzar las previsiones contempladas en materia educativa, para que los centros sostenidos con fondos públicos tengan que admitir al alumnado inmigrante y con necesidades educativas especiales;

- se sugiere definir el concepto de "grupo socialmente vulnerable", a fin de que tales grupos sean objeto de atención preferente en la prestación de los servicios sociales;

- se ponderan favorablemente las medidas dispuestas para el acceso a la vivienda, dado que las asociaciones de consumidores han constatado actuaciones discriminatorias de los servicios de intermediación inmobiliaria en relación con la población inmigrante;

- se hace nuevamente hincapié en la necesidad de prohibir la discriminación por razón de capacidad económica en el acceso a la oferta pública de bienes y servicios;

- y se propone que las condiciones de admisión a establecimientos o espacios abiertos al público deban ser autorizadas por las autoridades administrativas y no meramente comunicadas a éstas. ? Por último, se plantea, dentro del régimen de garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, que la legitimación de las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas no debería supeditarse a que uno de sus fines estatutarios sea la defensa del mencionado derecho ni establecerse a tal fin requisitos más exigentes que para los sindicatos y partidos políticos, y que la regla de inversión de la carga de la prueba es positiva pero debería plasmarse con una mayor concreción.

(v) El informe del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 28 de febrero de 2011, comienza realizando un examen general de la normativa y jurisprudencia nacional, comunitaria e internacional relativa al principio de igualdad, para, a continuación, adentrarse en el análisis del contenido del anteproyecto de Ley.

A este respecto, se considera que los títulos competenciales invocados y el rango ordinario de la norma son suficientes en atención a la materia regulada. Sin perjuicio de ello, son diversas las observaciones que se realizan a su parte dispositiva:

? En primer lugar, se señala que el examen del anteproyecto - que tiene la vocación de ser una Ley general e integral en materia de igualdad- evidencia que en su elaboración se han tenido en cuenta otras directivas comunitarias distintas de las que se identifican en la exposición de motivos, por lo que debería indicarse con claridad cuáles son las normas europeas que realmente se transponen.

? En segundo término, se destaca -en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley- que, aun cuando la jurisprudencia constitucional ha mantenido que en las relaciones entre particulares también opera la prohibición de discriminaciones contrarias al principio de igualdad, ésta rige con menor intensidad que en las relaciones con los poderes públicos.

En las relaciones entre particulares -señala el informe-, la limitación de la autonomía opera con mayor o menor eficacia dependiendo de los negocios jurídicos considerados, los derechos que se ejerzan o las circunstancias que concurran. Así, el principio de igualdad tendrá escaso margen de incidencia en los negocios a título gratuito, o en el mero ejercicio de los derechos, siendo mayor en la contratación dirigida al público en general, sobre todo cuando se trate de contratos que recaigan sobre materias socialmente importantes y el sujeto discriminador detente una posición total o parcialmente dominante en el mercado. Por lo mismo, puede sostenerse que la eficacia del principio de igualdad será muy reducida en contratos o negocios que tengan una repercusión principalmente dentro del ámbito personal, familiar o doméstico del sujeto discriminador.

Desde esta perspectiva se examinan en el informe los preceptos relativos al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda, en la oferta pública de bienes y servicios y en la entrada a establecimientos o espacios abiertos al público, en los que el Consejo aprecia la nota de ofrecimiento al público y/o habitualidad o profesionalidad en el ejercicio de la actividad, lo que es indicativo de que el referido derecho debe quedar circunscrito, en las relaciones entre particulares, a ámbitos muy definidos en los que el oferente tenga una especial vocación de dirigir su oferta a cualesquiera destinatarios.

? En tercer lugar, se observa -en relación con el ámbito objetivo de aplicación- que los motivos de discriminación contemplados no pueden proyectarse de igual modo en todos los sectores de la vida política, económica, social y cultural, pues será en el ámbito de las relaciones laborales, la contratación de bienes y servicios, los servicios sanitarios, las prestaciones sociales y la educación, con especial incidencia en los servicios públicos, donde desplieguen la mayoría de sus efectos.

? En cuarto lugar, se advierte que, dentro de las definiciones contenidas en el anteproyecto de Ley, figuran las de "discriminación por asociación y por error" y "discriminación múltiple", que ni vienen impuestas ni están definidas por la normativa comunitaria, de ahí que el legislador debiera realizar un esfuerzo de concreción, habida cuenta de las consecuencias que las mismas proyectan sobre el régimen sancionador.

? En quinto lugar, se realizan, respecto del régimen de garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, las siguientes consideraciones:

- la formulación del conjunto de medidas que pueden adoptarse para poner fin a las situaciones de discriminación es genérica, abierta y de carácter eminentemente procesal, por lo que su efectividad exigirá una concreción y articulación en instrumentos procesales, como las acciones de cesación, las medidas cautelares o la adopción de medidas ejecutivas;

- el reconocimiento de legitimación activa a favor de asociaciones representativas de derechos e intereses colectivos y la regla de la inversión de la carga de la prueba no son desconocidas en nuestro ordenamiento, ni en nuestra jurisprudencia ordinaria y constitucional, a resultas de la transposición del ordenamiento europeo;

- en el supuesto de procesos por discriminación, no se prevé la llamada al proceso a los posibles interesados, por lo que oponerles el efecto de cosa juzgada sin haberles dado la oportunidad de personarse podría afectar al principio de audiencia.

? En sexto lugar, se recuerda que la creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación no viene impuesta necesariamente por las directivas comunitarias y que, en todo caso, sus competencias no deben afectar a las del Defensor del Pueblo.

? Por último, se perfilan y precisan determinados aspectos del régimen sancionador, en aras de la seguridad jurídica, buscando la concordancia de los ilícitos administrativos con los tipos penales.

(vi) El informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, de fecha 2 de marzo de 2011, realiza las siguientes observaciones:

? De una parte, se resalta la conveniencia de consensuar el texto con las Comunidades Autónomas, pues, dado el carácter transversal del anteproyecto, la pluralidad de títulos competenciales implicados y la diversidad de su alcance podría generar conflictividad. Se cita, como previsión que pudiera suscitar alguna controversia, la prohibición de financiar con fondos públicos aquellos centros educativos que excluyan el ingreso a determinadas personas o grupos.

? De otra parte, se sugieren algunas mejoras en el régimen jurídico de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, especialmente en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, adscripción, estatutos y personal.

(vii) El informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, de fecha 10 de marzo de 2011, formula las siguientes consideraciones:

? En primer lugar, se observa que la prohibición de discriminación por el uso del castellano podría impedir la aplicación de programas de inmersión lingüística para corregir desequilibrios anteriores - reconocidos en la legislación autonómica catalana y refrendados por el Tribunal Constitucional-, que se basan precisamente en el tratamiento diferenciado de dos lenguas. Por ello, se solicita la supresión de esta prohibición.

? En segundo término, se señala que la prohibición de acogerse a financiación pública impuesta a los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos a personas o grupos individuales comportará que los colegios que impartan educación diferenciada por sexos no puedan acceder al régimen de conciertos, cuando el Tribunal Supremo ha señalado que "no se puede asociar la enseñanza separada con la

discriminación por razón de sexo" (Sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo -sección 7ª- de 26 de junio de 2006). Por ello, la compatibilidad de la prohibición prevista en el anteproyecto de Ley con la jurisprudencia del Alto Tribunal pasaría por limitar aquélla al ingreso en los centros y no extenderla al uso y disfrute de otros bienes y servicios educativos.

? Por último, no se considera acertada la extensión al ámbito educativo de las reglas sobre carga de la prueba previstas en la regulación proyectada: de una parte, porque la relación entre los alumnos y el profesor presenta unas características diferenciales derivadas de la necesidad de asignar a los docentes algún tipo de autoridad, y además dicha relación se produce habitualmente en situaciones colectivas en las que la discriminación -de existir- es pública y puede probarse por los interesados sin demasiada dificultad; de otra, porque la aplicación de tales reglas podría introducir un factor de desequilibrio en la convivencia escolar y afectar a la libertad de evaluación de los docentes.

(viii) En el informe del Consejo Fiscal, de fecha 21 de marzo de 2011, se valora positivamente que el anteproyecto establezca un marco general destinado a la prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación que sea referencia básica para todos los poderes públicos y se destaca que el rango de ley ordinaria resulta suficiente para la aprobación de la norma proyectada, por cuanto ésta no constituye desarrollo legislativo directo del derecho de igualdad.

No obstante, se advierte que las deficiencias del texto, en lo relativo a la indefinición de determinadas conductas, su calificación legal y el régimen de sanciones a las mismas asociado, pudiera dar lugar al aumento de la litigiosidad en todos los órdenes jurisdiccionales.

En todo caso, se acoge favorablemente la creación de un Fiscal de Sala delegado para la igualdad de trato y la no discriminación y el compromiso de una formación especializada de los fiscales en la materia y se sugieren algunos ajustes en determinados preceptos del anteproyecto relacionados con las funciones propias del Ministerio Fiscal.

(ix) En el dictamen del Consejo Económico y Social, de fecha 23 de marzo de 2011, se formula un juicio favorable sobre el anteproyecto de Ley, sin perjuicio de determinadas observaciones de diverso alcance:

? Con carácter general, se señala que los objetivos y principios inspiradores de la norma no siempre encuentran reflejo en el articulado, que las previsiones presupuestarias de la memoria económica no parecen realistas, que el lenguaje no sexista empleado en su redacción es acertado si bien admite mejoras y que no se advierte un criterio uniforme o único en la transposición de las directivas comunitarias.

? Con carácter específico, se sugieren algunos cambios o modificaciones en determinadas partes del anteproyecto:

- en primer lugar, se propone la inclusión de la "aparición física" y la "nacionalidad" como motivos de discriminación proscritos por la norma, se pide una mayor precisión en algunas de las definiciones contenidas en la norma y se presta especial atención a la regulación específica del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados sectores: así, en el ámbito laboral y de la negociación colectiva, se llama la atención acerca de algunas discordancias entre el anteproyecto de Ley y la legislación laboral sustantiva; igualmente, se denuncia que la previsión dedicada a la igualdad en materia educativa podría afectar a la libertad de enseñanza; en sentido parecido, se considera que el texto legal no diferencia adecuadamente entre la esfera pública y la privada en lo relativo al acceso a una vivienda y que, por ello, sus disposiciones deberán interpretarse de forma que no colisionen con la autonomía de las partes o la libertad de contratación; por último, se señala que la obligación de igualdad de trato en los medios de comunicación social debe entenderse sin perjuicio del derecho de información.

- en segundo término, se resalta la importancia de que las organizaciones empresariales sean consideradas interesadas en los procedimientos administrativos contra la discriminación y se les atribuya legitimación en los procedimientos judiciales;

- en tercer lugar, se destaca que la creación de una Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación no viene exigida por el Derecho comunitario y tiene un impacto económico al que no se alude en la memoria, aparte de que las competencias de esta institución se solaparán con las de otros órganos administrativos ya existentes en la materia y con las del Defensor del Pueblo;

- por último, se sugiere una mayor concreción del régimen sancionador en aras de mejorar la seguridad jurídica. A results de la tramitación precedente, se elaboró un nuevo texto del anteproyecto de Ley, con la correspondiente memoria del análisis de impacto normativo, ambos de fecha 28 de marzo de 2011. Consta en el expediente un informe elaborado por la Secretaría de Estado de Igualdad en el que se analizan las observaciones recibidas y se exponen las razones de la aceptación o rechazo de cada una de ellas.

La versión definitiva del anteproyecto de Ley ha recibido, con fecha 29 de marzo de 2011, el informe favorable de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en el que se consideran suficientes tanto el rango ordinario de la norma como los títulos competenciales invocados para su elaboración, se destaca que la inclusión de determinadas definiciones incrementa la seguridad jurídica, se resalta la importancia de la creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación como un instrumento necesario para la aplicación eficaz del principio de igualdad de trato -institución que, además, se contempla en el ordenamiento comunitario y encuentra un antecedente similar en el Derecho francés-, se observa que la inversión de la carga de la prueba prevista en la norma es más ponderada que la establecida en otras leyes anteriores -señaladamente, en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres-, dado que ahora se exige la aportación de indicios fundados de discriminación, y se subraya la especial incidencia de la norma en el ámbito educativo -que, en todo caso, se entiende conforme con la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación-, en el acceso a la vivienda -que se estima justificada habida cuenta de que, según el barómetro del CIS de diciembre de 2008, un 4% de los usuarios han recibido un trato discriminatorio con ocasión del alquiler o compra de una vivienda- y en los medios de comunicación -que, a través de su programación, pueden convertirse en agentes activos en la lucha contra la discriminación-.

Remitido el expediente al Consejo de Estado, solicitaron audiencia la Federación Española de Religiosos de Enseñanza-Titulares de Centros Católicos y la Confederación Española de Centros de Enseñanza, que les fue concedida por plazo de cinco días hábiles. Con fecha 8 de abril de 2011 se recibió escrito de alegaciones de la segunda de las asociaciones mencionadas, que -con argumentos jurídicos diversos- ha mostrado su oposición al artículo 16.2 del anteproyecto de Ley, por considerar que la educación diferenciada no resulta discriminatoria, además de realizar otras consideraciones de menor importancia en relación con diversos preceptos de la norma. En cambio, la primera de las entidades no ha formulado observaciones en el plazo que le fue concedido al efecto.

Con fecha 8 de abril de 2011 se recibió oficio del Secretario General Técnico del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad en el que se da cuenta de un error material en el artículo 28 del anteproyecto de Ley, relativo a la inversión de la carga de la prueba, y se adjunta, por ello, un texto corregido de la norma.

El 15 de abril de 2011 solicitó audiencia Easse España (European Association Single-Sex Education), que le fue concedida por plazo de quince días hábiles. Con fecha 4 de mayo de 2011 se recibió escrito de alegaciones de esta asociación, en el que, tras unas consideraciones jurídicas, se exponen los fundamentos pedagógicos del modelo de educación diferenciada.

Y, en tal estado de tramitación, el Consejo de Estado emite el presente dictamen.

I.- Objeto y carácter de la consulta

Se somete a consulta el anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

El dictamen se emite con carácter preceptivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, según redacción dada por Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, en el que se prevé que el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en relación con los "anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo".

Como se señala en su exposición de motivos, el anteproyecto de Ley examinado persigue, en el marco de los artículos 14 y 9.2 de la Constitución, realizar el principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en diversos instrumentos internacionales y comunitarios y, en particular, transponer "de manera más adecuada" la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, lo que -según dice la propia exposición- "sólo se hizo parcialmente" en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Siendo este el objeto de la regulación proyectada, la obligatoriedad del dictamen se encuentra justificada.

II.- Tramitación del expediente

El anteproyecto de Ley se ha tramitado respetando lo dispuesto en el artículo 22, apartados 2 y 3, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Así, con el mismo se acompaña una memoria del análisis de impacto normativo, en la que se justifica la necesidad y oportunidad de la Ley y se valora su impacto por razón de género y en el orden económico-presupuestario. Esta memoria, regulada por Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, se ha elaborado siguiendo las indicaciones de la Guía Metodológica aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de diciembre de 2009.

Igualmente, se ha concedido audiencia a las organizaciones y asociaciones cuyos fines guardan relación directa con el objeto de la disposición, así como a las Comunidades y Ciudades Autónomas.

También se han evacuado otros trámites preceptivos exigidos por disposiciones de obligada y pertinente aplicación, como son los informes de la Agencia Española de Protección de Datos (artículo 37 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal), del Consejo Nacional de la Discapacidad (artículo 2.1.d) del Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre), del Consejo de Consumidores y Usuarios (artículo 39.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), del Consejo Económico y Social (artículo 7.1.1.a) de la Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social), del Consejo General del Poder Judicial (artículo 108.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) y del Consejo Fiscal (artículo 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

Asimismo, se han recabado los informes del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico y del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

Por último, se han incorporado los informes de las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Educación, de Política Territorial y Administración Pública y de Sanidad, Política Social e Igualdad, y del Ministerio de Economía y Hacienda.

III.- Títulos competenciales

El anteproyecto de Ley se dicta al amparo de una pluralidad de títulos competenciales -mencionados en su disposición final octava-, entre los cuales ocupa una posición preeminente, por el mayor número de preceptos a los que afecta, el contemplado en el artículo 149.1.1ª de la Constitución.

Existen, no obstante, preceptos que no se basan en un título competencial específico, en razón de que son únicamente aplicables a la Administración General del Estado.

A) Artículo 149.1.1ª de la Constitución

Este precepto constitucional atribuye al Estado competencia exclusiva sobre "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

El Tribunal Constitucional ha delimitado el alcance de este título competencial, deslindando su doble dimensión normativa e institucional:

? Por una parte, se ha señalado que "la expresión "condiciones básicas" no es sinónima de las locuciones "legislación básica", "bases" o "normas básicas", por lo que "la competencia ex art. 149.1.1ª CE no se mueve en la lógica bases estatales-legislación autonómica de desarrollo", y de esta forma "el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes fundamentales desde una concreta perspectiva, la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias" (Sentencias núm. 61/1997, de 20 de marzo, FJ. 7.a; 188/2001, de 24 de septiembre, FJ. 4; y 37/2002, de 14 de febrero, FJ. 12). Así pues, "lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione -mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objetivo de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales" (Sentencias núm. 173/1998, de 23 de julio, FJ. 9; 37/2002, de 14 de febrero, FJ. 12).

? Por otra parte, se ha añadido que "si bien el alcance del artículo 149.1.1ª CE es "esencialmente normativo", como hemos dicho en la reciente STC 208/1999, de 15 de noviembre, F. 6, por referirse a la "regulación" de esas condiciones básicas, cabe observar, sin embargo, que ninguna calificación adicional se ha agregado por el constituyente respecto a la naturaleza de tales condiciones que pueda restringir su alcance", de lo que "se desprende, en definitiva, que, junto a la normación como aspecto esencial del artículo 149.1.1ª CE, las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto también pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental a todos en su disfrute, una dimensión institucional" (Sentencia núm. 290/2000, de 30 de noviembre, FJ. 14).

Al amparo del artículo 149.1.1ª de la Constitución así entendido se dictan "el título preliminar, el título I, el título III y el título IV, con excepción del artículo 48.2 y 4ª del anteproyecto de Ley, según precisa el apartado 1 de su disposición final octava:

? La invocación del artículo 149.1.1ª de la Constitución en relación con el título preliminar es correcta, ya que en éste se establece el objeto y ámbito de aplicación del anteproyecto de la Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

? Igualmente lo es respecto del título I de la norma, en el que se albergan una serie de definiciones necesarias para aplicar con carácter transversal el derecho a la igualdad de trato y no discriminación y se regula el contenido de este derecho en determinados ámbitos.

No obstante, aunque el apartado 1 de la disposición final octava del anteproyecto de Ley dice que todo el título I se fundamenta en el artículo 149.1.1ª de la Constitución, es lo cierto que los apartados 4, 6 y 8 de la propia disposición final octava precisan que los artículos 12 a 14, 20.2 y 22 -todos ellos comprendidos en el título I- se dictan respectivamente al amparo de la competencia exclusiva del Estado sobre la "legislación laboral" (149.1.17ª de la Constitución), las "bases de la ordenación del crédito, banca y seguros" (artículo 149.1.11ª de la Constitución) y las "normas básicas (...) de todos los medios de comunicación social" (artículo 149.1.27ª de la Constitución).

Dentro del título I existe, además, otro precepto que debería encuadrarse en un título competencial más específico que el previsto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución. Se trata, en concreto, del artículo 16.2 del anteproyecto de Ley, que, al prever que "en ningún caso los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos a grupos o personas individuales por razón de alguna de las causas establecidas en esta Ley podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública", está introduciendo un criterio aplicable al régimen de conciertos educativos, y, por tal razón, debería dictarse al amparo de la competencia exclusiva estatal sobre las "normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia" establecida en el artículo 149.1.30ª de la Constitución.

La prevalencia de estos títulos competenciales específicos sobre el contemplado en el artículo 149.1.1ª es acorde con la jurisprudencia constitucional, que así lo ha venido exigiendo en numerosos pronunciamientos. En consecuencia, el apartado 1 de la disposición final octava del anteproyecto de Ley debería indicar cuáles son los preceptos del título I que no se basan en el artículo 149.1.1ª de la Constitución.

? Es procedente la cita del artículo 149.1.1ª de la Constitución respecto del título III del anteproyecto de Ley, dedicado a la creación y regulación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. A este respecto, es importante recordar que el Tribunal Constitucional ha reconocido que el título competencial contenido en dicho precepto constitucional no tiene sólo una dimensión material sino también institucional (Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre, FJ. 14), y dentro de esta última tiene cabida la mencionada Autoridad.

? Por último, es igualmente pertinente la invocación del artículo 149.1.1ª de la Constitución en relación con el título IV del anteproyecto de Ley, que establece un régimen de infracciones y sanciones para garantizar las condiciones básicas en materia de igualdad y no discriminación en todo el territorio español, sin perjuicio del desarrollo que efectúen las legislaciones autonómicas.

El Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de "que, con la finalidad de garantizar unos mínimos de protección comunes a todo el territorio nacional, el Estado pueda establecer con carácter básico un catálogo mínimo de conductas -ampliable por el legislador autonómico - que en todo caso se deberán considerar infracciones administrativas; asimismo, que pueda determinar que algunas de esas conductas tendrán siempre la calificación de infracciones graves; y, por último, que pueda establecer los criterios generales para la determinación de la gravedad de las infracciones, así como una escala de sanciones con unos límites mínimos y máximos" (Sentencias núm. 102/1995, FJ. 32; y 156/1995, de 26 de octubre, FJ. 8).

No obstante la competencia estatal para el establecimiento de un régimen sancionador común aplicable en todo el territorio nacional, el apartado 1 de la disposición final octava del anteproyecto de Ley excluye a los apartados 2 y 4 del artículo 48 -ambos comprendidos en el título IV- del alcance del título competencial del artículo 149.1.1ª de la Constitución.

Por su parte, el apartado 7 de la disposición final octava del anteproyecto de Ley precisa que el artículo 48.2 se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado sobre el "procedimiento administrativo común" atribuida por el artículo 149.1.18ª de la Constitución, pero no dice lo mismo respecto del artículo 48.4, en razón de que este último precepto es únicamente aplicable a la Administración General del Estado.

En cualquier caso, no solo el apartado 2 del artículo 48 del anteproyecto de Ley sino los tres primeros apartados de este precepto legal deberían fundarse en el título competencial contemplado en el artículo 149.1.18ª de la Constitución, ya que en todos ellos se establecen previsiones relativas al procedimiento sancionador común, aplicable a todas las Administraciones públicas, en materia de igualdad de trato y no discriminación.

B) Otros títulos competenciales

La disposición final octava del anteproyecto de Ley invoca, en sus apartados 2 a 8, otros títulos competenciales distintos del artículo 149.1.1ª de la Constitución, que a continuación se examinan:

? La disposición adicional cuarta, en la que se prevé que el contenido del anteproyecto de Ley deberá entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de extranjería, se funda correctamente en la competencia estatal exclusiva sobre "nacionalidad, inmigración, extranjería y derecho de asilo" del artículo 149.1.2ª de la Constitución.

? Los artículos 26 a 28 y 30 y las disposiciones finales segunda y tercera del anteproyecto de Ley se dictan al amparo de la competencia estatal exclusiva sobre la "legislación procesal" del artículo 149.1.26ª de la Constitución.

También en este caso la invocación del referido título competencial resulta pertinente, habida cuenta de que los preceptos legales concernidos regulan cuestiones de naturaleza procesal, como la tutela judicial del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 26), la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 27), las reglas relativas a la carga de la prueba (artículo 28), la creación de un Fiscal de Sala delegado para la tutela de la igualdad de trato y la no discriminación y el fomento de la formación especializada en esta materia de los miembros del Ministerio Fiscal (artículo 30) y la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (disposición final segunda), y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en materia de legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (disposición final tercera).

? Los artículos 12 a 14, en los que se regula el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo y trabajo por cuenta ajena, en la negociación colectiva y en el trabajo por cuenta propia, y la disposición final quinta del anteproyecto de Ley, por la que se modifica el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en relación con el permiso de lactancia, se dictan acertadamente al amparo de la competencia estatal exclusiva sobre la "legislación laboral" contemplada en el artículo 149.1.7ª de la Constitución, que -como antes se ha visto- es un título competencial más específico que el artículo 149.1.1ª de la Constitución en que se funda con carácter general el título I.

? Los artículos 23 y 25 del anteproyecto de Ley, en los que respectivamente se prevén medidas de protección frente a la discriminación y se reconoce la existencia de responsabilidad patrimonial en el supuesto de situaciones discriminatorias, se fundamentan en la competencia estatal exclusiva sobre la "legislación civil" prevista en el artículo 149.1.8ª de la Constitución.

No obstante, el contenido del artículo 23, cuya rúbrica es "Medidas de protección frente a la discriminación", excede del ámbito de la legislación civil, ya que su apartado 1 contempla la posibilidad de adopción de medidas de detección, prevención y cese de las situaciones discriminatorias, sin hacer indicación expresa de que tales medidas queden circunscritas a las relaciones de naturaleza civil, mientras que su apartado 2 prevé que el incumplimiento de estas medidas dará lugar a "responsabilidades administrativas, así como, en su caso penales", además de las civiles en razón de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse. Siendo el alcance de ese precepto legal superior al que es privativo del orden civil, debería quedar amparado en la competencia estatal exclusiva sobre la "regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad" del artículo 149.1.1ª de la Constitución.

? El artículo 20.2 del anteproyecto de Ley, que prohíbe excluir de la concertación de contratos de seguro o establecer diferencias de seguro en las condiciones de los mismos por algún motivo discriminatorio, se funda correctamente en la competencia estatal exclusiva sobre las "bases de ordenación del crédito, banca y seguros" del artículo 149.1.11ª de la Constitución, que es un título competencial más específico que el artículo 149.1.1ª de la Constitución en que se funda con carácter general el título I.

? Los artículos 29, 33, 35, 36, 48.2 y las disposiciones finales cuarta y sexta del anteproyecto de Ley se fundamentan en la competencia estatal exclusiva sobre las "bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios" y el "procedimiento administrativo común" reconocida por el artículo 149.1.18ª de la Constitución.

La invocación de este título competencial es acertada en relación con los referidos preceptos legales, que versan sobre materias jurídico-administrativas tales como la actuación administrativa contra la discriminación (artículo 29), la colaboración entre las Administraciones públicas para la consecución de la igualdad de trato (artículo 33), la ponderación de las actuaciones a favor de la igualdad como criterio de concesión de subvenciones y contratación públicas (artículo 34), el estudio y aplicación de la igualdad de trato en el acceso al empleo público y la formación del personal al servicio de las Administraciones públicas (artículo 36), el plazo máximo de notificación de las resoluciones de los expedientes sancionadores en materia de igualdad y de cumplimiento de las medidas impuestas al infractor (artículo 48.2), la modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a fin de establecer una regla de distribución de la carga de la prueba para el supuesto de que el interesado en un procedimiento administrativo alegue discriminación (disposición final cuarta), y la modificación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público, al objeto de realizar determinadas precisiones en el permiso de lactancia de los funcionarios públicos (disposición final sexta).

En todo caso, y como ya se ha señalado con anterioridad, no solo el apartado 2 del artículo 48 del anteproyecto de Ley -mencionado en el apartado 7 de la disposición final octava- sino los tres primeros apartados de este precepto legal deberían fundarse en el título competencial ex artículo 149.1.18ª de la Constitución, ya que en todos ellos se establecen previsiones relativas al procedimiento sancionador común, aplicable a todas las Administraciones públicas, en materia de igualdad de trato y no discriminación.

? El artículo 22 del anteproyecto de Ley, en el que se regula la igualdad de trato en los medios de comunicación social, se dicta al amparo de la competencia estatal exclusiva sobre las "normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social" prevista en el artículo 149.1.27ª de la Constitución.

En atención a su contenido, es correcto que los dos primeros apartados del artículo 22 se funden en este título competencial: el apartado 1 impone a todos los medios de comunicación social el deber de respetar la igualdad de trato en el tratamiento de la información y en sus contenidos y programación; el apartado 2 conmina a las Administraciones públicas a promover acuerdos de autorregulación entre los medios de comunicación social en orden a contribuir a la realización de la igualdad de trato. Así pues, ambos apartados albergan una regulación que incide en el ámbito de los "medios de comunicación social" y que, por ello, se encuadra dentro de la competencia estatal exclusiva contemplada en el artículo 149.1.27ª de la Constitución.

Lo mismo puede decirse del apartado 3 del artículo 22, en el que se considera publicidad ilícita la comunicación publicitaria comercial o institucional que contenga elementos de discriminación. Esta concreta previsión se encuadra dentro de la competencia estatal exclusiva sobre "normas básicas de prensa, radio y televisión" del artículo 149.1.27ª de la Constitución, en la que también se funda la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

C) Preceptos sin título competencial específico

Los restantes preceptos del anteproyecto de Ley no se fundamentan en un título competencial específico, por cuanto -según el apartado 9 de la disposición final octava- son de aplicación únicamente a la Administración General del Estado.

Entre estos preceptos hay dos que, sin embargo, no parecen únicamente aplicables a la Administración General del Estado: el artículo 24 y la disposición final primera. Cada uno de ellos debe examinarse por separado:

? El artículo 24 del anteproyecto de Ley declara nulos de pleno derecho las disposiciones, los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por alguno de los motivos previstos en su ámbito de aplicación.

La disposición final octava del anteproyecto de Ley nada dice acerca del título competencial en que se basa este precepto legal, lo que -por virtud de lo dispuesto en el apartado 9 de dicha disposición final octava- podría llevar a entender que el artículo 24 es aplicable únicamente a la Administración General del Estado.

No parece, sin embargo, que esta sea la intención del anteproyecto de Ley, habida cuenta de los términos genéricos en que está redactado el artículo 24: en efecto, este precepto legal extiende la sanción de nulidad a las disposiciones, actos y negocios jurídicos (con independencia de su naturaleza civil, mercantil, laboral o administrativa) que ocasionen alguna forma de discriminación, sin hacer cuestión del sujeto que dicta, adopta o aprueba tales actos o disposiciones o del lugar o ámbito en que se formalizan dichos negocios jurídicos.

Así las cosas, el artículo 24 del anteproyecto de Ley es una proyección del principio de igualdad de trato en el régimen general de invalidez de las disposiciones, actos y negocios jurídicos que debería ampararse en el artículo 149.1.1ª de la Constitución o, más específicamente, en

los títulos competenciales estatales sobre la legislación mercantil, laboral y civil y sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas contemplados en los artículos 149.1.6º, 7º, 8º y 18º de la Constitución.

? Por último, la disposición final primera del anteproyecto de Ley modifica el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, facultando la restricción o interrupción de la prestación de servicios o la retirada de datos de páginas de Internet cuando resulte necesario para proteger los derechos de la víctima o grupos o personas discriminadas. Esta previsión debe ampararse en los específicos títulos competenciales del artículo 149.1.6º ("legislación mercantil"), 8º ("legislación civil") y 21º ("telecomunicaciones") de la Constitución, mencionados en la disposición final sexta de dicha Ley 34/2002.

IV.- Carácter de la norma

El anteproyecto sometido a consulta se ha tramitado, de manera correcta, con el carácter de Ley ordinaria, ya que la regulación del derecho a la igualdad no exige una Ley de naturaleza orgánica.

Como es conocido, el artículo 14 de la Constitución, ubicado dentro del capítulo II ("Derechos y libertades") del título I ("De los derechos y deberes fundamentales"), consagra el derecho a la igualdad: "Los españoles son iguales ante la Ley", dice en su primer inciso.

El artículo 81.1 de la Constitución, por su parte, señala: "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución".

En uno de sus primeros pronunciamientos, el Tribunal Constitucional abordó la cuestión de si, dentro de la expresión "derechos fundamentales y libertades públicas" empleada por el referido artículo 81.1, debían entenderse comprendidos todos los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional -que, según el artículo 53.2 de la Constitución, son los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y en la sección 1ª del capítulo II del título I (artículos 15 a 29)-, o si, por el contrario, sólo debían quedar reservados a la Ley Orgánica los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1ª del capítulo II del título I (artículos 15 a 29), con exclusión del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14.

En relación con esta controversia, la Sentencia núm. 76/1983, de 5 de agosto, señaló: "La equiparación entre las materias que puedan ser objeto de recurso de amparo y las que han de ser reguladas por Ley Orgánica no resulta constitucionalmente defendible. En primer lugar, el artículo 53 de la Constitución establece que cualquier ciudadano podrá recabar, a través del recurso de amparo, la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo II, mientras que el artículo 81.1, al definir las materias propias de Ley Orgánica, se refiere al "desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas", que es precisamente la rúbrica utilizada para designar el conjunto de los artículos comprendidos en la sección primera del capítulo II. Es preciso señalar que la actual expresión contenida en el artículo 81.1 es el resultado de la transformación experimentada por el texto constitucional a lo largo del debate parlamentario, desde su redacción inicial - "desarrollo de los títulos I y II"- hasta la final aprobada en la Comisión Mixta Congreso-Senado, y que pone de manifiesto la preocupación del legislador constituyente por precisar qué materias dentro del título I habrían de quedar sujetas a reserva de Ley Orgánica. Existe, pues, una exclusión expresa del artículo 14 en el artículo 81.1 de la Constitución". Por ello - añade la misma sentencia -, "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales a que se refiere el mencionado artículo 149.1 de la Constitución podrá tener carácter orgánico, pero no por su referencia a la igualdad sino por la materia objeto de regulación, que puede coincidir con los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 81.1 de la misma" (FJ. 2).

El Consejo de Estado considera oportuno destacar que en la decisión del Tribunal Constitucional de excluir el derecho de igualdad contemplado en el artículo 14 de la Constitución de las materias sujetas a Ley Orgánica influyó de manera importante la consideración de que el contenido de dicho derecho "viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas" y "no puede ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general" (Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, FJ. 2), consideración que -a la vista de los avances y cambios sociales experimentados en las últimas tres décadas en la lucha contra la discriminación- no se ha revelado exacta.

En cualquier caso, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 76/1983, de 5 de agosto, fue reiterada en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 160/1987, de 27 de octubre (FJ. 2), y ha permanecido inalterada hasta nuestros días.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional considera que la reserva de Ley Orgánica del artículo 81.1 de la Constitución no alcanza a todos los derechos y libertades del capítulo II del título I sino únicamente a los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1ª del capítulo II del título I, es decir, a los consagrados en los artículos 15 a 29.

De acuerdo con ello y en lo que ahora importa, el derecho a la igualdad contemplado en el artículo 14 de la Constitución y que es objeto del anteproyecto de Ley sometido a consulta, al no estar comprendido en la sección 1ª del capítulo II del título I, no está sujeto a reserva de Ley Orgánica, sin perjuicio de que -como ha advertido el Tribunal Constitucional en el primero de los pronunciamientos mencionados- la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales al amparo del artículo 149.1.1ª de la Constitución pueda tener carácter orgánico, no por su referencia a la igualdad sino por la materia objeto de regulación, cuando esta coincida con alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas comprendidos en la sección 1ª del capítulo II del título I.

En consecuencia, la norma sometida a consulta, en la que se promueve y garantiza el derecho a la igualdad de trato y no discriminación con alcance general e integral, no necesita ser aprobada con la naturaleza de Ley Orgánica, pues, aunque el título competencial en que se funda de manera principal es -como se ha visto- el artículo 149.1.1ª de la Constitución, su regulación no afecta a ninguno de los derechos fundamentales y libertades públicas comprendidos en la sección 1ª del capítulo II del título I.

Esta conclusión, válida en términos generales, no lo es en relación con una de las previsiones contenidas el artículo 16 del anteproyecto de Ley, que versa sobre el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la educación, materia esta regulada por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, y por la más reciente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. En particular, procede poner la atención en el apartado 2 del artículo 16 de la norma proyectada, que dice así: "En ningún caso los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos a grupos o personas individuales por razón de algunas de las causas establecidas en esta Ley podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública". Esta previsión establece, pues, un criterio aplicable a los centros docentes que deseen acogerse al régimen de conciertos educativos, siendo así que tal criterio no se encuentra contemplado en el capítulo IV del título IV de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (artículos 116 y 117), dedicado a los centros concertados. Según el artículo 116.1 de la Ley Orgánica 2/2006, pueden acogerse al modelo de concierto educativo "los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas y satisfagan necesidad de escolarización". El artículo 16.2 del anteproyecto de Ley introduce una prohibición en el régimen de conciertos hasta ahora no prevista de manera expresa en el ordenamiento educativo español y, por ende, supone una innovación sustancial respecto de lo dispuesto en el artículo 116.1 de la Ley Orgánica 2/2006. Este último precepto ostenta carácter orgánico (como todo el capítulo IV del título IV dedicado a los centros privados concertados, según la disposición final séptima de la Ley Orgánica 2/2006) y, por esta razón, el artículo 16.2 del anteproyecto de Ley debe ser aprobado a través del procedimiento propio de la Ley Orgánica.

En definitiva, el carácter del anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación es el adecuado en atención a la materia regulada, a excepción del artículo 16.2, que debe ser aprobado con la naturaleza de Ley Orgánica.

V.- Alcance del anteproyecto de Ley

A) El anteproyecto de Ley se caracteriza por establecer una regulación integral en materia de igualdad de trato que resulta aplicable a cualquier situación de desigualdad, con independencia del motivo de discriminación que la ocasione y del ámbito del sector público o privado en que se produzca (artículos 1, 2 y 3).

Este enfoque integral supone una novedad respecto de la situación existente en la legislación sobre igualdad de trato y no discriminación, que, hasta el momento actual, se ha centrado -a nivel comunitario y nacional- en aquellos concretos motivos de discriminación y en aquellos específicos ámbitos que demandaban una atención prioritaria por parte de los poderes públicos.

Las directivas comunitarias y la mayoría de las leyes nacionales aprobadas en la materia han abordado el fenómeno de la desigualdad de trato desde una perspectiva singular, regulando las cuestiones más relevantes que se planteaban en función del concreto motivo de discriminación y del específico ámbito objeto de tales normas.

En esta aproximación particularista a los problemas planteados por la desigualdad, dos son los motivos de discriminación que han merecido una especial atención por parte de las autoridades comunitarias:

(i) El primero de ellos es la desigualdad de género, que ha sido combatida de manera independiente y separada, con normas singulares aprobadas ad hoc, en diferentes ámbitos:

? En lo que respecta al empleo y la ocupación, son de cita obligada:

- la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que resulta de la refundición de cuatro directivas anteriores: la Directiva 75/117/CE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero, de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo -modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002-; la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social -modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996-; y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

- la Directiva 2010/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, que derogó la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.

? En el acceso a bienes y servicios y su suministro, cabe destacar la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

(ii) El segundo de los motivos de discriminación que ha sido objeto de una atención particular a nivel comunitario es la desigualdad racial o étnica, combatida por la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico en los siguientes ámbitos: empleo por cuenta ajena y propia; afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico; educación; sanidad; protección social, incluida la seguridad social y la atención sanitaria; ventajas sociales; acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda.

Pese al inicial predominio en la normativa comunitaria de un enfoque singular o específico en la materia -en función de concretos motivos de discriminación-, se han aprobado o proyectado algunas normas que abordan o pretenden abordar el fenómeno de la desigualdad con una mayor vocación de conjunto.

En esta tendencia se enmarca la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que tiene por objeto "luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y de la ocupación, a fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato" (artículo 1). Aunque esta norma no contiene una regulación integral de la desigualdad, ya que sigue centrándose en un ámbito sectorial específico como es el empleo y la ocupación y no resulta de aplicación a la discriminación por razón de sexo y por origen racial o étnico, avanza en un tratamiento de la desigualdad de alcance más global.

En la misma línea se sitúa la propuesta de Directiva del Consejo, de fecha 2 de julio de 2008, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual ("Directiva global contra la discriminación"), que tiene por objeto -según resulta de su texto inicial- "establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato en ámbitos distintos del empleo y la ocupación" (artículo 1). Como se ve, el objeto de esta norma es de gran amplitud, no sólo porque abarca diversos motivos de discriminación, sino también porque se pretende aplicar a otros ámbitos distintos del empleo y la ocupación que es objeto de la Directiva 2000/78/CE, ámbitos que, en todo caso, son numerus clausus. Tampoco en este caso puede decirse que la propuesta de Directiva contenga una regulación integral de la desigualdad -en concreto, deja fuera de su ámbito al empleo y la ocupación y no es de aplicación a la discriminación por razón de sexo y por origen racial o étnico-, aunque es destacable que en ella se aborden de manera conjunta distintos motivos de discriminación en diversos ámbitos.

Pese a que en estas dos últimas normas se aprecia una cierta tendencia a buscar un enfoque general en la lucha contra la discriminación, a día de hoy el ordenamiento comunitario no contiene una regulación omnicomprensiva de este fenómeno sino que, antes bien, pueden distinguirse en su seno tres grupos normativos diferentes en función del motivo o motivos de discriminación en presencia: así, existe un conjunto de directivas exclusivamente aplicable a la desigualdad por razón de sexo; otro a las situaciones discriminatorias ocasionadas por el origen racial o étnico; y uno último a la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

En todo caso, la política europea sobre igualdad de trato, hasta ahora centrada de manera principal en la discriminación por razón de género que se produce en el mundo de las relaciones laborales, se abre progresivamente a la protección de los ciudadanos ante diversas formas de desigualdad, prestando atención a nuevos motivos de discriminación y ámbitos en los que ésta puede producirse.

B) En línea con el ordenamiento comunitario, la desigualdad se ha combatido en el Derecho español, hasta fechas recientes, realizando modificaciones singulares de normas ya existentes o aprobando leyes o disposiciones específicas en función del concreto motivo de discriminación. Concretamente, la acción del legislador español ha tenido una incidencia más destacada en relación con las situaciones de desigualdad derivadas de las siguientes causas:

(i) Por razón de género, con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

(ii) Por discapacidad, con la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, estando en tramitación el proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

(iii) Por orientación o identidad sexual, con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Como excepción dentro de este iter legislativo, merece destacarse que la Ley 63/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al realizar la transposición de las Directivas 2000/48/CE y 2000/73/CE, vino a abordar el tratamiento de varios motivos de discriminación (religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual), aunque siguió haciéndolo de modo fragmentario y sin verdadera vocación de conjunto.

Finalmente, el enfoque singular en la lucha contra la discriminación se abandonó definitivamente con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que afrontó el problema de la desigualdad de género desde una perspectiva horizontal: "La mayor novedad" de esta Ley -dice su exposición de motivos- radica en una "proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad", de ahí "la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto".

El anteproyecto de Ley sometido a consulta, siguiendo la pauta normativa de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pretende establecer un régimen uniforme de protección frente a la discriminación por cualquier motivo (artículo 2.1) y en todos los sectores de la vida política, económica, social y cultural (artículo 3), que proporcione una cobertura integral a todas las formas de discriminación, lo cual supone un punto de inflexión dentro de la legislación española en la materia, que -salvo por razones de género- no protege de la misma manera según el motivo de discriminación ni tampoco en todos los casos.

De esta manera, el anteproyecto de Ley es más ambicioso que las directivas comunitarias en materia de igualdad de trato. Estas se limitan a proscribir la discriminación ocasionada por una serie de motivos tasados (por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual) y en determinados ámbitos (empleo por cuenta ajena y propia; afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico; educación; sanidad; protección social, incluida la seguridad social y la atención sanitaria; ventajas sociales; acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda). En cambio, la regulación proyectada responde a la voluntad de configurar, con base en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, un marco normativo general e integral del derecho antidiscriminatorio en España, aplicable a todos los motivos y ámbitos en que pueda pensarse.

El ámbito del anteproyecto de Ley se extiende más allá de lo dispuesto en las Directivas 2007/43/CE y 2000/78/CE. Resulta incluso superior al que dimana de una consideración conjunta de todas las directivas comunitarias aprobadas en materia de igualdad de trato, pues mientras éstas limitan su aplicación a una serie de motivos de discriminación y en unos determinados ámbitos, la regulación proyectada es de aplicación a cualquier causa de discriminación y en todos los sectores de la vida política, económica, social y cultural.

Es por ello que, aun cuando uno de los propósitos del anteproyecto de Ley sea -según su exposición de motivos- "transponer de manera más adecuada" los objetivos y fines de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y de la Directiva 2000/78/CE, que -según dice la propia exposición- solo se había hecho "parcialmente" en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (artículos 27 a 43), la norma sometida a consulta no se limita a transponer al ordenamiento español el contenido de ambas disposiciones comunitarias, pues, en realidad, pretende ir más lejos de lo exigido por estas.

Esto sabido, la elaboración de una Ley general e integral en materia de igualdad de trato reúne dificultades evidentes, derivadas de la propia naturaleza de la materia regulada. A este respecto, procede recordar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 76/1983, de 5 de agosto, ya mencionada, señaló que "la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas", de ahí que "pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione que tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general" (F.J. 2). Esta afirmación no puede ser entendida, ni entonces ni ahora, en el sentido de que el ordenamiento constitucional excluya la posibilidad de una Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, pero es reveladora de las complicaciones con que se encuentra una norma de este alcance, habida cuenta de que el contenido del derecho de igualdad -al igual que sucede con el derecho a la tutela judicial efectiva, como el propio Tribunal Constitucional ha sugerido (Sentencia núm. 22/1986, de 14 de febrero, F.J. 3)- se modula en atención a las particulares circunstancias de las relaciones jurídicas en que actúa: constituye, pues, un derecho de contenido dinámico y no meramente estático.

Por esta razón, que es de orden dogmático, las normas comunitarias y nacionales aprobadas hasta el momento en materia de igualdad de trato han adoptado siempre un enfoque particularista, persiguiendo la discriminación ocasionada por determinados motivos y en unos concretos ámbitos: incluso la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008, (también conocida como "Directiva global contra la discriminación"), que no se encuentra a día de hoy aprobada, no tiene un alcance general ni integral, por cuanto únicamente es de aplicación a unas concretas causas de discriminación y en ciertos ámbitos.

El propio anteproyecto de Ley no ha sido ajeno a las dificultades de elaborar una norma general en materia de igualdad de trato, derivadas - como se ha dicho- de que este derecho tiene un contenido diferente en función del motivo de discriminación esgrimido y de la singular relación jurídica en que aquella se produce. En tal sentido, la regulación proyectada dedica previsiones singulares a la edad, la enfermedad y el uso del castellano como causas de discriminación (título preliminar -artículo 2, apartados 2, 3 y 4-) y regula de manera específica el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política, económica, cultural y social como el empleo y trabajo por cuenta ajena, la negociación colectiva, el trabajo por cuenta propia, las organizaciones sindicales, empresariales y profesionales, la educación, la atención sanitaria, la prestación de los servicios sociales, el acceso a la vivienda, la oferta pública de bienes y servicios, los establecimientos o espacios abiertos al público y los medios de comunicación social y publicidad (capítulo II del título I -artículos 12 a 22-).

En todo caso, el anteproyecto de Ley, siguiendo las directrices emanadas de la política comunitaria contra la discriminación, contiene una regulación general de la igualdad de trato que resulta de la deducción de aquellos principios y disposiciones comunes a las directivas comunitarias aprobadas en la materia. En tal sentido, un examen conjunto de las directivas comunitarias sobre igualdad de trato evidencia la existencia de un mínimo común normativo presente en todas o la mayor parte de tales normas:

? En primer lugar, existe un concepto de discriminación sustancialmente unívoco, dentro del cual se incluye la discriminación directa e indirecta, el acoso y la orden de discriminar (artículo 2 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 4 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE).

? En segundo lugar, se regulan de manera convergente los mecanismos de defensa y tutela de la igualdad de trato: así, se otorga legitimación a las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de dicho principio (artículo 7 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 11 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 17 de la Directiva 2006/54/CE); se establecen reglas sobre la carga de la prueba (artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 12 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE); se prevé una indemnización por los daños y perjuicios sufridos (artículo 1.5 de la Directiva 2002/73/CE; artículo 8.2 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE); y se declara la nulidad de las previsiones contractuales o normativas contrarias al principio de igualdad (artículo 14 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 15 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 13 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 23 de la Directiva 2006/54/CE).

? En tercer lugar, se contempla la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas de acción positiva (artículo 5 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 7 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 6 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE) y de promoción de la igualdad de trato (artículos 11 y 12 de la Directiva 2000/43/CE; artículos 13 y 14 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 11 de la Directiva 2004/113/CE; artículos 21 y 22 de la Directiva 2006/54/CE).

? En cuarto lugar, se dispone que los Estados miembros designarán uno o más organismos que se encarguen de promover, analizar, controlar y apoyar la igualdad entre todas las personas sin discriminación (artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 12 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 20 de la Directiva 2006/54/CE)

? Por último, se prevé el establecimiento de un régimen de sanciones efectivas, disuasorias y proporcionadas que garanticen el cumplimiento de la igualdad de trato (artículo 15 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 17 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 14 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 25 de la Directiva 2006/54/CE).

Aunque no existe una exacta correspondencia en las regulaciones contenidas en las cuatro directivas comunitarias sobre igualdad de trato y, por ello, algunas de las previsiones indicadas no están recogidas siempre de la misma manera o no existen en todas ellas, se trata de directivas de mínimos ("Los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para el principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva" -artículo 6.1 de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE; artículo 7.1 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 27.1 de la Directiva 2006/54/CE), lo cual facilita la articulación a nivel nacional de un conjunto uniforme de principios y disposiciones comunes en la materia, deducidos del ordenamiento comunitario.

En tal sentido, el anteproyecto de Ley tiene un alcance verdaderamente general cuando, en línea con lo dispuesto en las directivas europeas, define las distintas formas de vulneración del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación (capítulo I del título II, artículos 4 a 11), prevé las medidas de garantía y promoción de dicho derecho (título II, artículos 23 a 36), crea y regula de Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (título III, artículos 37 a 42) y establece un régimen sancionador en la materia (título IV, artículos 43 a 47).

Merece un juicio favorable el propósito de abordar el problema de la desigualdad en una ley de alcance general en la que se codifican los principales instrumentos disponibles en la lucha contra la discriminación, en línea con lo que ya han hecho otros países europeos a resultados de la transposición de las directivas comunitarias.

C) En el ámbito de la Unión Europea, son -como se dice- varios los Estados que ya disponen de normas generales en la materia, y entre ellos cabe mencionar los siguientes: Países Bajos, con la Ley de igualdad de trato (Algemene Wet Gelijke Behandeling), de fecha 2 de marzo de 1994; Francia, con la Ley nº 2006-396, de 31 de marzo de 2006, de igualdad de oportunidades (Loi pour l'égalité des chances); Alemania, con la Ley general de igualdad de trato (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), aprobada como artículo primero de la Ley de transposición de las directivas comunitarias sobre aplicación del principio de igualdad de trato (Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung), de fecha 14 de agosto de 2006; Bélgica, con la Ley para la lucha contra ciertas formas de discriminación (Loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination), de fecha 10 de mayo de 2007; Suecia, con la Ley 2008:567 de Discriminación (Diskrimineringslag), de fecha 25 de junio de 2008; y el Reino Unido, con la Ley de Igualdad (Equality Act), de fecha 8 de abril de 2010.

Así pues, el anteproyecto de Ley sometido a consulta, al regular el principio de igualdad de trato con alcance general, opta por una metodología ya utilizada por otros legisladores. No obstante, el texto objeto del presente dictamen presenta un elemento diferencial de primer orden respecto de las normas mencionadas, que se refleja en su ámbito de aplicación: en efecto, mientras la mayor parte de las leyes europeas mencionadas tienen por objeto la discriminación que se produzca por determinados motivos y en unos concretos ámbitos establecidos con carácter numerus clausus y normalmente coincidentes con los del ordenamiento comunitario, el anteproyecto de Ley analizado contiene una relación no limitativa de motivos de discriminación (nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua "o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" -artículo 2.1-) y de sectores ("todos los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural" -artículo 3-) a los que resultará de aplicación.

Este carácter integral del anteproyecto de Ley, que pretende deducirse del artículo 9.2 en relación con el artículo 14 de la Constitución, es el rasgo más destacado de la regulación proyectada y como tal es objeto de una atención especial en el epígrafe siguiente.

VI.- Ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley

Los artículos 2 y 3 del anteproyecto de Ley delimitan respectivamente el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la norma: en el ámbito subjetivo de aplicación se detallan los motivos de discriminación expresamente prohibidos por la Ley y los sujetos a los que ésta obliga; en el ámbito objetivo de aplicación se identifican los sectores en los que la Ley debe ser observada.

En el análisis de la regulación proyectada resulta, sin embargo, preferible dar un tratamiento conjunto a los sujetos y sectores a los que el anteproyecto de Ley resulta de aplicación -criterio sistemático que, por otra parte, es el seguido por las directivas comunitarias en materia de igualdad de trato-, pues sólo de este modo puede valorarse oportunamente la incidencia que la norma tendrá en las relaciones entre particulares.

Así las cosas, se van a examinar, en primer lugar, los motivos de discriminación prohibidos por el anteproyecto de Ley (A) y, en segundo término, los sujetos y sectores a los que resulta aplicable el anteproyecto de Ley y, en particular, la eficacia del derecho de igualdad en las relaciones entre particulares (B).

A) Motivos de discriminación prohibidos

El artículo 14 de la Constitución señala: "Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Analizando este precepto, el Tribunal Constitucional ha señalado que su "referencia expresa a concretas razones de discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE" (Sentencias núm. 128/1987, de 16 de julio, F.J. 5; 166/1988, de 26 de septiembre, F.J. 2; 145/1991, de 1 de julio, F.J. 2; 17/2003, de 30 de enero, F.J. 3; 161/2004, de 4 de octubre, F.J. 3; 182/2005, de 4 de julio, F.J. 4; 41/2006, de 13 de febrero, F.J. 6; y 3/2007, de 15 de enero, F.J. 2).

No obstante, la cláusula genérica "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" revela que "no existe en el art. 14 CE una intención tipificadora cerrada" (Sentencias núm. 75/1983, de 3 de agosto, F.J. 3; 31/1984, de 7 de marzo, F.J. 10; y 37/2004, de 11 de marzo, F.J. 3). Ahora bien, "no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse sin más incluido en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues (...) en este caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta; de ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes" (Sentencia núm. 62/2008, de 26 de mayo, F.J. 5).

En este marco, el artículo 2.1 del anteproyecto de Ley dispone: "Se reconoce el derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Como se ve, la norma proyectada recoge los cinco motivos de discriminación expresamente mencionados por el artículo 14 de la Constitución (nacimiento, raza, sexo, religión u opinión), añade otros cinco más (edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad y lengua) y mantiene la cláusula genérica "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" del mencionado precepto constitucional como criterio de cierre. No se menciona, en cambio, la nacionalidad, pese a que diversas entidades se manifestaron a favor de su inclusión como causa de discriminación durante la tramitación del expediente.

Procede, pues, analizar si los cinco nuevos motivos de discriminación contemplados en el artículo 2.1 del anteproyecto de Ley tienen cabida dentro de la genérica prohibición de discriminación establecida por el artículo 14 de la Constitución y si tiene alguna justificación que la nacionalidad haya sido excluida de la enumeración contenida en dicho precepto:

(i) La edad como motivo de discriminación. A nivel comunitario, la edad como causa de discriminación se contempla, con alcance general, en el artículo 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) y en el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, partiendo de que la lista de motivos de discriminación del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales es de carácter indicativo y no limitativo ("o cualquier otra situación", dice este precepto), ha admitido que la edad puede ser incluida dentro de la misma, aunque aclarando que las diferencias de trato por esta razón no son discriminatorias cuando están justificadas objetivamente, persiguen un fin legítimo y existe una proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido (Sentencia de 10 de julio de 2010, caso Schwitzgebel contra Suiza, § 74 y 76 a 78).

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha admitido desde sus primeros pronunciamientos que la discriminación por razón de edad está prohibida por el artículo 14 de la Constitución, y así ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre las diferencias de trato legislativo por razón de edad, especialmente en el ámbito del empleo (sobre la edad de jubilación: Sentencias núm. 22/1981, de 2 de julio; 58/1985, de 30 de abril; 111/1985, de 11 de octubre) y de la seguridad social (sobre la edad para acceder a determinadas prestaciones: Sentencias núm. 197/2003, de 30 de octubre, y 78/2004, de 29 de abril), concluyendo, en todo caso, que tales diferencias no son contrarias al derecho a la igualdad cuando tienen una justificación objetiva y razonable y son proporcionadas a la finalidad perseguida.

En este punto, conviene recordar que la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, transpuso al ordenamiento español la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, lo cual supuso un refuerzo de la protección contra la discriminación por razón de edad, que se reflejó - entre otros preceptos- en la nueva redacción dada a los artículos 4.2.c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores. Interpretando esta norma comunitaria, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado que "el principio de no discriminación por razón de edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario" (Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold contra Helm, asunto C-144/04, considerando 75), aunque admitiendo las diferencias de trato por razón de edad que estén justificadas objetiva y razonablemente y atiendan a una finalidad legítima, siempre que los medios empleados sean necesarios y adecuados (Sentencia de 16 de octubre de 2007, Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, S. A., C-411/05).

Dentro de este contexto, aunque yendo más allá del ámbito del empleo y la seguridad social, el artículo 2 del anteproyecto de Ley dispone con carácter general en su apartado 1 que "nadie podrá ser discriminado" por razón de "edad", si bien matiza en su apartado 2 que "podrán establecerse diferencias de trato por razones de edad cuando así venga autorizado por una norma con rango de ley, o cuando resulten de decisiones generales de las Administraciones Públicas destinadas a proteger a los menores de edad, a las personas mayores o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales".

Como se ve, el artículo 2.2 de la norma proyectada admite las diferencias de trato en dos casos: por una parte, cuando así venga autorizado por una "norma con rango de ley"; por otra parte, cuando así resulte de "decisiones generales" de las Administraciones Públicas destinadas a proteger a determinados colectivos.

En cuanto al primer supuesto, es claro que las diferencias de trato por razón de edad sólo podrán establecerse en una norma de rango de ley cuando -como exige la jurisprudencia constitucional y se refleja en el artículo 4.2 del anteproyecto de Ley- tengan una justificación objetiva y razonable y sean proporcionadas a la finalidad perseguida. Por tanto, no basta con que la diferencia de trato venga autorizada por una norma con rango de ley, sino que, además, es preciso que dicha diferencia sea justificada y proporcionada en los términos indicados en el mencionado artículo 4.2, al que, por ello, debe remitirse el artículo 2.2 del anteproyecto de Ley.

En el segundo supuesto, en cambio, parece autorizarse a las Administraciones Públicas a establecer diferencias de trato sin cobertura en una norma con rango de ley, siempre que estén destinadas a "proteger a los menores de edad, a las personas mayores o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales". Este requisito de que las diferencias de trato sean favorables para determinados colectivos se justifica en que, de acuerdo con el principio de reserva de ley dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución, las Administraciones Públicas no pueden establecer -sin la adecuada cobertura legal- diferencias de trato por razones de edad que resulten gravosas para determinadas personas o colectivos. En todo caso, tales diferencias deberán ser adoptadas -según el artículo 2.2 del anteproyecto de Ley- mediante "decisiones generales", expresión esta que -aun siendo susceptible de aclaración- parece comprender tanto las disposiciones normativas como los actos dirigidos a una pluralidad de destinatarios. Por ello, la expresión "decisiones generales" podría sustituirse por "disposiciones y actos administrativos generales".

(ii) La discapacidad como motivo de discriminación. Aunque el artículo 14 de la Constitución no contempla expresamente la discapacidad como causa de discriminación, su artículo 49 -enunciado dentro del título I ("De los derechos y deberes fundamentales")- dispone que "los

poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a los ciudadanos".

En este marco, el Tribunal Constitucional ha entendido que la minusvalía física, sensorial o psíquica se encuentra incluida dentro de la prohibición de discriminación del artículo 14 de la Constitución: "La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 CE, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación, (...) tanto el legislador como la normativa internacional (...) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE" (Sentencia núm. 269/1994, de 3 de octubre, FJ. 4).

A nivel internacional, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, contempla la discriminación por razón de discapacidad, que se define como "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo", e incluye "todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables" (artículo 2). Asimismo, merece destacarse -aunque ya en el ámbito específicamente laboral- el Convenio núm. 159 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), adoptado el 20 de junio de 1983, en el que se consagra el principio de igualdad de oportunidades de las personas inválidas -entendiendo por tales aquellas que tienen una "deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida"- en el acceso al empleo y la promoción en el mismo (artículos 1.1 y 4).

En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que, al no ser exhaustiva -como ya se ha dicho- la lista de motivos de discriminación del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, debe entenderse comprendida dentro de esta disposición la prohibición de discriminación basada en una discapacidad (Sentencia de 30 de abril de 2009, caso Gior contra Suiza, § 80).

Asimismo, la discapacidad como motivo de discriminación se contempla, con alcance general, en el artículo 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) y en los artículos 21.1 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y con carácter específico -para el ámbito laboral- por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (artículo 1), y por la jurisprudencia comunitaria (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 2006, Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S. A., asunto C-13/05).

En España, la atención a la discapacidad fue abordada por primera vez con carácter transversal -más allá del ámbito del empleo y la ocupación- por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (artículo 3), posteriormente complementada por la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

A la vista de estos antecedentes normativos y jurisprudenciales, la inclusión de la discapacidad como motivo de discriminación prohibido en el artículo 2.1 del anteproyecto de Ley se encuentra justificada.

(iii) La orientación o identidad sexual como motivo de discriminación. El Tribunal Constitucional ha señalado que "la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación", conclusión "a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos perjuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE" (Sentencias núm. 41/2006, de 13 de febrero, FJ. 3; y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ. 4).

Dentro de esta normativa se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 26 proscribía la discriminación por razón de sexo, dentro de la cual el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha considerado comprendida la discriminación por orientación sexual (señaladamente, Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488-1992, caso Toonen contra Australia, § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941-2000, caso Young contra Australia, § 10.4).

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, ha destacado que la orientación sexual, aun no estando expresamente mencionada en dicho precepto, debe entenderse incluida en la lista de motivos de discriminación -indicativa y no limitativa, como es sabido- prohibidos por el mismo (Sentencias de 21 de diciembre de 2009, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, § 28; y de 21 de septiembre de 2010, caso Santos Couto contra Portugal, § 38), señalando además que, en la medida en que la orientación sexual es una circunstancia comprendida en el artículo 14 del Convenio Europeo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual -al igual que las diferencias basadas en el sexo- exigen razones especialmente importantes para estar justificadas (Sentencias de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, § 48, y S. L. contra Austria, § 37; y de 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, § 37; de 10 de febrero de 2004, caso B. B. contra Reino Unido, § 23 y 25; de 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfling contra Austria, § 27 y 28; de 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria, § 20 a 23; de 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria, § 37 y 38; de 2 de junio de 2005, caso H. G. y G. B. contra Austria, § 28; de 22 de enero de 2008, caso E. B. contra Francia, § 91; y de 22 de julio de 2010, caso P. B. y J. S. contra Austria, § 38).

Por su parte, el artículo 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 13 del Tratado constitutivo de la Unión Europea) y el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluyen la orientación sexual como motivo de discriminación, en el mismo sentido que la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (artículo 1), y la jurisprudencia comunitaria (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de abril de 2008, Tadeo Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, asunto C-267/06).

En consecuencia, la inclusión de la "orientación o identidad sexual" como motivo de discriminación en el artículo 2.1 del anteproyecto de Ley tiene fundamento.

(iv) La enfermedad como motivo de discriminación. La enfermedad, como causa de discriminación, no se encuentra contemplada en el ordenamiento europeo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver sobre un asunto en el que se pretendía que la enfermedad fuese considerada causa de incapacidad, excluyó "la equiparación pura y simple de ambos conceptos", concluyendo que "una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente por una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad" y que "la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación" (Sentencia de 11 de julio de 2006, Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S. A., C-13705, considerandos 44, 47, 52 y 57).

Aunque la enfermedad tampoco se encuentra contemplada expresamente en el artículo 14 de la Constitución como motivo de discriminación, el Tribunal Constitucional ha señalado que "el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo", y así ocurrirá cuando "el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud (...) para desarrollar el contenido de la prestación (...) objeto del contrato" (Sentencia núm. 62/2008, de 26 de mayo, FJ. 6).

En tal sentido, el artículo 2 del anteproyecto de Ley prevé en su apartado 1 que "nadie podrá ser discriminado" por razón de "enfermedad" y precisa en su apartado 3 que "la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública". La regulación proyectada es coherente con la jurisprudencia constitucional mencionada, por cuanto proscribía la discriminación basada en el solo hecho del padecimiento de una enfermedad, sin perjuicio de las diferencias de trato que puedan derivarse de la propia naturaleza de la dolencia sufrida.

(v) La lengua como motivo de discriminación. El artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea "prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de (...) lengua".

Asimismo, el artículo 2 del anteproyecto de Ley prevé en su apartado 1 que "nadie podrá ser discriminado" por razón de "lengua" y precisa en su apartado 4 que "el uso del castellano en todo el territorio nacional, así como el uso de las distintas lenguas cooficiales en sus respectivos territorios, no constituirá bajo ningún pretexto causa de discriminación".

El análisis de la regulación proyectada exige una referencia a la jurisprudencia constitucional recaída sobre el artículo 3 de la Constitución. Señala este precepto en su apartado 1 que "el castellano es la lengua oficial del Estado" y "todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla", y añade en su apartado 2 que "las demás lenguas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos".

Interpretando lo dispuesto en la norma fundamental, el Tribunal Constitucional ha declarado que "aunque la Constitución no define, sino que da por supuesto lo que sea una lengua oficial, la regulación que hace de la materia permite afirmar que es oficial una lengua, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos (...)", lo cual implica que "el castellano es medio de comunicación normal de los poderes públicos y ante ellos en el conjunto del Estado español" y que las lenguas cooficiales de las Comunidades Autónomas, allí donde existan, lo son "respecto a todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sin exclusión de los órganos dependientes de la Administración central y de otras instituciones estatales en sentido estricto, siendo, por tanto, el criterio delimitador de la oficialidad del castellano y de la cooficialidad de otras lenguas españolas el territorio, independientemente del carácter estatal (en sentido estricto), autonómico o local de los poderes públicos" (Sentencia núm. 82/1986, de 26 de junio, FJ. 2).

Partiendo de esta doctrina general, la jurisprudencia constitucional ha afirmado el derecho de los ciudadanos a usar el castellano y las lenguas cooficiales de las Comunidades Autónomas que todas las Administraciones públicas deben acatar y proteger. Dado el alcance y configuración constitucional de este derecho, no resulta necesario -a juicio del Consejo de Estado- que en el anteproyecto de Ley se contemple expresamente la discriminación por razón de lengua. Por tanto, se debe eliminar el apartado 4 del artículo 2 y suprimir "la lengua" del apartado 1 del mismo artículo. En el supuesto de que se decidiese mantener la regulación proyectada en sus términos actuales, debe suprimirse la expresión "bajo ningún pretexto" (utilizada en el apartado 4 del citado artículo) ya que podría dar lugar a interpretaciones contrarias a lo dicho por el Tribunal Constitucional sobre su alcance como seguidamente se expone.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha subrayado el diferente alcance de ese derecho en función de que su uso se haga ante los poderes públicos o entre particulares:

? El uso del castellano y de las lenguas cooficiales ante los poderes públicos. En este ámbito, la jurisprudencia constitucional ha extraído del artículo 3 de la Constitución las dos siguientes consecuencias:

- Por una parte, se ha reconocido el derecho al uso del castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma ante los poderes públicos. En palabras del Tribunal Constitucional, los ciudadanos "tienen derecho a utilizar ambas en sus relaciones con la autoridad y sólo obligación -constitucional- de conocer el castellano, lo que garantiza la comunicación con el poder público sin necesidad de exigir el conocimiento de una segunda lengua" (Sentencia 31/2010, de 18 de junio, FJ. 14).

- Por otra parte, se ha impuesto a los poderes públicos el correlativo deber de no privilegiar el uso de una de las lenguas cooficiales en detrimento de la otra. Según el Tribunal Constitucional, el artículo 3 de la norma fundamental impone, en las Comunidades Autónomas con lengua cooficial, un "equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales y que en ningún caso pueden tener un trato privilegiado", de forma que no cabe imponer "el uso preferente" de la lengua cooficial "en detrimento del castellano, también lengua oficial en la Comunidad Autónoma", por "las Administraciones Públicas y los medios de comunicación públicos", sin perjuicio de "la procedencia de que el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra, subsanando así la situación secundaria o de postergación que alguna de ellas pudiera tener" (Sentencia 31/2010, de 18 de junio, FJ. 14).

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha reafirmado la constitucionalidad de las políticas de inmersión y normalización lingüística en el ámbito educativo. A este respecto, el Tribunal Constitucional parte de que "tanto por razones históricas vinculadas al uso exclusivo del castellano en la enseñanza como por el amplio fenómeno de movilidad de la población española dentro del territorio nacional que se ha producido durante las cuatro últimas décadas, en las Comunidades Autónomas con un régimen de cooficialidad lingüística existen sectores de la población que no conocen, o sólo conocen imperfectamente, la lengua propia de esa Comunidad", y, sobre la base de este presupuesto, ha señalado que, si bien no cabe pretender -por parte de los poderes públicos ni tampoco por los ciudadanos- que la enseñanza se imparta única y exclusivamente en una de las dos lenguas cooficiales, es "legítimo" que la lengua propia de una Comunidad Autónoma, "en atención al objetivo de la normalización lingüística" perseguido, sea el "centro de gravedad" del "modelo de bilingüismo", aunque siempre con el límite de que "ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma" (Sentencia núm. 337/1994, de 23 de diciembre, FJ. 10). En consecuencia, "ambas lenguas han de ser no sólo objeto de enseñanza, sino también medio de comunicación en el conjunto del proceso educativo", y "es constitucionalmente obligado que las dos lenguas cooficiales sean reconocidas por los poderes públicos competentes como vehiculares, siendo en tales términos los particulares titulares del derecho a recibir la enseñanza en cualquiera de ellas" (Sentencia núm. 31/2010, de 18 de junio, FJ. 24).

A la vista de esta doctrina constitucional, la Generalidad de Cataluña ha mostrado su oposición al artículo 2.4 del anteproyecto de Ley por considerar que, con base en él, podrían reputarse discriminatorias las medidas de fomento o protección de la lengua propia tendentes a corregir o compensar un déficit histórico. En el mismo sentido, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación ha señalado que el precepto mencionado podría impedir la aplicación de los programas de inmersión lingüística y, por ello, solicita su supresión.

A esta objeción se ha contestado señalando que, de acuerdo con el artículo 4.2 del anteproyecto de Ley, "no se considera discriminatoria la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley derivada de una disposición, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla", por lo que, siguiendo la jurisprudencia constitucional mencionada, estarían permitidas las políticas de normalización lingüística dentro de los límites señalados.

En definitiva, como ya se ha indicado, y dado que de la lectura conjunta de los artículos 2.4 y 4.2 del anteproyecto de Ley se puede colegir que el uso preferente de la lengua propia de las Comunidades Autónomas, en el marco de las políticas de inmersión lingüística y siempre que -como ha señalado la jurisprudencia constitucional- se garantice el uso del castellano, no constituye discriminación por razón de lengua, se debe proceder a la supresión de la expresión "bajo ningún pretexto" que utiliza el primero de los preceptos mencionados.

? El uso del castellano y de las lenguas cooficiales en las relaciones entre particulares. A diferencia de lo que sucede en las relaciones jurídico-públicas, donde los ciudadanos tienen derecho a usar indistintamente el castellano o la lengua autonómica cooficial y las autoridades el deber de respetar el uso equilibrado de ambas lenguas, en las relaciones entre particulares el Tribunal Constitucional ha señalado, a la luz del artículo 3 de la Constitución, que no cabe imponer a las entidades privadas, empresas o establecimientos abiertos al público, a su titular o a su personal, "obligaciones individuales de uso de cualquiera de las dos lenguas oficiales de modo general, inmediato y directo en las relaciones privadas, toda vez que el derecho a ser atendido en cualquiera de dichas lenguas sólo puede ser exigible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos" (Sentencia núm. 31/2010, de 28 de junio, FJ. 22).

De acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, el derecho al uso indistinto del castellano y de la lengua autonómica cooficial -contemplado en el artículo 2.4 del anteproyecto de Ley- no puede extenderse al sector privado y debe circunscribirse únicamente a las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos.

Sobre esta cuestión se volverá al analizar -en el apartado B del presente epígrafe- la eficacia del derecho de igualdad en las relaciones entre particulares.

(vi) La nacionalidad como motivo de discriminación. El artículo 2.1 del anteproyecto de Ley no menciona a la nacionalidad como uno de los motivos de discriminación expresamente prohibidos, pese a que así lo han reclamado diversas entidades durante la tramitación del expediente.

El Consejo General del Poder Judicial, en su informe, ha observado que "la exclusión de la nacionalidad entre los motivos discriminatorios está justificada" en el ámbito de la contratación laboral, "en tanto el acceso al empleo está vinculado con la regularidad de la entrada en el territorio nacional y el régimen de obtención del derecho de residencia, así como con la posibilidad de establecer diferentes condiciones de acceso de los extranjeros a determinadas prestaciones respecto de los nacionales", pero -añade el Consejo- dicha exclusión "es de más difícil justificación si atendemos a sanidad, educación o acceso a bienes y servicios a disposición del público" (pág. 48).

Para el correcto análisis de esta cuestión, es preciso distinguir la diferente situación en que se encuentran los extranjeros respecto de los nacionales comunitarios en el ejercicio de sus derechos:

? Extranjeros. El artículo 13.1 de la Constitución, incluido dentro del título I, señala que "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley".

Interpretando este precepto, el Tribunal Constitucional ha señalado que los derechos y libertades de los extranjeros en España son derechos de configuración legal: "El disfrute de los derechos y libertades -el término "libertades públicas" no tiene, obviamente, un significado restrictivo- reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad o ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley". Tal previsión no supone, sin embargo, que "se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades "que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley", de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dada su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal" (Sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre, FJ. 3 y 4).

Sin embargo, el legislador no goza de idéntica libertad de configuración en relación con todos los derechos del título I e incluso ninguna respecto de algunos de ellos, habiendo así el Tribunal Constitucional distinguido hasta cuatro categorías distintas de derechos (Sentencia núm. 236/2007, de 7 de noviembre, FJ. 2, 3 y 4):

- En primer lugar, existen derechos del título I que "corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles" (Sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre, FJ. 3), puesto que gozan de ellos "en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]" (Sentencia 95/2000, de 10 de abril, FJ. 3). Estos derechos son los que "pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español" (Sentencias núm. 107/1984, de 23 de noviembre, FJ. 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ. 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ. 2) y que son "inherentes a la dignidad de la persona humana" (Sentencia núm. 91/2000, de 30 de marzo, FJ. 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (Sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre, FJ. 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia núm. 99/1985, de 30 de septiembre, FJ. 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (Sentencia núm. 95/2003, de 22 de mayo, FJ. 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (Sentencia núm. 144/1990, de 26 de septiembre, FJ. 5) y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (Sentencia núm. 137/2000, de 29 de mayo, FJ. 1). Todos estos derechos han sido reconocidos a los extranjeros por la jurisprudencia constitucional como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva.

- En segundo lugar, existen derechos, no imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que "la Constitución reconoce directamente a los extranjeros" (Sentencia núm. 115/1987, de 7 de julio, FJ. 2), y cuya identificación debe hacerse teniendo especialmente en cuenta, entre otros criterios, la dicción de los preceptos del título I reconocedores de tales derechos ("todos", "todas las personas", "nadie", "los ciudadanos", "se reconoce", "se garantiza"). El legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer "condicionamientos adicionales" respecto a su ejercicio por parte de aquéllos, si bien "ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales", es decir, no cabe que "el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros", pues "una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales" (Sentencia núm. 115/1987, FJ. 3).

- En tercer lugar, existen "derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes" (Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, FJ. 4), o dicho de otro modo, derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales "aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles" (Sentencia núm. 94/1993, de 22 de marzo, FJ. 3). Al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia, ya que puede modular las condiciones de ejercicio "en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros", si bien aquella libertad "no es en modo alguno absoluta" (Sentencia núm. 94/1993, de 22 de marzo, FJ. 3). Efectivamente, el legislador puede establecer "restricciones y limitaciones" a tales derechos, pero esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que "son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español", ni "adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España" (Sentencia núm. 242/1994, de 20 de julio, FJ. 4). De la jurisprudencia constitucional se deduce que este sería el régimen jurídico de derechos tales como el derecho al trabajo (Sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre, FJ. 4), el derecho a la salud (Sentencia núm. 95/2000, de 10 de abril, FJ. 3), el derecho a percibir una prestación de desempleo (Sentencia núm. 130/1995, de 11 de septiembre, FJ. 2), y también con matizaciones el derecho de residencia y desplazamiento en España (Sentencias núm. 94/1993, de 22 de marzo, FJ. 3; 242/1994, de 20 de julio, FJ. 4; 24/2000, de 31 de enero, FJ. 4).

- En cuarto lugar, existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, que son los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene (Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, FJ. 4).

Como se ve, el grado de igualdad entre españoles y extranjeros en la titularidad y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución difiere en función de la naturaleza del derecho adoptado.

En cualquier caso, los extranjeros no podrán ser discriminados, por razón de nacionalidad, en el ejercicio de los derechos reconocidos en el título I de la Constitución en los términos establecidos por los tratados internacionales, la legislación de extranjería y las leyes reguladoras de cada derecho, como ya se prevé actualmente de manera expresa en el artículo 23 -en relación con el artículo 3.1- de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En este mismo sentido, habría incluir la nacionalidad como motivo de discriminación en el artículo 2.1 del anteproyecto de Ley, siempre y cuando se dijera en un apartado independiente del mismo precepto: "Los extranjeros no podrán ser discriminados, por razón de nacionalidad, en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución en los términos establecidos en los tratados internacionales, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en las leyes que regulen el ejercicio de cada uno de ellos".

? Nacionales comunitarios. El artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 12 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) prohíbe "toda discriminación por razón de nacionalidad", y el artículo 21.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea "prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados".

En tal sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado que "el estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de tales nacionales que se encuentran en la misma situación obtener el mismo trato jurídico, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto; en particular, cualquier ciudadano de la Unión puede invocar el artículo 12 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad, en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiæ* del Derecho comunitario (Sentencia de 1 de octubre de 2009, Arthur Gottwald contra Bezirkshauptmannschaft Bregenz, asunto C-103/98, considerandos 23 y 24; con cita de numerosas decisiones precedentes).

A la vista de esta jurisprudencia, y para el supuesto de que se incluya la nacionalidad como motivo en el artículo 2.1 del anteproyecto de Ley, debería precisarse que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad entre ciudadanos de la Unión Europea opera únicamente en las materias reguladas por el ordenamiento comunitario y con las excepciones establecidas en el mismo, introduciendo al efecto -como apartado independiente del mismo precepto- una previsión del siguiente o similar tenor: "Los ciudadanos de la Unión Europea no podrán ser discriminados, por razón de nacionalidad, en el ámbito de aplicación del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos".

B) Eficacia del derecho de igualdad en las relaciones entre particulares

Uno de los rasgos más destacados del anteproyecto de Ley es que proyecta la eficacia del derecho a la igualdad de trato y no discriminación no solo en las relaciones con los poderes públicos sino también en las relaciones entre particulares. En tal sentido, el artículo 1.2 del anteproyecto de Ley establece: "A estos efectos, la Ley regula derechos y obligaciones de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, establece principios de actuación de los poderes públicos y prevé medidas destinadas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en los sectores público y privado". Y en la misma línea el artículo 2.5 del anteproyecto de Ley precisa: "Las obligaciones establecidas en la presente Ley serán de aplicación a todas las Administraciones Públicas y a los organismos y entidades de ellas dependientes. También lo serán a las personas físicas o jurídicas de carácter privado que residan, se encuentren o actúen en territorio

español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia, en los términos y con el alcance que se contemplan en la presente Ley y en el resto del ordenamiento jurídico".

La extensión del derecho a la igualdad de trato y no discriminación a las relaciones entre particulares, prevista en el anteproyecto de Ley, entra de lleno en la cuestión -discutida tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia constitucional española y comparada- de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Tradicionalmente, en la teoría clásica liberal, los derechos fundamentales fueron reconocidos como derechos del individuo frente al Estado, y no será hasta el advenimiento del Estado social cuando empiece a defenderse, en el seno de la doctrina alemana, la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales ("Drittwirkung der Grundrechte"), debatiéndose si esa eficacia debía proyectarse a las relaciones entre particulares por virtud del mero reconocimiento de tales derechos en el texto constitucional (eficacia inmediata o "Unmittelbare Drittwirkung"), o si, por el contrario, era necesaria una acción del legislador en tal sentido (eficacia mediata o "Mittelbare Drittwirkung"). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha tenido partidarios y detractores: los primeros consideran que la tutela de los derechos fundamentales, entendidos como principios ordenadores de la vida social, quedaría incompleta si no se extendiera a las relaciones entre particulares; los segundos han opuesto que dicha extensión lesiona la libertad individual y la autonomía de la voluntad que rige en el ordenamiento privado.

Este debate doctrinal ha revelado que la cuestión de si los derechos fundamentales surten efectos frente a terceros y con qué alcance no admite una respuesta unívoca para todos ellos, sino que está en función de la naturaleza del concreto derecho que se tome en consideración. En tal sentido, no es extraño que en los textos constitucionales de la época liberal, los denominados "derechos civiles y políticos" fueran concebidos como "derechos de libertad" del individuo que, en razón del pacto social constituyente, el Estado los debía respetar y, al mismo tiempo, garantizar frente a las injerencias de terceros, de forma que tales derechos y libertades comportaban una esfera de inmunidad de los ciudadanos frente a los poderes públicos y los restantes miembros de la comunidad política. Como no lo es que con la llegada del Estado social se advirtiera que, para el efectivo reconocimiento de las libertades individuales, no bastaba con su sola garantía sino que, además, resultaba imprescindible remover aquellos obstáculos que dificultaban o impedían su ejercicio en las relaciones entre particulares, lo cual a su vez tuvo su reflejo en el reconocimiento de una serie de "derechos económicos y sociales", algunos de los cuales -piénsese, por ejemplo, en el derecho de huelga o en la libertad sindical- sólo cobran verdadero sentido en el ámbito privado más que frente a los poderes públicos, y en la consideración de que las libertades individuales, además de constituir -como en la época liberal- una esfera de inmunidad ante las intromisiones de terceros, debían configurarse como derechos ejercitables horizontalmente en la vida en sociedad, en algunos casos incluso con eficacia inmediata y sin necesidad de desarrollo legal.

En España, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la eficacia de los derechos fundamentales no se agota en sus relaciones con el poder público y que se proyecta también en la esfera privada. Según el Tribunal Constitucional, "no cabe entender que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el artículo 1 de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no los sea en la vida social" (Sentencia núm. 18/1984, de 7 de febrero, F.J. 6). Ciertamente, "el artículo 53.1 del texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios" (Sentencia núm. 177/1988, de 10 de octubre, F.J. 4). En tal sentido, "los efectos de los derechos fundamentales, incluso de los derechos de libertad, rara vez se circunscriben al estricto ámbito de la contraposición entre el poder público y el individuo aislado", sino que, "por el contrario, desde su mismo origen, la noción de los derechos, con su consiguiente pretensión de efectividad, supuso una alteración de las relaciones sociales, y no sólo del simple modo de ejercicio del poder político" (Sentencia núm. 114/1995, de 6 de julio, F.J. 2).

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha observado que algunos derechos fundamentales no extienden sus efectos en las relaciones entre particulares, ya que "existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos" (Sentencia núm. 18/1984, de 7 de febrero, F.J. 6), como es el caso, por ejemplo, del derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23 de la Constitución) o el derecho de petición (artículo 29 de la Constitución). No obstante, la mayor parte de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente son susceptibles de proyectar su eficacia frente a terceros, e incluso el reconocimiento de algunos de ellos -como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18 de la Constitución) o los derechos de huelga y sindicación (artículo 28 de la Constitución)- carecería de sentido si no se pudieran ejercitar frente a otros ciudadanos, hasta el punto de que cabe afirmar que su mera existencia presupone su aplicación al campo de las relaciones jurídico-privadas, con independencia de que las condiciones de su ejercicio hayan sido establecidas legalmente.

En cualquier caso, aun cuando se esté en presencia de derechos fundamentales aptos para desplegar sus efectos frente a terceros, no puede olvidarse que la eficacia de estos derechos no será la misma en todos los casos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha observado que "algunos derechos fundamentales producen un cierto grado de eficacia en las relaciones entre particulares" (Auto núm. 1069/1987, de 30 de septiembre, F.J. 1). Quiere esto decir que la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares no siempre es uniforme sino que, en ocasiones, su alcance está en función de la concreta relación jurídico-privada en la que se hagan valer tales derechos. Así, la jurisprudencia constitucional ha sido especialmente receptiva a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, no solo en el caso de los derechos de huelga y sindicación -cuyo reconocimiento constitucional sólo adquiere pleno sentido, como ya se ha adelantado, mediante su ejercicio frente al empresario privado-, sino también cuando están en juego otros derechos no específicamente laborales, fundamentalmente -aunque no solo- el principio de igualdad de trato (artículo 14 de la Constitución), la libertad ideológica o religiosa (artículo 16 de la Constitución), el derecho a la intimidad y a la propia imagen (artículo 18.1.a), el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución), la libertad de expresión (artículo 20.1.a) de la Constitución y la libertad de información (artículo 20.1.d) de la Constitución). Y no es casual que las decisiones jurisprudenciales favorables a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales hayan sido más numerosas en las relaciones laborales que en otros ámbitos, ya que los trabajadores se encuentran en una posición de subordinación respecto de los poderes de organización y dirección del empresario que constituye un marco de riesgo potencial para el ejercicio de sus derechos. Esta limitación de la autonomía de la voluntad de una de las partes contratantes, que trae causa de la propia configuración legal de la relación laboral como relación de dependencia (artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), no existe -como regla general- en las relaciones civiles, lo cual explica que este sector del ordenamiento haya sido menos permeable a la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales.

Realizadas estas consideraciones generales, procede analizar cuál es el grado de eficacia que la jurisprudencia constitucional ha reconocido al derecho a la igualdad -cuya regulación es objeto del anteproyecto de Ley sometido a consulta- en las relaciones entre particulares. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que "las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional y ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato". Dicho esto, el propio Tribunal ha declarado que el principio de igualdad de trato no tiene el mismo alcance en todos los contextos, pues "en el ámbito de las relaciones privadas (...) los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad" (Sentencia núm. 177/1988, de 10 de octubre, F.J. 4; en el mismo sentido, Sentencia núm. 241/1988, de 19 de diciembre, F.J. 3).

Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional ha entendido, de una parte, que el principio de igualdad de trato es aplicable con matices a las relaciones entre particulares, y, de otra, que es necesario hacer compatible dicho principio con la autonomía de la voluntad privada.

Como ya se ha señalado, el ámbito en que la jurisprudencia constitucional ha reconocido una mayor vinculación de las relaciones entre particulares al principio de igualdad de trato es el laboral -tanto en el plano de la contratación individual como en el de la negociación colectiva-, donde han recaído múltiples pronunciamientos estimatorios del amparo solicitado en casos de despido o diferencias salariales, normalmente por apreciarse la existencia de una discriminación por razón de sexo o edad proscrita por el artículo 14 de la Constitución.

En cambio, la incidencia del principio de no discriminación en el ordenamiento privado ha sido más moderada, proyectándose principalmente a las relaciones jurídico-familiares, donde se ha reconocido la plena igualdad jurídica de los hijos ante la ley "con independencia de su filiación" (artículo 39.2 de la Constitución; artículo 108 del Código Civil, tras la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo) y de los cónyuges, cualquiera que sea su sexo (artículo 32 de la Constitución; artículo 66 del Código Civil, tras las reformas introducidas por las Leyes 30/1981, de 7 de julio, y 13/2005, de 1 de julio).

El principio de igualdad se ha circunscrito, pues, a ámbitos concretos y determinados del ordenamiento privado, fundamentalmente donde existen relaciones de subordinación (de los hijos frente a los padres) o diferencias tradicionalmente arraigadas (del hombre respecto de la mujer). En cambio, el anteproyecto de Ley, siguiendo el modelo transversal de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, proyecta el principio de igualdad de trato, tanto en el sector público como en las relaciones entre particulares, a "todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social" y especialmente a las siguientes esferas (artículo 3):

"a) Empleo y trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo. b) Acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público. c) Afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico. d) Educación. e) Sanidad. f) La protección social, las prestaciones y los servicios sociales. g) Acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda".

El carácter integral del anteproyecto de Ley -al que se hace referencia en su exposición de motivos- se manifiesta precisamente en que, además de resultar aplicable a cualesquiera motivos de discriminación, la eficacia del principio de igualdad de trato se proyecta -de acuerdo

con el transcrito artículo 3- a todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social y singularmente en el empleo, el trabajo, la educación, la salud y los servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, la participación social o política y los medios de comunicación, estableciéndose un conjunto de obligaciones -derivadas de dicho principio- que vinculan incondicionadamente tanto a los poderes públicos como a los particulares.

El ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley debe analizarse a la vista del ordenamiento comunitario (i) y, en particular, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que ha subrayado la necesidad de aplicar el principio de igualdad atendiendo a la concreta naturaleza de cada relación jurídica (ii), lo cual exige distinguir dos planos diferentes en las relaciones entre particulares, en función de que el principio de igualdad de trato se proyecte en relaciones de naturaleza privada (iii) o con ocasión del ejercicio entre particulares de derechos constitucionales o libertades públicas (iv). Estas cuatro cuestiones se examinan a continuación de manera separada, tras lo cual se realizan una serie de propuestas (v) que el Consejo de Estado estima pertinentes de utilidad para una presentación más acabada, desde el punto de vista técnico-jurídico, de la norma proyectada:

(i) Comenzando por el primero de los extremos apuntados, cabe destacar que la proyección del principio de igualdad de trato a todos los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural, contemplada en la regulación proyectada, no viene exigida por el ordenamiento comunitario, si bien se enmarca en la tendencia expansiva que el Derecho de la Unión Europea ha auspiciado en la lucha contra la desigualdad durante la última década, extendiendo su aplicación a un mayor número de causas de discriminación y de ámbitos (no sólo públicos sino también privados) en los que ésta puede producirse.

La normativa comunitaria determina, en efecto, la aplicación del principio de igualdad de trato a las relaciones entre particulares en algunas de sus disposiciones. Así, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, obliga "a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado" (artículo 3.1). Igualmente, la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, vincula "a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público, con independencia de la persona de que se trate, tanto en lo relativo al sector público como al privado" (artículo 3.1). Y, en fin, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), y la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, son indudablemente aplicables entre particulares, pues de tal es la naturaleza propia de toda relación de empleo.

Sin embargo, el ordenamiento europeo no contiene una regulación uniforme del principio de igualdad de trato para los sectores público y privado, sino regímenes específicos en función de ámbitos concretos de actividad:

? En tal sentido, buena parte de las disposiciones comunitarias en materia de igualdad de trato circunscriben sus efectos al ámbito estrictamente laboral. Particularmente, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la aplicación de principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y la Directiva 2010/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

La primera de las disposiciones comunitarias mencionadas -la Directiva 2000/78/CE- resulta de aplicación a (artículo 3.1):

"a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas".

La segunda de las normas comunitarias referidas -la Directiva 2006/54/CE- es aplicable a (artículo 1):

"a) el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional; b) las condiciones de trabajo, incluida la retribución. c) los regímenes profesionales de la Seguridad Social".

Y la tercera y última de las disposiciones comunitarias mencionadas -la Directiva 2010/41/CE- resulta de aplicación a la actividad laboral desempeñada por los trabajadores autónomos (artículo 1).

? Más allá del ámbito del empleo y la ocupación, existen otras normas en el ordenamiento europeo que extienden la eficacia del principio de igualdad de trato a una serie de ámbitos que se relacionan con carácter numerus clausus, como es el caso de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

La primera de las disposiciones comunitarias mencionadas -la Directiva 2000/43/CE- resulta de aplicación a los siguientes ámbitos que se enumeran limitativamente: el empleo y la ocupación (delimitados en su artículo 3.1, letras a), b), c) y d), en los mismos términos que en la Directiva 2000/78/CE); "la protección social, incluida la seguridad social y la atención sanitaria"; "las ventajas sociales"; "la educación"; y "el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda" (artículo 3.1, letras e), f), g) y h)).

La segunda de las normas comunitarias referidas -la Directiva 2004/113/CE- es de aplicación "a todas las personas que suministren bienes y servicios para el público" (artículo 3.1) y solo a estas.

Como se ve, el Derecho de la Unión Europea ha proyectado el principio de igualdad de trato tanto al sector público como al sector privado, aunque construyendo su eficacia a una serie de ámbitos concretos y determinados, como son los del empleo y la ocupación, la protección social (incluida la seguridad social y la atención sanitaria), la educación y el acceso a bienes y servicios disponibles al público -incluida la vivienda-. En el mismo sentido, la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008, denominada "Directiva global contra la discriminación", no es aplicable a ámbitos distintos de los ya mencionados (artículo 3.1).

El análisis del artículo 3 del anteproyecto de Ley evidencia que, si bien las esferas de aplicación enumeradas singularmente en dicho precepto coinciden con las previstas en el ordenamiento comunitario, el propósito perseguido por el Gobierno es más ambicioso, al reverse de manera expresa la extensión del principio de igualdad de trato "a todos los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural".

(ii) En esta aplicación del principio de igualdad de trato a todos los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural, tanto en el sector público como en el sector privado, ha de tenerse presente -como se ha anunciado con anterioridad- que el Tribunal Constitucional ha otorgado un distinto grado de eficacia a la igualdad de trato en los diferentes ámbitos del sector privado, por entender que el derecho a la igualdad reconocido constitucionalmente debe ser objeto de una aplicación matizada en función de la concreta naturaleza y circunstancias de cada relación jurídica.

La ratio de esta jurisprudencia constitucional no es coyuntural o contingente sino que entronca con la verdadera naturaleza del derecho a la igualdad, que es un derecho de contenido dinámico y de "carácter relacional", como ha señalado el propio Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones (por todas, Sentencia núm. 273/2005, de 27 de octubre, FJ. 3). El carácter relacional del derecho de igualdad trae consigo dos importantes consecuencias en el plano de la elaboración del derecho:

? La primera, de alcance negativo, es que "el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello" (Sentencia núm. 22/1981, de 2 de julio, que recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reiterada en otros pronunciamientos posteriores, como en las Sentencias núm. 213/2005, de 21 de julio, FJ. 4, y 273/2005, de 27 de octubre, FJ. 3). En consecuencia, las diferencias de trato no suponen necesariamente desigualdad o discriminación, ya que forma parte de la naturaleza del derecho a la igualdad el no tratar de la misma manera situaciones que son distintas.

? La segunda, de alcance positivo, es que, en presencia de relaciones jurídicas de naturaleza distinta, la regulación normativa del principio de igualdad debe atender a las concretas circunstancias de cada relación y ámbito, modulando la eficacia de dicho principio en razón del ámbito en que se proyecta.

El anteproyecto de Ley no ha sido ajeno a esta última exigencia derivada del carácter relacional del derecho a la igualdad, como lo prueba el hecho de que en el capítulo II del título I se regule de manera específica el contenido de este derecho en el empleo y trabajo por cuenta ajena (artículo 12), en la negociación colectiva (artículo 13), en el trabajo por cuenta propia (artículo 14), en las organizaciones sindicales,

empresariales y profesionales (artículo 15), en la educación (artículo 16), en la atención sanitaria (artículo 17), en la prestación de los servicios sociales (artículo 18), en el acceso a la vivienda (artículo 19), en la oferta pública de bienes y servicios (artículo 20), en los establecimientos y espacios abiertos al público (artículo 21) y en los medios de comunicación social (artículo 22).

Sin embargo, por virtud del alcance integral que pretende darse al anteproyecto de Ley, se ha previsto que resulte de aplicación a "todos los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural" (artículo 3.1), sin precisarse cuál es el contenido del principio de igualdad de trato en ámbitos distintos de los contemplados en los artículos 12 a 22 de la norma, ni proporcionarse criterios precisos -más allá de las definiciones contenidas en los artículos 4 a 11- para ponderar si en ellos se ha producido cualquier forma de discriminación.

Ciertamente, no parece posible acometer una regulación específica del derecho de igualdad en todos y cada uno de los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural, habida cuenta de la pluralidad de situaciones que en la práctica pueden plantearse.

Precisamente por ello, el Consejo de Estado entiende que, para una efectiva consecución de los fines pretendidos por el Gobierno en relación con la igualdad de trato, es necesario evitar que el texto proyectado pueda dar lugar en las relaciones entre particulares a situaciones de inseguridad jurídica para los ciudadanos y de consiguiente alta litigiosidad -especialmente en ámbitos diversos de los previstos en los artículos 12 a 22- o prestarse a la utilización desviada de algunos de los mecanismos de defensa del principio de igualdad contemplados en la norma -en particular, la regla sobre distribución de la carga de la prueba, la formulación de denuncias ante la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación o la aplicación del régimen sancionador-.

A tal fin, resulta oportuno identificar, dentro de las relaciones entre particulares, cuáles son los ámbitos más proclives a las situaciones de discriminación y los criterios que cabría utilizar para su detección, a fin de ofrecer una opción regulatoria que pudiera ayudar a superar los inconvenientes apuntados.

En esta tarea deben deslindarse -como arriba se ha adelantado- dos planos diferentes, en función de que el principio de igualdad de trato se proyecte, entre particulares, en relaciones de naturaleza privada (iii) o con ocasión del ejercicio de derechos constitucionales o libertades públicas (iv).

(iii) En las relaciones de naturaleza privada, la autonomía de la voluntad se ha erigido siempre en piedra angular de buena parte de sus instituciones, lo cual no significa que exista una libertad omnímoda en este ámbito.

Con carácter general, el artículo 1255 del Código Civil impone límites a la autonomía privada al disponer que los contratantes podrán establecer pactos, cláusulas y condiciones "siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

De manera más específica, la autonomía privada ha sufrido una importante restricción en el ámbito de la contratación en masa mediante condiciones generales, donde el consumidor se sitúa en una situación de inferioridad respecto del predisponente de tales condiciones que, de no corregirse, podría traducirse en un desequilibrio de las partes contratantes. En estos casos y con la finalidad de impedir situaciones de abuso en perjuicio de la parte económicamente más débil, se ha arbitrado un control de la incorporación y contenido de tales cláusulas. El ordenamiento privado no ha sido, pues, insensible al fenómeno de la desigualdad de las partes contratantes, estableciendo mecanismos que garanticen el equilibrio de las prestaciones entre las mismas.

La igualdad de trato que el anteproyecto de Ley extiende a las relaciones entre particulares no trata de corregir un desequilibrio patrimonial derivado de la desigual posición económica de las partes contratantes -lo que es objeto, como se ha visto, del régimen legal de cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación- sino la discriminación que se produce cuando un sujeto, por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, se ve privado de la posibilidad de contratar, tiene que hacerlo de manera más onerosa o ha de soportar la extinción anticipada del vínculo contractual.

En la identificación de estas situaciones de discriminación debe compatibilizarse el principio de igualdad de trato con el respeto a la autonomía de voluntad de las partes contratantes.

Este objetivo puede alcanzarse -a juicio del Consejo de Estado- cuando se trata de negocios jurídicos en los que existe un "término de comparación válido" -expresión esta empleada de manera recurrente por la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad de trato- que permita apreciar si las vicisitudes contractuales responden a un fin discriminatorio.

Así sucede -como antes se ha señalado y más adelante se aborda con detalle con ocasión del análisis de los preceptos del anteproyecto de Ley referidos a esta cuestión- en la contratación en masa de bienes o servicios, donde las numerosas relaciones contractuales que se formalizan y extinguen a diario constituyen un parámetro útil para determinar si, en un concreto supuesto, se ha producido una situación de discriminación.

No es así extraño que el ordenamiento comunitario haya proyectado el principio de igualdad de trato al "acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos (...) fuera del ámbito de la vida privada o familiar", con especial referencia a la contratación en materia de vivienda y de seguros (artículo 3.1.h) de la Directiva 2000/43/CE; artículo 3.1 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE), donde es habitual la contratación en masa.

En todo caso, en este ámbito y sin perjuicio de la regulación específica que tanto el ordenamiento comunitario -en los términos ya vistos- como el anteproyecto de Ley -artículos 19 y 20- dedican al acceso a bienes y servicios disponibles al público y, en particular, a la vivienda y los seguros, debe formularse un criterio de alcance general que permita efectuar un juicio de igualdad en todas las relaciones privadas de esta naturaleza. Así lo hace la Ley general de igualdad de trato alemana, que considera ilícita toda discriminación "cuando se fundamentan, establezcan o extingan relaciones obligatorias que típicamente llegan a efecto en circunstancias comparables en una multitud de casos sin tener en cuenta la persona o cuando la consideración de la persona adquiere una importancia secundaria según el tipo de obligación y las relaciones obligatorias llegan a efecto en circunstancias comparables en una multitud de casos" (§ 19.1.1 de la Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz).

De acuerdo con este criterio -que se estima acertado y, por ello, susceptible de ser acogido por el anteproyecto de Ley-, el juicio de igualdad podrá versar, en el ámbito de la contratación en masa, sobre cualesquiera vicisitudes que se produzcan en el nacimiento, desarrollo o extinción de la relación obligatoria, dado que -al contarse con la referencia de los demás consumidores que se encuentran en idéntica situación- será factible apreciar, por comparación, si la negativa a contratar con una determinada persona, la imposición de condiciones más gravosas o la extinción anticipada del vínculo contractual obedecen a un móvil discriminatorio. Lo mismo ocurre cuando se trata de una contratación de bienes o servicios celebrada con publicidad y en las que no se otorga relevancia a las circunstancias personales de los contratantes, o de relaciones jurídicas entabladas en el ámbito de actividades estrechamente conectadas a la prestación de un servicio público.

En cambio, los contratos que no se celebran en masa ni van precedidos de una oferta pública dirigida a destinatarios indeterminados ni están ligados a actividades de servicio público carecen, en principio, de un término de comparación válido para efectuar el referido juicio de igualdad, lo cual no obsta para que en tales negocios también puedan darse situaciones de discriminación. A este respecto, debe recordarse que el ya citado artículo 1255 del Código Civil menciona el "orden público" como límite de la libertad contractual, dentro del cual -se lee en una exposición clásica- "deben incluirse materias estrictamente situadas en el orden constitucional (p. ej., la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad y a la no discriminación) que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de las partes, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado. Por ejemplo: pactos que contravengan la igualdad consagrada en el art. 14 Const., o que impliquen renuncia de derechos fundamentales" (Luis Díez-Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1996, t. I, pág. 130). De acuerdo con ello, se debe incorporar al anteproyecto de Ley una regla general que sirva para determinar las situaciones de discriminación no admisibles en este tipo de negocios jurídicos.

Indudablemente, la prohibición de la discriminación en el ámbito contractual debe aplicarse tanto en la fase precontractual como en los contratos ya celebrados: cuando se está en fase precontractual, la prohibición de discriminación deberá circunscribirse a cualesquiera ofertas dirigidas al público, con independencia de la naturaleza de los bienes o servicios afectados; y cuando de trate de contratos ya celebrados, procederá la nulidad de la cláusula discriminatoria (nulidad parcial), salvo que las partes hayan supeditado los efectos del negocio a la validez de dicha cláusula, en cuyo caso deberá declararse la nulidad total del negocio.

Consideraciones semejantes e idéntico criterio pueden formularse en relación con los negocios jurídicos a título gratuito, que, aun cuando constituyen un acto de liberalidad del disponente, no están exentos de la aplicación del principio de igualdad de trato, en el supuesto de que la causa del negocio o alguna de sus condiciones sean discriminatorias. Así, la jurisprudencia civil ha rechazado la revocación de una donación por ingratitud, instada por los padres donantes en razón de que la hija donataria -casada y con dos hijos- había entablado relaciones amorosas con un hombre marroquí, al apreciarse que dicha revocación se apoyaba "en componentes claramente xenófobos, contrarios a la dignidad de la persona humana y el principio de igualdad ante la ley que consagra nuestra Constitución" (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995, RJ 1995/2775). Lo mismo ocurre en el orden sucesorio, donde -además del impacto que ha tenido el principio constitucional de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, al que ya se ha hecho referencia- cabría reputar ilícitas aquellas instituciones de heredero que tengan por causa un móvil discriminatorio de los previstos en el anteproyecto

de la Ley, así como sus cláusulas o condiciones que merezcan el mismo reproche (así, no es ocioso recordar que ya el artículo 793 del Código Civil declara que "la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta"; y es clásica, en el ámbito comparado, la Sentencia del Tribunal Civil del Sena de 22 de enero de 1947, que anuló una cláusula testamentaria que preveía la revocación de un legado en el caso de que el legatario contrajera matrimonio con una persona de origen judío, por entenderla "contraria al espíritu de nuestro Derecho, que se basa en la igualdad de todos sin discriminación alguna").

No obstante y en parte consecuencia de lo hasta aquí dicho, el juego de determinadas previsiones contempladas en el anteproyecto de Ley -especialmente aquellas que establecen criterios de prueba y legitimación procesal distintos de los ordinarios o contienen medidas especialmente gravosas de intervención administrativa o alcance punitivo-, no puede ser el mismo en todas las relaciones jurídicas de naturaleza privada. Es en los ámbitos, referidos ya en varias ocasiones, de la contratación en masa o celebrada con publicidad sin atender a las circunstancias personales de los contratantes, o de las relaciones jurídicas formalizadas con ocasión de actividades estrechamente conectadas a la prestación de un servicio público, donde encuentra sentido tanto la regla de distribución de la carga de la prueba -pues el predisponente, oferente o prestador ostenta una posición de superioridad desde la que le será posible acreditar, por comparación con la situación de otros consumidores, que no ha existido discriminación- como la legitimación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y la aplicación del régimen sancionador -dado que esta forma de contratación suele recaer sobre bienes o servicios de primera necesidad, donde las situaciones discriminatorias cobran mayor gravedad-. No puede decirse lo mismo de los contratos que no se celebran en masa ni van precedidos de una oferta pública dirigida a destinatarios indeterminados ni están ligados a actividades de servicio público, ni tampoco de los actos de liberalidad, en todos los cuales, al no existir una clara relación de subordinación ni apreciarse una trascendencia social de los bienes o servicios concernidos, puede resultar difícil o incluso no estar justificada la aplicación de los mecanismos de defensa y garantía de la igualdad de trato -distribución de la carga de la prueba, legitimación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, régimen de infracciones y sanciones- contemplados en la regulación proyectada.

(iv) En el segundo de los planos antes apuntados, deberá coherenciarse la aplicación del principio de igualdad de trato en las relaciones entre particulares con el ejercicio de otros derechos constitucionales o libertades públicas.

Ya se ha señalado que -según el Tribunal Constitucional- el derecho al uso de las lenguas cooficiales, contemplado en el artículo 3 de la Constitución, no impone a las entidades privadas, empresas o establecimientos abiertos al público, a su titular o a su personal, "obligaciones individuales de uso de cualquiera de las dos lenguas oficiales de modo general, inmediato y directo en las relaciones privadas, toda vez que el derecho a ser atendido en cualquiera de dichas lenguas sólo puede ser exigible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos" (Sentencia núm. 31/2010, de 28 de junio, FJ. 22). De ahí que la regulación contemplada en el artículo 2.4 del anteproyecto de Ley deba ser matizada para adecuarla a esta jurisprudencia constitucional.

Con un alcance más general, la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio, también conocida como "Directiva global sobre discriminación", advierte que, "al tiempo que se prohíbe la discriminación, es importante que se respeten otros derechos y libertades fundamentales como la protección de la intimidad y la vida familiar, así como las transacciones que se lleven a cabo en dicho contexto, la libertad religiosa y la libertad de asociación".

Así, en el ámbito de la libertad de asociación cabe citar, como ejemplo, que la Directiva 2004/113/CE considera una excepción al principio de igualdad de trato "los casos de afiliación a clubes privados de un solo sexo" (considerando 16).

Lo mismo cabe decir de la Directiva 2000/73/CE, al prever que la prohibición de discriminación no obsta a "la existencia de organizaciones de personas de una religión o convicciones" (considerando 26), y de manera más clara la referida propuesta de Directiva, al excluir "el estatus y las actividades de las confesiones y de otras organizaciones religiosas o basadas en ciertas convicciones" del alcance del principio de igualdad de trato (artículo 3.4). En este sentido y en aras de una mayor claridad y seguridad jurídica, cabría hacer una precisión en el anteproyecto en el párrafo 5 del artículo 2, en el sentido de excepcionar las actividades de personas físicas o jurídicas de carácter privado que puedan ampararse en la libertad religiosa o de asociación o en otros derechos o libertades fundamentales, la libertad de expresión o información en el sector de los medios de comunicación o la libertad de creación en el ámbito cultural de acuerdo con sus respectivos ordenamientos.

En los demás casos, deberá realizarse una ponderación adecuada de los intereses en conflicto -que es el criterio seguido por la jurisprudencia constitucional para resolver las colisiones de derechos-, a fin de determinar si el principio de no discriminación debe o no prevalecer sobre el derecho constitucional o la libertad pública ejercitados o de establecer las condiciones de ejercicio que permitan la convivencia de ambos derechos.

(v) A la vista de las consideraciones realizadas, son varias las propuestas que pueden contribuir a la mejora del texto proyectado:

? Por una parte, deben formularse en todo caso unos criterios generales -en línea con los ya apuntados en párrafos precedentes- que permitan detectar, con un mayor grado de certeza y precisión, la presencia de situaciones de discriminación en supuestos similares a los previstos en el anteproyecto de Ley o en ámbitos distintos de los contemplados en los artículos 12 a 22 del anteproyecto de Ley.

La enunciación de estos criterios resulta especialmente importante para la aplicación del principio de igualdad de trato en las relaciones civiles y mercantiles, que -a diferencia de las laborales- carecen de un cuerpo legal y jurisprudencial desarrollado en materia de discriminación.

En tal sentido, deben considerarse ilícitos los actos o negocios jurídicos privados respecto de los que exista un término de comparación válido que permita apreciar si aquellos se han adoptado o celebrado con un fin discriminatorio, bien porque se hayan celebrado en masa, vayan precedidos de una oferta pública en la que no se otorga relevancia a las circunstancias personales de los destinatarios o estén estrechamente conectados a una actividad de servicio público. Al margen de estos supuestos, es decir, cuando se trate de actos o negocios jurídicos que no se celebren en multitud de casos, que no traen causa de una oferta pública dirigida a destinatarios indeterminados o que no están ligados a actividades de servicio público, y que, por lo tanto, no tienen un término de comparación válido que sirva para efectuar un juicio de igualdad, la invalidez de tales actos o negocios solo podría declararse cuando conste de manera clara que la causa del acto o negocio o alguna de sus cláusulas responden a alguno de los motivos de discriminación prohibidos, atentando contra la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes o contra el libre desarrollo de su personalidad, en los términos reconocidos por el artículo 10.1 de la Constitución.

? Por otra parte, cabría realizar una cierta delimitación del ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley, circunscribiéndolo de manera específica a aquellas esferas en las que se detecta un mayor número de situaciones de discriminación -fundamentalmente las mencionadas de forma singular, clara y precisa en el artículo 3- y que, al caracterizarse por el desequilibrio de las partes contratantes y atañer a bienes y servicios de interés general, resultan especialmente indicadas para que la regulación proyectada despliegue todos sus efectos, especialmente en lo relativo a los mecanismos de defensa en ella previstos -distribución de la carga de la prueba, intervención de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y régimen de infracciones y sanciones-.

Esta delimitación no desvirtúa los principios inspiradores ni el alcance integral del anteproyecto de Ley, que seguirá siendo de aplicación -en los términos que a continuación se indican- al resto de los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural no contemplados en el artículo 3 de la norma, en los cuales también podrán producirse situaciones de discriminación que deben ser combatidas.

Respecto de estos ámbitos no mencionados específicamente en el artículo 3, la aplicación de todos los efectos del anteproyecto de Ley deberá modularse en función de la naturaleza de la relación, particularmente en lo concerniente a los mecanismos de defensa -distribución de la carga de la prueba, intervención de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y régimen de infracciones y sanciones-, cuya aplicación pueden no ser en muchos casos razonable tratándose de ámbitos que afectan a relaciones privadas o íntimas.

A tal fin, el artículo 3 del anteproyecto debería constar de dos apartados: el primero, con una relación numerus clausus de aquellos ámbitos a los que resulta de aplicación el anteproyecto de Ley en su totalidad; el segundo, con una cláusula residual en la que se prevea la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación "a los demás ámbitos de la vida política, económica, social y cultural, en los términos establecidos en el Título (...) de la presente Ley".

En este nuevo título deben incluirse, a través de las normas correspondientes, los criterios oportunos a fin de modular, condicionar o acaso excluir -en función de la naturaleza de las relaciones en presencia- el juego de algunas de las previsiones de la norma proyectada, especialmente de las relativas a la distribución de la carga de la prueba, la intervención de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y el régimen de infracciones y sanciones. A juicio del Consejo de Estado, la modulación, condicionamiento o exclusión de tales mecanismos debe producirse en aquellas relaciones privadas, entabladas en ámbitos distintos de los enumerados en el artículo 3.1 del anteproyecto de Ley, que no se celebren en circunstancias comparables en una multitud de casos, no vayan precedidas de una previa oferta pública formulada sin atender a las condiciones personales de los destinatarios y versen sobre bienes o servicios de interés exclusivo de las partes y sin trascendencia social o carácter de servicio público. En este tipo de relaciones privadas, y/o personales, al situarse las contratantes en posición de igualdad y no existir un término de comparación válido, no parece justificada la inversión de la carga de la prueba, menos si cabe, la intervención de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y la imposición de sanciones.

Esta opción es la que -en opinión de este Alto Órgano Consultivo- resulta más adecuada tanto para prevenir situaciones de inseguridad jurídica y alta litigiosidad como para evitar el uso torticero de algunos de los mecanismos de defensa y garantía contemplados en la regulación proyectada, que pueden incluso provocar situaciones de desigualdad todo ello en aras de una mayor efectividad de la norma.

VII.- Concepto y formas de discriminación: definiciones legales

El capítulo I del título I define el contenido del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 4) y de las diferentes formas de discriminación (artículos 5 a 11).

A) Contenido genérico del derecho a la igualdad de trato y no discriminación

El anteproyecto de Ley prevé que el derecho a la igualdad de trato y no discriminación "implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos" (artículo 4.1, párrafo primero) y, en consecuencia, prohíbe "toda conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el mismo" (artículo 4.1, párrafo segundo, inciso primero).

Sin embargo, no se considera discriminatoria "la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley derivada de una disposición, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio necesario, adecuado y proporcionado para alcanzarla" (artículo 4.2).

En el ordenamiento europeo, la diferencia de trato objetivamente justificada únicamente excluye la existencia de la denominada "discriminación indirecta" pero no la de la "discriminación directa". Así, diversas normas comunitarias distinguen entre la "discriminación directa", que existirá cuando "una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable", y la "discriminación indirecta", que se produce cuando "una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas (...) en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios" (artículo 2.2 de las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2004/113/CE y 2006/54/CE).

En cambio, el anteproyecto de Ley configura dicha diferencia de trato como una excepción de carácter general para todo tipo de discriminación y no la circunscribe a la "discriminación indirecta" (frente a lo dispuesto, por ejemplo, en el § 3.2 de la Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, que -de conformidad con el ordenamiento comunitario- admite las diferencias de trato únicamente en relación con las situaciones de discriminación indirecta).

En su informe, el Consejo General del Poder Judicial, consciente de que "esta excepción, en la normativa comunitaria que sirve de referencia, se anuda a la discriminación indirecta" y "no se establece con carácter general", ha entendido que "ello no impide que el legislador la establezca en los términos que recoge el anteproyecto, toda vez que así lo ha identificado la jurisprudencia comunitaria al examinar los supuestos de discriminación positiva, singularmente en relación con la maternidad- paternidad y el reconocimiento del permiso de lactancia (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de septiembre de 2010, rec. C-104/2009), o las disposiciones sobre cláusulas de extinción automática de contratos de trabajo por alcanzar la edad de jubilación del trabajador (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de octubre de 2010, rec. C-45/2009)" (pág. 53).

El examen de la jurisprudencia comunitaria no permite, sin embargo, llegar a esta conclusión. Los dos pronunciamientos mencionados en el informe del Consejo General del Poder Judicial se refieren a la "justificación de diferencia de trato por motivos de edad" en el ámbito laboral, que sigue un régimen específico tanto en el ordenamiento comunitario (artículo 6 de la Directiva 2000/78) como en la regulación proyectada (artículo 12.1, párrafo segundo), por lo que de ellos no cabe extraer consideraciones de alcance general en relación con la cuestión planteada, máxime cuando en ambas sentencias ni siquiera se alude a la distinción entre discriminación directa e indirecta.

En realidad, el ordenamiento comunitario distingue, con carácter general y en relación con todos los motivos de discriminación contemplados (sexo, religión o convicciones, origen racial o étnico, discapacidad, orientación sexual o edad) entre discriminación directa e indirecta y admite las diferencias de trato justificadas sólo respecto a la discriminación indirecta, sin perjuicio de que, al margen de esta distinción, se establezcan determinadas previsiones específicas que justifican -bajo determinadas condiciones- las diferencias de trato por motivos de edad y los requisitos profesionales esenciales o determinantes, fundamentalmente.

Con estas premisas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido concluyente -en relación con la discriminación por razón de sexo- al considerar que las diferencias de trato objetivamente justificadas únicamente excluyen las situaciones de "discriminación indirecta": en tal sentido, ha señalado que el ordenamiento comunitario "establece una distinción entre, por un lado, las discriminaciones que se basan directamente en razones de sexo (léase cualquier otro motivo de discriminación) y, por otro, las denominadas "indirectas", en el sentido de que únicamente las disposiciones, criterios o prácticas que puedan constituir discriminaciones indirectas pueden (...) sustraerse a la calificación de discriminación siempre que "puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios". En cambio, no se prevé esa posibilidad para las diferencias de trato que puedan constituir discriminaciones directas" (Sentencia de 18 de noviembre de 2010, Pensionsversicherungsanstalt contra Christine Kleist, asunto C- 356/09).

También en relación con la discriminación por razón de sexo, la jurisprudencia constitucional española, tras admitir que el artículo 14 de la Constitución proscriba la discriminación directa e indirecta, haya anudado las diferencias de trato objetivamente justificadas únicamente a los supuestos de discriminación indirecta: "La prohibición del artículo 14 de la Constitución comprende -según el Tribunal Constitucional- no sólo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo (por todas, Sentencias núms. 13/2001, de 29 de enero, F.J. 8; 253/2004, de 22 de diciembre, F.J. 7; y 69/2007, de 16 de abril, F.J. 3)".

No obstante, debe insistirse en que el ordenamiento comunitario excluye cualquier posible justificación de la discriminación directa tanto por razón de sexo como por los demás motivos de discriminación contemplados por las directivas aprobadas en materia de igualdad de trato y solo la admite en el caso de discriminación indirecta, sin perjuicio de la existencia de previsiones específicas que justifican algunas diferencias de trato por motivos de edad y ciertos requisitos profesionales esenciales o determinantes.

Así pues, el artículo 4.2 del anteproyecto de Ley, al formularse con carácter general y no circunscribir las posibles diferencias de trato a los supuestos de discriminación indirecta, no se adecua con exactitud al Derecho de la Unión Europea. El precepto comentado debería referir las diferencias de trato a la discriminación indirecta -al menos en relación con los motivos de discriminación contemplados a nivel comunitario-, dejando a salvo aquellas previsiones específicas que justifican -bajo ciertos requisitos establecidos por las directivas europeas- las diferencias de trato por motivos de edad y los requisitos profesionales esenciales o determinantes, así como cualesquiera otras que el legislador nacional pueda introducir en relación con motivos de discriminación no contemplados por el ordenamiento comunitario (tal sería el caso, por ejemplo, de la enfermedad).

Por lo demás, debe coordinarse la redacción de los apartados 1 y 2 del artículo 4, pues el primero hace referencia a "toda conducta, acto, criterio o práctica" mientras que el segundo se refiere a "una disposición, acto, criterio o práctica". Sería preferible que en ambos preceptos se hablase de "disposición, conducta, acto, criterio o práctica".

B) Diferentes formas de discriminación

El anteproyecto de Ley considera vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación las siguientes: la discriminación directa e indirecta, la discriminación por asociación y por error, la discriminación múltiple, la denegación de ajustes razonables, el acoso discriminatorio, la inducción, orden o instrucción de discriminar, las represalias y el incumplimiento de las medidas de acción positiva (artículo 4.1 párrafo segundo).

Estas formas de discriminación se encuentran definidas en los artículos 5 a 12 del anteproyecto de Ley. La regulación proyectada suscita las siguientes observaciones:

(i) Las definiciones de discriminación directa e indirecta (artículo 5), acoso discriminatorio (artículo 8), inducción, orden o instrucción de discriminar (artículo 9), represalias (artículo 10) y medidas de acción positiva (artículo 11) se encuentran en el ordenamiento comunitario (artículos 2, 5 y 9 de la Directiva 2000/43/CE; artículos 2, 7 y 11 de la Directiva 2000/78/CE).

Estos conceptos ya fueron introducidos en el Derecho español, en el específico ámbito de la igualdad de género, por la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (artículos 6, 7, 9 y 11), como resultado de la transposición de las normas comunitarias en la materia (artículos 2, 6 y 10 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 1.2 de la Directiva 2002/73/CE -actual artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE-), y ha sido en este marco donde han sido objeto de una profusa aplicación por parte de la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional, especialmente la distinción entre "discriminación directa" (despido de mujer embarazada - Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 92/2008, de 21 de julio-; o perjuicio en las condiciones de trabajo asociada a sucesivas maternidades -

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 182/2005, de 4 de julio-; el embarazo y la maternidad se consideran ex lege supuestos de discriminación directa en el parágrafo 3.1 de la Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) e "indirecta" (trabajadora con turnos rotativos de mañana y tarde que solicitó reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de seis años a realizar en turno de tarde, contestando la empresa que la jornada reducida debía realizarse en turnos rotativos de mañana y tarde -Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 3/2007, de 15 de enero-).

El anteproyecto de Ley define esos mismos conceptos aunque formulándolos con carácter general, para que puedan ser operativos con independencia de que el motivo de discriminación sea el sexo o cualquier otro de los comprendidos en su ámbito de aplicación.

En todo caso, las definiciones contenidas en la regulación proyectada se ajustan a lo dispuesto en el ordenamiento comunitario.

(ii) Los conceptos de discriminación por asociación y por error (artículo 6) y de discriminación múltiple (artículo 7) no se encuentran expresamente definidos como tales en las directivas comunitarias objeto de transposición por el anteproyecto de Ley. Procede, pues, realizar un examen por separado de cada uno de ellos:

? La discriminación por asociación existe "cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley, es objeto de un trato discriminatorio" (artículo 6.1).

Esta forma de discriminación, que no está prevista en el ordenamiento comunitario, ha sido admitida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia de 17 de julio de 2008, caso S. Coleman contra Altridge Law, asunto C-303/06). En el asunto en cuestión, la Sra. Coleman, secretaria de un despacho de abogados, fue víctima de un despido encubierto, al verse obligada a abandonar su puesto de trabajo por el trato recibido, que -a consecuencia de tener a su cargo a un hijo discapacitado- había sido menos favorable que el dispensado a los restantes empleados. El tribunal inglés elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia preguntando, en primer lugar, si la Directiva 2000/78/CE -que es objeto de transposición en el anteproyecto de Ley sometido a consulta- protege frente a la discriminación directa y el acoso únicamente a las personas discapacitadas o también a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a esa persona discapacitada; y, en segundo término, si el hecho de que un empresario trate de manera menos favorable o acose a un trabajador por el solo hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado constituye un supuesto de discriminación directa o acoso prohibido por la Directiva 2000/78/CE. El Tribunal de Justicia declaró:

- En primer lugar, que la prohibición de discriminación establecida en la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse "en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establece no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas", de forma que "cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa".

- En segundo término, que la prohibición de acoso prevista en la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse "en el sentido de que la prohibición de acoso que establece no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas", de forma que "cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso".

Como se ve, la jurisprudencia comunitaria apreció una discriminación por asociación y consideró que esta debía entenderse comprendida dentro de las prohibiciones de "discriminación" y "acoso" contempladas en la Directiva 2000/78/CE. En este mismo sentido, una de las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo -mediante Resolución legislativa de 2 de abril de 2009- en la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual ("Directiva global contra la discriminación"), extiende la prohibición de discriminación y acoso no solo a las personas que sufren estas situaciones sino también a aquellas otras que "están o se presume que están vinculadas con dicha persona".

Ahora bien, sin perjuicio de que la discriminación por asociación pueda y deba considerarse como un supuesto de discriminación o acoso - en los términos de la decisión jurisprudencial mencionada, seguidos por la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008-, no es objetable que el anteproyecto de Ley, por razones de seguridad jurídica, defina la "discriminación por asociación" como categoría independiente y con alcance general, cualquiera que sea el motivo de discriminación en presencia -la discapacidad o cualquier otro-, máxime cuando las directivas aprobadas en la materia son normas de mínimos y, en consecuencia, los Estados miembros pueden adoptar disposiciones más favorables para el principio de igualdad de trato que las previstas en el ordenamiento comunitario.

? La discriminación por error "es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas" (artículo 6.2).

Esta categoría resulta de una traducción más o menos afortunada de la expresión anglosajona "perceived discrimination", que se recoge con el nombre de "discriminación basada en suposiciones" en una enmienda realizada por el Parlamento Europeo -mediante Resolución legislativa de 2 de abril de 2009- a la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008, también conocida como "Directiva global contra la discriminación".

Serían los casos en que se discrimina a una persona creyendo que en ella concurre una condición o circunstancia personal o social de las enumeradas en el artículo 2.1 del anteproyecto de Ley, cuando realmente no es así. ? La discriminación múltiple se produce "cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación" (artículo 7.1). En estos supuestos, "la justificación de la diferencia de trato (...) debe darse en relación con cada uno de sus causas" (artículo 7.2) y "las medidas de acción positiva (...) deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación" (artículo 7.3).

La exposición de motivos del anteproyecto de Ley ha destacado la importancia de "la definición y regulación de la discriminación múltiple y de las medidas de acción positivas adecuadas a este tipo específico de discriminación por su trascendencia para el desarrollo de las políticas de igualdad dirigidas a las mujeres, especialmente vulnerables a este tipo de discriminación cuando al motivo de discriminación por razón de sexo se le añade cualquier otro previsto en la Ley".

El concepto de discriminación múltiple es de origen doctrinal y matriz anglosajona, en estrecha conexión con las peculiaridades propias del sistema norteamericano de protección frente a la discriminación. Concretamente, el título VII de la Civil Rights Act de 1964 permite presentar demandas de discriminación por razón de género o de raza, pero no por ambos motivos conjuntamente. A pesar de que han sido numerosas las críticas doctrinales a esta regulación, son solo algunas -aunque significativas- las decisiones jurisprudenciales que han entrado en el análisis de la discriminación múltiple o interseccional.

El Tribunal Supremo Federal, en el asunto Phillips vs. Martin Marietta (1971), introdujo la teoría de la discriminación "sex-plus" en un supuesto en que una mujer demandó a una empresa que se había negado a contratarla por tener hijos en edad pre-escolar, y a pesar de que el tribunal de instancia rechazó la existencia de una situación de discriminación a la vista de que el 75% de los empleados de la empresa eran mujeres (las cuales, sin embargo, no tenían hijos), el Alto Tribunal entendió que la presencia de mujeres trabajadoras en la empresa no enervaba la discriminación aducida por la demandante, ya que en ella concurría uno de los motivos de discriminación protegidos por las leyes (el sexo) y otro no aludido expresamente (la maternidad). Esta misma idea de la discriminación "sex-plus" fue utilizada por el Tribunal Supremo Federal en el asunto Int'l Union United Auto. Aerospace & Agric. Implement Workers of Am. V. Johnson Controls (1991), en el que se consideró discriminatoria la reserva de puestos de trabajo con un riesgo potencial de exposición al plomo para aquellas mujeres que no tenían la posibilidad de ser madres.

Más relevante ha sido la aplicación del concepto de discriminación múltiple en aras de la protección de las mujeres de raza negra, que realizó por primera vez el Quinto Circuito en el asunto Jefferies v. Harris County Community Action Association (1980), en el que una mujer negra había sido rechazada para un puesto de trabajo al que aspiraba junto a un hombre negro y una mujer blanca, entendiendo el tribunal que "la discriminación contra las mujeres afro-americanas puede existir incluso en ausencia de una discriminación contra hombres negros o mujeres blancas", a resultas de la conjunción de los factores del sexo y la raza. El Tribunal Supremo Federal asumió la doctrina Jefferies en el asunto Olmstead v. Georgia Dep't of Human Res. (1999).

En fechas recientes, el concepto de "discriminación múltiple" se definió en el seno de la Conferencia Mundial de la ONU contra el Racismo celebrada en Sudáfrica en el año 2001, englobando las diferencias de trato por varios motivos de discriminación.

Este fenómeno de la "discriminación múltiple" no ha sido regulado expresamente por el ordenamiento comunitario, aunque existen ya algunas referencias al mismo. Así, el considerando 14 de la Directiva 2000/43/CE señala que la Comunidad, en aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, "máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples". Con posterioridad, a finales de 2007, el Instituto de los Derechos Humanos de Dinamarca, a instancia de la Comisión Europea, publicó un

influyente estudio bajo el título Tackling Multiple Discrimination - Practices, Policies and Laws, en el que, como resultado de una serie de investigaciones y consultas en el ámbito académico y científico, sus autores concluyeron que si se quiere abordar la realidad de la discriminación, es preciso encontrar soluciones viables para combatir el problema de la discriminación múltiple. En esas mismas fechas, la Resolución del Consejo de 5 de diciembre de 2007, relativa a las actividades consecutivas al Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos, reconoció que "el Año Europeo ha puesto de manifiesto las dificultades agravadas que se derivan de la discriminación múltiple". Aunque el concepto de "discriminación múltiple" no se acogió en el texto inicial de la propuesta de Directiva del Consejo, de 2 de julio de 2008, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual ("Directiva global sobre discriminación"), en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, se realizaron dos enmiendas al considerando 13 y al artículo 1 de dicha propuesta de Directiva, en las que se incluye la prohibición de la "discriminación múltiple", y en el mismo sentido se manifestó el Comité Económico y Social, en su dictamen de 18 de septiembre de 2008, y el Comité de las Regiones, en su dictamen de 18 de junio de 2009.

En tales circunstancias, el anteproyecto de Ley se adelanta al ordenamiento comunitario con la recepción del concepto de "discriminación múltiple", aunque, a la vista de los antecedentes reseñados, lo hace de manera acertada, en línea con la Ley general de igualdad de trato alemana, en la que ya se prevé que "si se da una diferencia de trato por varios (...) motivos (...), dicha diferencia de trato sólo podrá justificarse (...) si la justificación abarca todos los motivos por los que se da la diferencia de trato" (§ 4 de la Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz).

(iii) El anteproyecto de Ley enumera la "denegación de ajustes razonables" como una de las formas de discriminación pero no define en que consiste esa conducta.

A la "denegación de ajustes razonables" se hace referencia en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, en los siguientes términos: "A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades".

Por su parte, la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual ("Directiva global contra la discriminación"), incluye expresamente la denegación de ajustes razonables dentro del concepto de discriminación (considerando 12, artículo 2.5), en consonancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En tales circunstancias, la inclusión de la "denegación de ajustes razonables" como una forma de discriminación en el anteproyecto de Ley parece pertinente, si bien se echa en falta una definición de lo que se entienda por ajustes razonables. La Directiva 2000/78/CE y la propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2008 contienen algunos criterios de utilidad para determinar cuando se está en presencia de una denegación de ajustes razonables, aunque no proporcionan una noción precisa de lo que sean tales ajustes. Si lo hace, en cambio, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que entiende por ajustes razonables "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales". En consecuencia, el anteproyecto de Ley debe incluir una definición de "denegación de ajustes razonables" de acuerdo con lo dispuesto en la referida Convención, en relación con la Directiva 2000/78/CE y demás normas comunitarias aplicables.

(iv) Finalmente, en el anteproyecto de Ley se debería dejar constancia expresa de que las definiciones contenidas en los artículos 4 a 12 no pueden servir para integrar el sentido de los tipos del Código Penal en materia de discriminación, o dicho de otro modo, que tales conceptos son aplicables en el ámbito civil, laboral y administrativo (incluso sancionador) pero no en el orden penal.

La regulación proyectada realiza esa precisión únicamente en relación con el concepto de represalias (artículo 10) cuando, en realidad, ninguna de las definiciones contenidas en el capítulo I del título I debe ser relevante a efectos jurídico-penales, dado que dentro del concepto de discriminación previsto en el anteproyecto de Ley -en línea con el ordenamiento comunitario- tienen cabida conductas que, siendo censurables desde el punto de vista civil, laboral o administrativo, no lo son para el Derecho Penal.

VIII.- Contenido del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en ámbitos específicos

El capítulo II del título I regula el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo y la ocupación, en las organizaciones sindicales, empresariales y profesionales, en la educación, en la atención sanitaria, en la prestación de los servicios sociales, en el acceso a la vivienda, en la oferta pública de bienes y servicios, en los establecimientos o espacios abiertos al público y en los medios de comunicación social y publicidad.

A) Empleo y trabajo por cuenta ajena

El anteproyecto de Ley se ocupa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo y trabajo por cuenta ajena en su artículo 12.

La Unión Europea ha regulado la discriminación en el empleo, desde el singular enfoque del género, en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde y deroga cuatro directivas anteriores, a las que en su momento se ha hecho referencia.

Más allá de la perspectiva de género, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, sobre discriminación por origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, incluyen dentro de su ámbito de aplicación "las condiciones de acceso al empleo (...) y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional" (artículo 3.1.a), "el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica" (artículo 3.1.b), y "las condiciones de empleo y trabajo, incluida la experiencia laboral práctica" (artículo 3.1.c).

La incorporación al ordenamiento español de las previsiones de naturaleza laboral contenidas en estas normas comunitarias se realizó fundamentalmente a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y de la disposición adicional decimoprimera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que modificaron el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 4 de marzo, entre otras disposiciones.

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, que fue incorporada al Derecho español por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que modificaron también el Estatuto de los Trabajadores y otras normas laborales.

En este marco, el anteproyecto de Ley contiene las siguientes previsiones:

(i) El artículo 12.1, párrafo primero, establece la prohibición de discriminación en el empleo y trabajo por cuenta ajena. Con ello, la regulación proyectada no hace sino situarse en línea con lo ya dispuesto -a resultados de la transposición del ordenamiento comunitario- tanto en el artículo 3.2.a) del Estatuto de los Trabajadores, que contempla como uno de los derechos básicos de los trabajadores el de "no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español", ni "ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate", como en el artículo 17 del mismo Estatuto, que declara "nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español".

No obstante, el mismo artículo 12.1, en sus párrafos segundo y tercero, deja a salvo, con carácter general, las "diferencias de trato que puedan justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla" (artículo 4.2), y, en particular, las "limitaciones de acceso al trabajo por razón de edad" y las diferencias de trato basadas en la exigencia de un

"requisito profesional esencial y determinante". Estas diferencias de trato en el ámbito laboral, particularmente por motivos de edad -aunque no solo por esta razón-, están contempladas y admitidas por el ordenamiento comunitario (artículo 4 de la Directiva 2000/43/CE; artículos 4 y 6 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 14.2 de la Directiva 2006/54/CE) con los mismos requisitos previstos en la regulación proyectada.

(ii) El artículo 12.2 del anteproyecto de Ley prevé que los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación deberán velar por el principio de igualdad de trato.

Esta previsión no constituye una novedad en el ordenamiento laboral español, habida cuenta de que la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo -tras sus recientes reformas del año 2010 para la incorporación de la Directiva 2008/104/CE-, ya atribuye dicha función a los diferentes agentes de intermediación en el mercado de trabajo. En efecto, según el artículo 22 de dicha Ley, "la intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras entidades colaboradoras de aquéllos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia de funcionamiento de los mismos". Y el artículo 22 bis.1 de la misma Ley dispone que "los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo".

Asimismo, el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores prevé, en su redacción actual -también producto de las modificaciones introducidas en el año 2010 en orden a la transposición de la Directiva 2008/104/CE-, que las agencias de colocación "deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate".

En consecuencia, el artículo 12.2 de la regulación proyectada es coherente con la normativa sectorial aplicable en la materia y ajustado al ordenamiento comunitario.

(iii) El artículo 12.3 del anteproyecto de Ley prevé en su párrafo primero que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá velar por el respeto al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo.

En la actualidad, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ya tiene atribuidas importantes funciones en materia de igualdad de trato en los procedimientos administrativos sancionadores del orden social. Estos procedimientos se inician siempre por acta de la Inspección y en ellos se pueden y deben perseguir la comisión de diferentes infracciones del principio de no discriminación contempladas en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, tras las reformas introducidas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

? Como infracciones en el ámbito de las relaciones laborales individuales y colectivas, se tipifican con carácter grave "no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación" (artículo 7.13); y con carácter muy grave "las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación" (artículo 8.12), "el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo" (artículo 8.13 bis), y "no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos" (artículo 8.17).

? Como infracción de los empresarios, de las agencias de colocación y de los beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general y formación profesional para el empleo, se tipifica con carácter muy grave "solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado" (artículo 16.2).

Con estos antecedentes, el anteproyecto de Ley prevé que, "en el ejercicio de su función de vigilancia y cumplimiento de las normas de orden social", la Inspección de Trabajo y Seguridad Social "incluirá en su plan anual integrado de actuación con carácter de objetivo de alcance general el desarrollo de planes específicos en la materia" (artículo 12.3).

A día de hoy, el vigente Plan Estratégico 2008-2011 de Igualdad de Oportunidades, encomienda a la Inspección de Trabajo un papel fundamental en la consecución del objetivo de fomentar el empleo, la calidad del mismo y la igualdad salarial de las mujeres, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que introdujo -como importante novedad- la posibilidad de conmutar sanciones accesorias por el establecimiento de planes de igualdad.

En definitiva, el artículo 12.3 de la regulación proyectada atribuye acertadamente y con carácter general a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social una función de vigilancia y control de la igualdad de trato en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo que, en buena medida, ya viene desempeñando, especialmente mediante la aplicación del régimen de infracciones y sanciones del orden social.

(iv) El artículo 12.4 del anteproyecto de Ley considera discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo o en las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta.

En realidad, esta previsión no es sino una concreción de la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 12.1 -en relación con el artículo 5- de la norma proyectada, probablemente motivada por el hecho de que las situaciones de discriminación indirecta -en la que bajo una apariencia formal de igualdad existe una lesión de la igualdad de trato- son difíciles de constatar y se prestan a interpretaciones controvertidas, lo cual exige poner un especial énfasis en su detección.

En todo caso, y desde un punto de vista sistemático, la previsión contenida en el artículo 12.4, al no ser sino un reflejo o manifestación particular de la prohibición de discriminación del artículo 12.1, debería ubicarse después de éste.

(v) El artículo 12.5 precisa que la prohibición de discriminación de los apartados 12.1 y 12.4 es aplicable al empleo público, en línea con lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, que ya reconoce el derecho de los empleados públicos "a la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (artículo 14.i).

(vi) La disposición final quinta del anteproyecto de Ley modifica el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, extendiendo a los trabajadores la posibilidad de disfrutar del permiso de lactancia. En su redacción actual, este precepto atribuye el derecho a disfrutar de un permiso de lactancia a la trabajadora por cuenta ajena, con independencia de que pueda ser disfrutado indistintamente por el padre o por la madre. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010 (Pedro Manuel Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT, S. A., asunto C-104/2009) ha considerado que la exclusión de los padres trabajadores del disfrute del permiso de lactancia cuando la madre del niño no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena constituye una diferencia de trato por razón de sexo no justificada, porque tal exclusión "no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social (...), ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que puedan surgir en la vida social", y sí, en cambio, una medida que puede "contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental". La regulación proyectada se adecua a lo dispuesto en este pronunciamiento.

La misma modificación se ha realizado, mutatis mutandis, para el empleo público en el artículo 48.1.f) del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, por virtud de lo establecido en la disposición final sexta del anteproyecto de Ley.

(vii) La disposición final sexta del anteproyecto de Ley modifica el artículo 38.3 del Estatuto de los Trabajadores, permitiendo al trabajador disfrutar sus vacaciones en un período que no coincida con una "incapacidad temporal por cualquiera de las contingencias y situaciones protegidas". En su redacción actual, este precepto admite que el trabajador pueda disfrutar sus vacaciones en un período que no coincida con una "incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o la lactancia natural". La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de septiembre de 2009 (Francisco Vicente Pereda contra Madrid Movilidad, S. A., asunto C-277/08) ha entendido contrarias al ordenamiento comunitario las "disposiciones nacionales o convenios colectivos que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la

empresa en la que está contratado no tiene derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia de que se trate". La regulación proyectada se ajusta a lo dispuesto en este pronunciamiento, recaído en interpretación de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

B) Negociación colectiva

El anteproyecto de Ley regula el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la negociación colectiva en su artículo 13.

Las normas comunitarias y nacionales sobre igualdad de oportunidades en el ámbito laboral mencionadas en el apartado A de este epígrafe son aplicables tanto a las relaciones individuales como colectivas de trabajo, de ahí la referencia expresa que a estas últimas se realiza en la norma proyectada.

En concreto, el anteproyecto de Ley contiene las siguientes disposiciones:

(i) El artículo 13.1 prevé en su párrafo primero que, "sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos", la negociación colectiva no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones "para el acceso al empleo o en las condiciones de trabajo" por los motivos de discriminación legalmente previstos.

Este precepto suscita dos observaciones:

- En primer lugar, la salvedad "sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos" resulta ociosa y, además, podría entenderse contradictoria con la prohibición de discriminación perseguida por la norma.

- En segundo término, la prohibición de discriminación del artículo 13.1 se formula en términos menos amplios que la del artículo 12.1, cuando tanto uno como otro precepto tienen el mismo objeto: el empleo y trabajo por cuenta ajena. En efecto, el artículo 13.1 prohíbe las limitaciones, segregaciones o exclusiones "para el acceso al empleo o en las condiciones de trabajo", mientras que el artículo 12.1 impone dicha prohibición en "el acceso al empleo por cuenta ajena, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del trabajo". Por tanto, la redacción del artículo 13.1 debe coordinarse con la del artículo 12.1 o, cuando menos, aquél tendría que remitirse a éste.

(ii) El artículo 13.1 dispone en su párrafo segundo que los poderes públicos fomentarán el diálogo con los interlocutores sociales, a fin de promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas. Con ello se da cumplimiento a la previsión comunitaria que obliga a los Estados miembros a la adopción, "con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas", de las medidas adecuadas "para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato entre otras vías mediante (...) códigos de conducta (...) y buenas prácticas" (artículo 11.1 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 13.1 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 21.1 de la Directiva 2006/54/CE).

(iii) El artículo 13.2 del anteproyecto de Ley establece que mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación, entre ellas mecanismos de información y evaluación periódica. Esta previsión concuerda con la exigencia comunitaria de que los Estados miembros, "siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales", fomenten entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración en el nivel correspondiente de convenios que establezcan "normas antidiscriminatorias" (artículo 11.2 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 13.2 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 21.2 de la Directiva 2006/54/CE).

(iv) Finalmente, el artículo 13.3 del anteproyecto de Ley encomienda a los representantes de los trabajadores la función de velar por la promoción de la igualdad de trato, lo cual resulta coherente -pese a que las organizaciones empresariales hayan mostrado algún recelo- con el papel que tales representantes ostentan en las relaciones colectivas de trabajo.

C) Trabajo por cuenta propia

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia es objeto del artículo 14 del anteproyecto de Ley.

La Unión Europea se ocupa del trabajo autónomo, desde la concreta perspectiva del género, en la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, que ha sido derogada -aunque con efectos a partir de 5 de agosto de 2012- por la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

Por su parte, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la discriminación por origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, concerniente a la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, incluyen el empleo y, en particular, la "actividad por cuenta propia" dentro de su ámbito de aplicación (artículo 3.1.a).

En España, el trabajo por cuenta propia se encuentra regulado con carácter general en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Los trabajadores autónomos son aquellas "personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena" (artículo 1.1).

El Estatuto distingue entre el régimen profesional común del trabajador autónomo y el régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente, aplicándose este último a "aquellas personas físicas que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales" (artículo 11.1), siempre y cuando cumplan ciertas condiciones, entre otras las de "no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena" (artículo 11.2.a).

El régimen profesional común del trabajador autónomo se establece en el capítulo II del título II del Estatuto (artículos 4 a 10), mientras que el régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente se contempla en el capítulo III del título II del Estatuto (artículos 11 a 18). Además de estas previsiones legales, también constituyen fuente del régimen profesional del trabajador autónomo "los pactos establecidos individualmente mediante contrato entre el trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolle su actividad profesional" (artículo 3.1.c) y, en el caso de los trabajadores autónomos económicos dependientes, los denominados "acuerdos de interés profesional" (artículo 3.2), entendiéndose por tales los acuerdos "concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad" en los que se establezcan "las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación" (artículo 13.1).

El Estatuto dedica dos previsiones, dentro del régimen profesional común de los trabajadores autónomos, a la lucha contra la discriminación:

? El artículo 4.3.a) del Estatuto menciona, entre los derechos individuales que los trabajadores autónomos tienen en el ejercicio de su actividad profesional, el derecho "a la igualdad ante la ley y a no ser discriminados, directa o indirectamente, por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, estado civil, religión, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, uso de alguna de las lenguas oficiales dentro de España o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

? El artículo 6.2 del Estatuto dispone, asimismo, que "los poderes públicos y quienes contraten la actividad profesional de los trabajadores autónomos quedan sometidos a la prohibición de discriminación, tanto directa como indirecta, de dichos trabajadores, por los motivos señalados en el artículo 4.3.a de la presente Ley. La prohibición de discriminación afectará tanto a la libre iniciativa económica y a la contratación, como a las condiciones del ejercicio profesional".

Estas previsiones, al ser comunes, son aplicables al régimen profesional de todos los trabajadores autónomos, incluido los económicamente dependientes. El anteproyecto de Ley reitera la prohibición de discriminación en la "actividad por cuenta propia" -sin realizar distinción alguna entre trabajador autónomo y trabajador autónomo económicamente dependiente y, por tanto, aplicable a ambos- (artículo 14.1) y de manera acertada proyecta el principio de igualdad de trato tanto a los "pactos establecidos individualmente entre el trabajador autónomo y el cliente para el desarrollo de su actividad profesional" (algo que ya cabía inferir del artículo 6.2 del Estatuto) como a los "acuerdos de interés profesional suscritos por los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para la que ejecuten su actividad" (artículos 14.2. y 14.3).

En todo caso, debería ponderarse la conveniencia de reformar -mediante la oportuna disposición adicional- el Estatuto del trabajador autónomo, a fin de introducir las oportunas precisiones en la materia, especialmente en lo relativo a los acuerdos de interés profesional, que tienen gran importancia en el régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

D) Organizaciones sindicales, empresariales y profesionales

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en las organizaciones sindicales, empresariales y profesionales se regula en el artículo 15 del anteproyecto de Ley.

El ordenamiento comunitario exige la aplicación del principio de igualdad de trato en relación con "la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas" (artículo 3.1.d) de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE; artículo 14.1.d) de la Directiva 2006/54/CE).

La regulación proyectada es coherente con la normativa europea en un doble sentido:

? Desde un punto de vista subjetivo, porque dentro de las expresiones "organización de trabajadores o de empresarios" u "organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta" utilizadas por las directivas comunitarias se encuadran sin violencia "las organizaciones sindicales y empresariales, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, los colegios profesionales y cualquier otra organización cuyos miembros ejerzan una función concreta o que se constituya para la defensa de los intereses de un colectivo profesional" mencionadas por el anteproyecto de Ley. ? Y desde un punto de vista objetivo, porque la prohibición de discriminación en "la afiliación y participación" en tales organizaciones, incluidas "las prestaciones concedidas por las mismas", que contemplan las normas comunitarias, se respeta en su debidos términos por el anteproyecto de Ley, por cuanto este impone la aplicación del principio de igualdad de trato "a la adhesión, inscripción o afiliación, la participación y el disfrute de cualquiera de las ventajas que ofrezcan a sus miembros".

En todo caso, el Consejo de Estado entiende que la prohibición de no discriminación ha de alcanzar a la "estructura orgánica y funcionamiento" de dichas organizaciones. Aun cuando la extensión del principio de igualdad de trato a tales ámbitos puede entenderse ya implícita en la referencia que el texto proyectado hace a la "participación", sería preferible incluir una mención expresa a los mismos en el anteproyecto de Ley.

E) Educación

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la educación se regula en el artículo 16 del anteproyecto de Ley.

El sistema educativo español se inspira -según la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación- en "el desarrollo de la igualdad de derechos y oportunidades y el fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres".

La regulación proyectada concreta el principio de igualdad en el ámbito educativo en las tres siguientes previsiones:

? En primer lugar, se dispone que las Administraciones educativas deberán garantizar la ausencia de cualquier forma de discriminación y, en todo caso, en los criterios y prácticas sobre admisión y permanencia en el uso y disfrute de los servicios educativos, "con independencia de la titularidad de los centros que los imparten" (artículo 16.1).

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, en todo caso, el artículo 115 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, reconoce el carácter propio de los centros privados, previendo en su apartado 2 que "la matriculación del alumno supondrá el respeto al carácter propio del centro", siendo así que el carácter propio de los centros podrá justificar - frente a quienes manifiesten no respetarlo- una diferencia de trato no discriminatoria.

Por otra parte, lo dispuesto en este apartado no afecta a la libertad de los Centros Privados no concertados para seguir un modelo de educación diferenciada tal y como se explica a continuación en relación con el artículo 16.2.

? En segundo término, se establece que "en ningún caso los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos a grupos o personas individuales en razón de algunas de las causas establecidas en esta Ley podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública" (artículo 16.2).

En relación con este precepto, y como primera consideración, el Consejo de Estado considera que debe suprimirse la locución "En ningún caso", habida cuenta de que en algunos centros educativos existen diferencias o distinciones en la admisión de alumnos (por ejemplo, colegios de educación especial o para alumnos discapacitados) que se encuentran justificadas en atención a la finalidad perseguida y que, por ello y de acuerdo con el artículo 4.2 del anteproyecto de Ley, no pueden considerarse discriminatorios.

En un orden distinto de consideraciones, la Confederación Española de Centros de Enseñanza se ha opuesto al mantenimiento de la previsión examinada, aduciendo que la enseñanza diferenciada no puede considerarse discriminatoria por razón de sexo. También ha mostrado sus reservas, por razones parecidas, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación durante la tramitación del expediente. A su vez, tanto el Consejo General de Poder Judicial, como el Consejo Fiscal han realizado observaciones orientadas fundamentalmente a garantizar la seguridad jurídica en este aspecto.

En el análisis de esta cuestión, debe partirse de lo dispuesto en las normas internacionales y comunitarias en materia educativa.

La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, hecha en París el 14 de diciembre de 1960 y aceptada por España el 20 de agosto de 1969, dispone en su artículo 2: "En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación (...): a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimiento de enseñanzas separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igualdad calidad y permitan seguir los mismos programas de estudios o programas equivalentes".

A nivel europeo, la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y a su suministro, señala en su considerando 13 que la prohibición de discriminación por razón de sexo "no se aplicará (...) a la enseñanza pública o privada", y añade en el considerando 17 que "el principio de igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios no exige que se ofrezcan en todos los casos prestaciones o instalaciones compartidas para hombres y mujeres, toda vez que no se ofrezcan de manera más favorable a uno de los sexos". Asimismo, el artículo 3.3 prevé que "la presente Directiva no se aplicará (...) a la educación".

Los países europeos de nuestro entorno, al transponer la Directiva 2004/113/CE y por virtud de lo dispuesto en la misma, han excluido la educación del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación por razón de sexo:

? En Inglaterra, la Sex Discrimination Act nº 983 de 2008 incluye la educación entre las materias excluidas (artículo 9, capítulo I).

? En Francia, la Ley nº 2008-496, de 27 de mayo de 2008, tras reconocer el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, señala que este principio "no es obstáculo (...) para la organización de las enseñanzas agrupando los alumnos en función de su sexo" (artículo 2.4).

? En Alemania, la Ley general de igualdad de trato (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) "proporciona protección para el ámbito de la educación en la medida en que se trate de contratos privados" (por ejemplo, en una escuela privada de idiomas), pero no en el caso de la educación oficial, a la que deben aplicarse las leyes de cada uno de los länder (Guía de la Ley general para la igualdad de trato, pág. 36).

? En Italia, el Decreto Legislativo nº 196, de 6 de noviembre de 2007 (artículo 1.1), modificó el Código sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, aprobado por Decreto Legislativo núm. 198, de 11 de abril de 2006, previendo la exclusión de la educación pública y privada del ámbito de aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (artículo 55 ter, apartado 3).

? En Bélgica, el Decreto del Ministerio de la Comunidad Francesa, de 12 de diciembre de 2008, para la lucha contra ciertas formas de discriminación, admite que una distinción en el acceso de la enseñanza por razón de sexo no constituye discriminación si está objetivamente justificada en una finalidad legítima y los medios de alcanzar dicha finalidad son apropiados y necesarios (artículo 19).

? En Portugal, la Ley nº 14/2008, de 12 de marzo, excluye el "sector de la educación" (artículo 2.2.c) de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

A la vista de esta exposición de las principales normas internacionales, comunitarias y nacionales en la materia, cabe extraer las dos siguientes conclusiones:

? La primera es que la educación diferenciada, como modelo pedagógico, no puede considerarse -a la vista de las normas mencionadas- un supuesto de discriminación por razón de sexo.

? La segunda es que la admisión de la educación diferenciada constituye una decisión de política educativa que corresponde a cada Estado en la que el legislador debe atender a su propio ordenamiento constitucional y a los convenios y tratados internacionales ratificados por el mismo. A este respecto, la expresión "en el caso de que el Estado la admita", utilizada por la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, es suficientemente significativa de la libertad del legislador estatal en la configuración del sistema educativo. Del mismo modo, las normas comunitarias, que -como la referida Convención- no reputan discriminatoria ni prohíben la educación diferenciada, tampoco la imponen, remitiendo las cuestiones a los ordenamientos nacionales.

En este marco, el artículo 84 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, ubicado dentro del capítulo III del título II ("Escolarización en centros públicos y privados concertados"), establece los criterios de admisión de alumnos, previendo en su apartado 3 que "en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

El artículo 16.2 del anteproyecto de Ley sometido a consulta dispone que "en ningún caso" podrán acogerse "a cualquier forma de financiación pública" aquellos centros privados "que excluyan del ingreso en los mismos" a personas o grupos de personas por razón de algunas de las causas establecidas en la propia norma, lo cual significa -en lo que ahora importa- que solo aquellos centros que admitan a alumnos de ambos sexos podrán optar por el régimen de concierto.

En la medida en que la norma sometida a consulta ostenta rango de ley, procede realizar algunas consideraciones -a la luz de la norma fundamental- sobre la decisión de condicionar el acceso a la financiación pública a la admisión de cualesquiera alumnos con independencia de su sexo.

En relación con esta cuestión, debe comenzarse recordando que el artículo 27.9 de la Constitución prevé que "los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca". El Tribunal Constitucional ha señalado que "el citado art. 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública", ya que "ésta, materializada en la técnica subvencional o de otro modo, habrá de ser dispuesta por la Ley". Ahora bien -añade el Tribunal-, "el que en el art. 27.9 no se enuncie como tal un derecho fundamental a la prestación pública y el que, consiguientemente, haya de ser sólo en la ley donde se articulen sus condiciones y límites, no significa obviamente que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo", pues, "la Ley que reclama el art. 27.9 no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá asimismo configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad" (Sentencias núms. 188/2001, de 20 de septiembre, F.J. 5; y 86/1985, de 10 de julio, F.J. 3).

En el presente caso, no se aprecia que la regulación proyectada vulnere el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban una "formación religiosa y moral" acorde con sus propias convicciones (artículo 27.3 de la Constitución). El Tribunal Constitucional, interpretando este precepto constitucional "de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" (art. 10.2 de la Constitución), ha señalado, en su reciente Sentencia núm. 133/2010, de 2 de diciembre, que "el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, ni siquiera prima facie, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza" determinado (F.J. 5º, en relación con el denominado "homeschooling"), aclarándose, a este respecto, que, aun cuando el artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el "derecho de los padres a garantizar la educación, la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas", esta última precisión "debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico", puesto que la referida Carta "se inspira "tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH", sin que la referencia a las convicciones pedagógicas se encuentre entre las ampliaciones de este último precepto reconocidas en las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, y que, conforme establece la propia Carta en el preámbulo y en su art. 52.7, han de servir a una interpretación genérica de los derechos por ella reconocidos" (F.J. 6.d). A la vista de esta jurisprudencia constitucional, y como quiera que el criterio de admisión de alumnos en función de su sexo responde a un modelo pedagógico que no puede encuadrarse dentro de convicciones de naturaleza religiosa o moral ni deducirse directamente de ellas (en las alegaciones presentadas a este Consejo se esgrimen razones exclusivamente pedagógicas), cabe entender que el artículo 16.2 del anteproyecto de Ley no lesiona el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban una "formación religiosa y moral" acorde con sus propias convicciones, máxime cuando el modelo de educación diferenciada -a diferencia de la opción educativa que fue objeto del referido pronunciamiento jurisprudencial- podrá ponerse en práctica, como de hecho viene sucediendo en la actualidad, en los centros privados no concertados.

El artículo 16.2 del anteproyecto de Ley tampoco vulnera la libertad de educación ni la libertad de creación de centros docentes reconocidas por los artículos 27.1 y 6 de la Constitución, ya que, al margen de la financiación pública, el modelo de educación diferenciada puede seguirse aplicando.

En todo caso, el Consejo de Estado considera que la previsión contemplada en el artículo 16.2 del anteproyecto de Ley debe comportar la modificación del régimen de conciertos previsto en los artículos 116 y siguientes de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, a través del procedimiento previsto en el artículo 81 de la Constitución para las leyes orgánicas.

En consecuencia, la exigencia de que los centros privados concertados para recibir financiación pública tengan que admitir a alumnos de ambos sexos debe contemplarse como un requisito más del régimen de conciertos educativos, lo cual exige la reforma -a través de un proyecto de Ley Orgánica- de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en los términos indicados. Esta observación tiene el carácter de esencial.

? Por último, la regulación proyectada establece que las Administraciones educativas mantendrán la debida atención al alumnado que presente "necesidades específicas de apoyo educativo o porcentajes más elevados de absentismo o abandono escolar" (artículo 16.3).

El alumnado con necesidad específica de apoyo educativo ya es objeto de una especial atención en el capítulo I del título II de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (artículos 71 a 79), por lo que la regulación proyectada no introduce en este punto ninguna novedad sustancial.

F) Atención sanitaria

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria se regula en el artículo 17 del anteproyecto de Ley.

En la actualidad, algunas de las más importantes normas legales en materia sanitaria ya reconocen la igualdad como uno de los principios que deben observarse en el acceso al sistema sanitario:

? Por una parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su redacción originaria, disponía en su artículo 3.2, párrafo segundo, que "el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva", y reconocía en su artículo 10.1 el derecho de todo paciente "al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical", previsiones ambas que se encuentran vigentes.

Con posterioridad, la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, modificó diversos preceptos de la Ley General de Sanidad, a fin de que en la atención sanitaria se tuviera en especial consideración la perspectiva de género. En particular, la nueva redacción del artículo 3.4 de la Ley General de Sanidad, producto de esa reforma, prevé que "las políticas, estrategias y programas de salud integrarán activamente en sus objetivos y actuaciones el principio de igualdad entre mujeres y hombres, evitando que, por sus diferencias físicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre ellos en los objetivos y actuaciones sanitarias". ? Por otra parte, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, consagra en su artículo 2.a) como uno de los principios inspiradores de su regulación, "la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad", previsión a la que la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha añadido el inciso final "evitando especialmente toda discriminación entre mujeres y hombres en las actuaciones sanitarias". Asimismo, el artículo 23 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud reconoce que "todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta Ley en condiciones de igualdad efectiva".

En el marco de estos antecedentes, el anteproyecto de Ley, sin excederse del ámbito de la competencia estatal básica (artículo 149.1.16ª de la Constitución) y respetando las competencias autonómicas en materia sanitaria, profundiza en la realización del principio de igualdad en el acceso a los servicios y prestaciones sanitarias, en términos coherentes con el objeto y ámbito de aplicación de la regulación proyectada.

G) Servicios sociales

Las Comunidades Autónomas han asumido estatutariamente competencias exclusivas en materia de "asistencia social", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 148.1.20ª de la Constitución.

No obstante, el Estado, a través del título competencial previsto en el artículo 149.1.1ª de la norma fundamental, puede establecer algunas previsiones destinadas a garantizar el acceso a los servicios en condiciones de igualdad, y así lo ha hecho el anteproyecto de Ley cuando en su artículo 18 impone a las Administraciones públicas el deber de garantizar que en la prestación de servicios sociales no se produzcan situaciones discriminatorias y prevé que los planes y programas sobre servicios sociales habrán de procurar la atención prioritaria de los grupos especialmente vulnerables.

En realidad, las leyes autonómicas en materia de servicios sociales -a excepción de la extremeña (Ley 5/1987, de 23 de abril)- ya contemplan la igualdad de trato como uno de sus principios rectores de actuación:

? En Andalucía se reconoce el derecho de "todos los ciudadanos" a recibir la debida atención por parte de los servicios sociales, "sin discriminación alguna por razón de sexo, estado, raza, edad, ideología o creencia" (artículo 2.3 de la Ley 2/1988, de 4 de abril).

? En Aragón, "los poderes públicos deberán garantizar el acceso a las prestaciones y servicios del sistema público de servicios sociales en el conjunto del territorio de la Comunidad Autónoma, todo ello sin discriminación asociada a condiciones de índole personal o social, sin perjuicio de la aplicación de medidas de acción positiva para favorecer la igualdad de oportunidades y de trato, así como la accesibilidad universal y el diseño para todas las personas" (artículo 5.c) de la Ley 5/2009, de 30 de junio).

? En Asturias, "todos las ciudadanas y ciudadanos tienen derecho a las prestaciones del sistema público de servicios sociales sin discriminación por razones de raza, sexo, orientación sexual, estado civil, edad, discapacidad, ideología o creencia, debiendo atenderse a las necesidades sociales de una forma integral"; asimismo, "los poderes públicos deberán adoptar medidas de acción afirmativa y políticas de igualdad de oportunidades y de trato para la prevención y superación de las discriminaciones existentes en el seno de la sociedad" (artículo 5.c) de la Ley 1/2003, de 24 de febrero).

? En Baleares, uno de los objetivos de la actuación de los poderes públicos en materia de servicios sociales es el de "favorecer la igualdad efectiva de las personas, eliminando discriminaciones por razón de sexo o de discapacidad o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social arbitraria", y a tal fin se debe garantizar "a todo el mundo el derecho de acceso a los servicios sociales y el uso efectivo en condiciones de igualdad" (artículos 3.i) y 4.b) de la Ley 4/2009, de 11 de junio).

? En Canarias se contempla, como una de las principales áreas de influencia del sistema de servicios sociales, "la promoción de actuaciones que permitan la prevención y eliminación de cualquier forma de discriminación por razón de raza, sexo o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (artículo 4.2.g) de la Ley 9/1987, de 28 de abril).

? En Cantabria se reconoce el "derecho a acceder al sistema de servicios sociales, sin discriminación por razón de edad, lugar de nacimiento, etnia, sexo, orientación sexual, estado civil, situación familiar, enfermedad, discapacidad física, intelectual o sensorial, religión, ideología, opinión o cualquiera otra circunstancia personal o social", lo cual "será compatible con el principio de acción positiva" (artículos 5.c) y 10.1.d) de la Ley 2/2007, de 27 de marzo).

? En Castilla y León, "el acceso y utilización de los servicios sociales se producirá sin discriminación por cualquier condición o circunstancia que no constituya requisito para aquéllos, lo que será compatible con la discriminación positiva cuando por medio de ella se coadyuve a la superación de situaciones de desventaja inicial y a la consecución de la igualdad real, se promueva la distribución equitativa de los recursos y se facilite la integración social" (artículo 7.b) de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre).

? En Castilla-La Mancha, "las Administraciones públicas deberán garantizar el acceso al Sistema Público de Servicios Sociales sin discriminación asociada a condiciones de índole personal o social, sin perjuicio de la aplicación de medidas de acción positiva para favorecer la igualdad de oportunidades y la accesibilidad universal" (artículo 6.1.d) de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre).

? En Cataluña, uno de los objetivos de la actuación de los poderes públicos en materia de servicios sociales ha de ser "favorecer la igualdad efectiva de las personas, eliminando discriminaciones por razón de género o de discapacidad o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social arbitraria", y a tal objeto "debe poder accederse a los servicios sociales y deben poder utilizarse sin ningún tipo de discriminación arbitraria por razón de las circunstancias personales, de género, sociales o territoriales", lo cual se declara "compatible con una discriminación positiva si esta se justifica en una investigación de la igualdad real y facilita la integración social" (artículos 4.e) y 5.b) de la Ley 12/2007, de 11 de octubre).

? En Galicia, "toda la ciudadanía gallega tendrá derecho a los servicios sociales sin que en ningún caso se pueda producir discriminación por razones de raza, sexo, orientación sexual, estado civil, edad, discapacidad, ideología, creencia o cualquier otra circunstancia de carácter social o personal"; no obstante, "los poderes públicos de Galicia integrarán en sus criterios de planificación y actuación la perspectiva de género y de acción positiva y podrán adoptar, en consecuencia, medidas que refuercen la posición de los sectores que sufren discriminación en orden a la consecución de una efectiva igualdad de oportunidades" (artículo 4.d) de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre).

? En La Rioja, las Administraciones públicas deberán "garantizar el acceso a los servicios y prestaciones", "sin discriminación alguna asociada a condiciones personales o sociales", lo cual se cohesiona con "la aplicación de medidas de acción positiva y de igualdad de oportunidades y de trato"; asimismo, se reconoce el "derecho de acceso universal al Sistema Público Riojano de Servicios Sociales, sin discriminación por razón de edad, etnia, sexo, estado civil, discapacidad física, intelectual o sensorial, religión, ideología, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social" y el "derecho a la igualdad de oportunidades" (artículos 7.d) y 8.a) y b) de la Ley 7/2009, de 22 de diciembre).

? En Madrid se contempla el "derecho a acceder y utilizar los servicios sociales sin discriminación por motivos de raza, sexo, discapacidad, orientación sexual, estado civil, edad, ideología, creencia o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", que "será compatible con una discriminación positiva, que coadyuve en la superación de las desventajas de una situación inicial de desigualdad y facilite la integración social" (artículo 3.c) de la Ley 22/2003, de 27 de marzo).

? En Murcia se garantiza "el acceso de los ciudadanos a los servicios sociales en condiciones de igualdad" (artículo 5.1.b) de la Ley 3/2003, de 10 de abril).

? En Navarra se reconoce el "derecho a acceder a los servicios sociales en condiciones de igualdad sin discriminación por razón de lugar de nacimiento, idioma, etnia, sexo, orientación sexual, estado civil, situación familiar, edad, discapacidad, religión, ideología, opinión o cualquier otra condición personal o social" (artículo 6.a) de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre).

? En el País Vasco, "las Administraciones públicas (...) garantizarán el acceso a (...) prestaciones y servicios (...) sin discriminación alguna asociada a condiciones personales o sociales, y sin perjuicio de la aplicación de medidas de acción positiva y de igualdad de oportunidades y de trato, e integrando en sus actuaciones la perspectiva de la igualdad de sexos y de diversidad sexual, así como las perspectivas intergeneracional e intercultural"; igualmente, se reconoce el "derecho a acceder a los servicios sociales en condiciones de igualdad" (artículos 7.c) y 9.1.a) de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre).

? En la Comunidad Valenciana se garantiza "una protección a todos los ciudadanos y ciudadanas sin discriminación de ninguna clase" (artículo 4.d) de la Ley 5/1997, de 25 de junio).

En consecuencia, el anteproyecto de Ley reconoce un principio -el de igualdad de trato en el acceso a los servicios sociales- que ya estaba recogido en la práctica totalidad de las leyes autonómicas aprobadas en la materia, si bien ahora se proyecta su eficacia -y esta es la novedad- con el alcance integral que es característico de la regulación proyectada.

H) Oferta pública de bienes y servicios, incluida la vivienda

El anteproyecto de Ley regula el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda y en la oferta pública de bienes y servicios en los artículos 19 y 20.

El ordenamiento europeo proyecta el principio de igualdad de trato "el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda" (artículo 3.1.h) de la Directiva 2000/43/CE; en términos similares, artículo 3.1.d) de la propuesta de Directiva).

Como, de acuerdo con las directivas comunitarias, la relación entre la regulación del principio de igualdad de trato en la oferta pública de bienes y servicios, de una parte, y en el acceso a la vivienda, de otra, es una relación de género a especie, debería invertirse el orden en que ambos preceptos se ubican en el texto legal:

(i) Oferta pública de bienes y servicios. El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la oferta pública de bienes y servicios se regula en el artículo 20, que debería pasar a ser el artículo 19.

A este respecto, la regulación proyectada contiene dos previsiones que traen causa del ordenamiento comunitario:

? Por una parte, el artículo 20.1 del anteproyecto de Ley prevé en su párrafo primero que las entidades, empresas o particulares que ofrezcan al público bienes y servicios, en el marco de una actividad comercial o profesional, no podrán discriminar en su acceso a los mismos.

La normativa comunitaria proyecta el principio de igualdad de trato en "el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos" (artículo 3.1.h) de la Directiva 2000/43/CE) y "a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público (...), y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada o familiar" (artículo 3.1 de la Directiva 2004/113/CE; en términos similares, artículo 3.1.d) de la propuesta de la denominada "Directiva global contra la discriminación").

La prohibición de discriminación opera, pues, cuando concurren dos requisitos: primero, que exista una "oferta pública de bienes y servicios", es decir, que se realice una oferta con carácter abstracto y general sin tener en cuenta las condiciones personales de los destinatarios; segundo, que dicha oferta se realice en el marco de una "actividad comercial o profesional", al margen de la vida privada o familiar y con el carácter habitual o recurrente que caracteriza a tales actividades.

En estos términos, la regulación proyectada se ajusta a lo dispuesto en el ordenamiento comunitario, sin perjuicio de que los conceptos de "oferta pública de bienes y servicios" y de "actividad comercial o profesional" pudieran ser objeto de una mayor precisión en aras de la seguridad jurídica, utilizando algunos de los criterios que ya han sido expuestos al analizar el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

Sin perjuicio de lo dicho, el artículo 20.1 del anteproyecto de Ley admite en su párrafo segundo la existencia de organizaciones, actividades o servicios destinados exclusivamente a la promoción de grupos identificados por razón de algunas de las causas previstas en el artículo 2.1 del anteproyecto, precisamente porque en tales casos no existe en puridad una oferta pública de bienes y servicios, realizada con abstracción de las condiciones personales de los destinatarios, sino una oferta dirigida a un grupo concreto de personas con características definidas que, en cuanto tal, no constituye término válido de comparación -requisito este indispensable en cualquier juicio de igualdad-respecto de otros grupos.

? Por otra parte, el artículo 20.2 del anteproyecto de Ley prohíbe la exclusión de la concertación de contratos de seguros o el establecimiento de diferencias de trato en los mismos por razón de algunas de las causas de discriminación prohibidas, salvo cuando "resulten proporcionadas a la finalidad del seguro y a las condiciones objetivas de los solicitantes".

Esta previsión legal tiene una importancia singular en el ámbito de la igualdad de género, donde el recurso a factores actuariales basados en el sexo está generalizado en el sector de los seguros y otros servicios financieros afines. Por ello, el artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE dispone que, a fin de garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres, la utilización del sexo no deberá dar lugar a diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales. Este precepto comunitario fue incorporado al ordenamiento español por el artículo 71.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en su párrafo primero "prohíbe la celebración de contratos de seguros o de servicios financieros afines en los que, al considerar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas", aunque admitiendo en su párrafo segundo que reglamentariamente puedan fijarse los supuestos en que sean admisibles "diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables".

La excepción contemplada en el párrafo segundo del artículo 71.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, se amparó en el artículo 5.2 de la Directiva 2004/113/CE, que permitía a los Estados autorizar tales diferencias antes del 21 de diciembre de 2007. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en una reciente Sentencia de 1 de marzo de 2011 (Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt y Charles Basselier contra Conseil des ministres, asunto C-236/09) ha invalidado este precepto comunitario, con efectos a partir de 21 de diciembre de 2012, por considerarlo contrario al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. En consecuencia, el anteproyecto de Ley debería adecuar el artículo 71 de la Ley Orgánica 3/2007 -que no tiene carácter orgánico- a dicha decisión jurisprudencial, dándole nueva redacción, mediante la correspondiente disposición adicional, en los siguientes o similares términos: "En ningún caso y bajo ninguna justificación el sexo podrá constituir un factor que determine diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas". Sin perjuicio de la modificación del artículo 71 de la Ley Orgánica 3/2007, debe incluirse idéntica previsión en el artículo 20.2 del anteproyecto de Ley, al objeto de que no haya dudas de que en el ámbito asegurador no pueden existir diferencias de trato por razón de sexo.

Esto sabido, conviene notar que el artículo 20.2 del anteproyecto de Ley prohíbe con carácter general la exclusión de la concertación de contratos de seguros y el establecimiento de diferencias de trato en los mismos por cualesquiera de los motivos de discriminación prohibidos y no exclusivamente -como el artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE y el artículo 71 de la Ley Orgánica 3/2007- por razón de género. Una previsión de este alcance ya se encuentra en la Ley general de igualdad de trato alemana, que considera ilícita "toda discriminación por motivos de raza u origen étnico, sexo, religión, discapacidad, edad, o identidad sexual cuando se fundamenten, establezcan o extingan relaciones obligatorias que tengan por objeto un seguro privado" (§19.1 de la Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz).

En cualquier caso, alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 2.1 del anteproyecto de Ley -piénsese, por ejemplo, en la enfermedad o la incapacidad en relación con el seguro de vida- pueden justificar lícitamente que aquellas personas en quienes concurren deban soportar diferencias de trato. Así se infiere, por lo demás, de la expresión "salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro y a las condiciones objetivas de los solicitantes" utilizada en el artículo 20.2 in fine del anteproyecto de Ley, salvadad que, sin embargo, debería reformularse gramaticalmente para que no exista duda de que en tales casos resulta admisible tanto la exclusión de la contratación como las diferencias de trato.

(ii) Vivienda. El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda se regula en el artículo 19 del anteproyecto de Ley, que debería pasar a ser el artículo 20.

El texto proyectado prohíbe la discriminación en la compra o arrendamiento de vivienda, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

? En primer lugar, que se trate de una operación realizada por "prestadores de servicios de venta, arrendamiento o intermediación", es decir, en el marco de una actividad profesional o comercial y con el carácter habitual o recurrente que le es propio, quedando excluidas las transacciones realizadas en la vida privada o familiar, en los términos previstos por el ordenamiento comunitario (artículo 3.1 de la Directiva 2004/113/CE; en términos similares, artículo 3.1.d) de la propuesta de la denominada "Directiva global contra la discriminación").

? En segundo término, que se rehúe una oferta de compra o arrendamiento que venga precedida de una "oferta pública de venta o arrendamiento" -realizada, por lo tanto, sin atención a la condición personal de los destinatarios-, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa europea (artículo 3.1.h) de la Directiva 2000/43/CE; artículo 3.1 de la Directiva 2004/113/CE; en términos similares, artículo 3.1.d) de la propuesta de Directiva global sobre discriminación); o que se discrimine en los términos o condiciones del arrendamiento, lo cual solo podrá apreciarse -y así debería precisarlo la regulación proyectada, a juicio de este Consejo de Estado- si, en relación con vivienda de idénticas o muy similares características, se han pactado condiciones diferentes en razón de alguno de los motivos de discriminación prohibidos.

Así pues, cuando se formule una oferta pública de venta o arrendamiento, los prestadores de servicios de venta, arrendamiento o intermediación deben seguir las instrucciones y condiciones impuestas en el mandato recibido de su cliente, salvo cuando éstas atenten de forma expresa y clara a alguna de los motivos de discriminación contempladas en la Ley.

Nuevamente cabe observar que algunos de los criterios expuestos al estudiar el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley pueden resultar útiles para concretar los términos de este respecto, a fin de hacer compatible el principio de igualdad de trato con la autonomía de la voluntad negocial.

I) Establecimientos o espacios abiertos al público

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en establecimientos o espacios abiertos al público es objeto del artículo 21 del anteproyecto de Ley.

En la actualidad, el derecho de admisión se encuentra regulado a nivel autonómico, bien en normas de carácter general sobre "espectáculos públicos" o "consumo" bien en otras específicas sobre "juegos y apuestas" o "turismo" fundamentalmente, dado que en unas y otras materias las Comunidades Autónomas han asumido estatutariamente competencias, sin perjuicio de las normas preconstitucionales estatales que ostentan en este ámbito una virtualidad meramente supletoria.

No obstante, el Estado, a través del título competencial previsto en el artículo 149.1.1ª de la norma fundamental, puede establecer algunas previsiones destinadas a garantizar el acceso a establecimientos o espacios abiertos al público en condiciones de igualdad, y así lo ha hecho el anteproyecto de Ley cuando en su artículo 21 excluye que el derecho de admisión pueda ejercerse lícitamente con base en alguno de los motivos de discriminación prohibidos.

El Tribunal Constitucional, en la única ocasión en que se ha pronunciado sobre este particular, desestimó el recurso de amparo de una persona a quien le había sido denegado el acceso a un casino por razones posteriormente avaladas en un informe policial, argumentando que "la prohibición de acceso de que aquí se trata es una decisión adoptada por terceros particulares sobre la base de suposiciones fundadas, de la que no cabe decir que por sí misma vulnere el principio de igualdad, ya que constituye una actividad protectora de los intereses de la propia entidad privada" (Sentencia núm. 73/1985, de 14 de junio, F.J. 3).

Es claro, sin embargo, que la denegación de acceso a un establecimiento o espacio abierto al público, por más que se trate de una decisión adoptada en las relaciones entre particulares, no podrá fundarse en alguno de los motivos de discriminación expresamente mencionados por el artículo 14 de la Constitución o que puedan incluirse dentro de la cláusula genérica "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", y así lo vienen entendiendo la mayor parte de las Comunidades Autónomas, que han aprobado cláusulas generales antidiscriminatorias en relación con el derecho de admisión:

? En Andalucía, las condiciones objetivas de admisión "en ningún caso podrán ser contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución Española, suponer un trato discriminatorio o arbitrario para los usuarios, o colocarlos en situaciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo con otros asistentes o espectadores" (artículo 7.2 de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre; artículo 6 del Decreto 10/2003, de 28 de enero).

? En Aragón, "el ejercicio del derecho de admisión no podrá implicar ningún tipo de discriminación" (artículo 26.6 de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre).

? En Asturias, "el ejercicio del derecho de admisión no podrá utilizarse para restringir el acceso de manera arbitraria o discriminatoria, ni para situar al usuario en condiciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo" (artículo 19.2 de la Ley 8/2002, de 21 de octubre).

? En Castilla y León, "el ejercicio del derecho de admisión no podrá realizarse de forma contraria a los derechos reconocidos en la Constitución y, en particular, no podrá implicar un trato vejatorio, arbitrario o discriminatorio" (artículo 21.4 de la Ley 7/2006, de 2 de octubre; en este mismo sentido, el artículo 2.2 del Decreto 50/2010, de 18 de noviembre).

? En Castilla-La Mancha, "los titulares de los establecimientos destinados a la realización de espectáculos públicos y actividades recreativas podrán establecer condiciones objetivas de admisión que, en ningún caso, deberán ser contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución Española y las leyes, implicar algún tipo de discriminación o situar al usuario en condiciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo" (artículo 29.1 de la Ley 7/2011, de 21 de marzo).

? En Cataluña, "el ejercicio del derecho de admisión no puede conllevar, en ningún caso, discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, discapacidad, orientación sexual, identidad de género o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de los usuarios de los establecimientos y los espacios abiertos al público, tanto en lo relativo a las condiciones de acceso como a la permanencia en los establecimientos y al uso y goce de los servicios que se prestan en ellos" (artículo 10 de la Ley 11/2009, de 6 de julio).

? En La Rioja, el ejercicio del derecho de admisión "no podrá implicar ningún tipo de discriminación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, quedando excluida cualquier aplicación arbitraria o vejatoria que sitúe al público o usuario en condiciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo" (artículo 20.3 de la Ley 4/2000, de 5 de octubre).

? En Madrid, el derecho de admisión "no podrá utilizarse para restringir el acceso de manera arbitraria o discriminatoria, ni situar al usuario en condiciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo" (artículo 24.2 de la Ley 17/1997, de 4 de julio; en este mismo sentido, artículo 50.2 del Decreto 112/2010, de 31 de agosto).

? En Murcia, el derecho de admisión "será ejercido con respeto a la dignidad de las personas y a sus derechos fundamentales, sin que en ningún caso pueda producirse discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de los usuarios, tanto en lo relativo a las condiciones de acceso como a la permanencia en los establecimientos y al uso y goce de los servicios que se prestan en ellos" (artículo 5 de la Ley 2/2011, de 2 de marzo).

? En Navarra, "en los establecimientos abiertos al público en los que se reserve el derecho de admisión, se deberán publicitar mediante un cartel visible en la entrada a dicho establecimiento las condiciones establecidas para ejercitar el mismo, que no podrán ser indeterminadas, discriminatorias, arbitrarias o incongruentes con la naturaleza y actividad del establecimiento" (artículo 14.1 de la Ley Foral 7/2006, de 20 de junio).

? En el País Vasco, el derecho de admisión "se ejercerá (...) de conformidad, en todo caso, con el principio de no discriminación, quedando excluida igualmente cualquier aplicación arbitraria o vejatoria" (artículo 21.1.d) de la Ley 4/1995, de 10 de noviembre).

? En la Comunidad Valenciana, el derecho de admisión se ejercerá "con respeto a la dignidad de las personas, sus derechos fundamentales y libertades públicas, sin que en ningún caso pueda producirse discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social" (artículo 130 del Decreto 52/2010, de 26 de marzo).

No obstante, como quiera que existen cinco Comunidades Autónomas (Baleares, Canarias, Cantabria, Extremadura y Galicia) que carecen de una previsión general que prohíba el ejercicio del derecho de admisión con base en motivos discriminatorios, y dado que el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, y aplicable a título supletorio, tampoco la contiene, se encuentra justificado que el artículo 21 del anteproyecto de Ley consagre el principio de no discriminación en este ámbito.

Por último, cabe destacar que el apartado 3 de este precepto impone a los establecimientos y locales y a los organizadores de espectáculos el deber de comunicar a las Administraciones públicas competentes los criterios y limitaciones aplicables en el ejercicio del derecho de admisión, que -conviene recordarlo- deben ser siempre objetivos y razonables. En sus términos actuales, esta previsión es difícilmente coherente con las leyes autonómicas en materia de espectáculos públicos, que en muchos casos someten a autorización administrativa la imposición de criterios o condiciones específicas de admisión. En consecuencia, debería añadirse al final del precepto la expresión "(...) que, en su caso, deberán autorizarlos cuando así lo disponga su legislación propia" o cualquier otra de alcance similar.

J) Medios de comunicación social y publicidad

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en los medios de comunicación social y la publicidad se regula en el artículo 22 del anteproyecto de Ley:

? Por una parte, se prevé que los medios de comunicación social respetarán la igualdad de trato en el tratamiento de la información, en sus contenidos y su programación (artículo 22.1) y que, a tal fin, las Administraciones promoverán la adopción de acuerdos de autorregulación por parte de los medios de comunicación social (artículo 22.2).

El respeto a la igualdad de trato en los medios de comunicación social es uno de los objetivos de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en la que se dispone que "la comunicación audiovisual nunca podrá incitar al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social y debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres" (artículo 4.2); que "las comunicaciones comerciales no deben incitar conductas que favorezcan la desigualdad entre hombres y mujeres" (artículo 7.3.e); y que "los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a la participación en la vida política y social y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, la pluralidad y los valores democráticos" (artículo 22.1).

La norma proyectada se sitúa, pues, en la senda marcada por esta Ley, estableciendo una genérica prohibición frente a cualquier forma de discriminación en los medios de comunicación social.

? Por otra parte, se considera publicidad ilícita "la comunicación publicitaria comercial o institucional que contenga elementos de discriminación por razón de las causas previstas en esta Ley" (artículo 22.3).

El artículo 4.1.c) de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, prohíbe la promoción o contratación de campañas institucionales de publicidad y comunicación que "incluyan mensajes discriminatorios, sexistas o contrarios a los principios, valores y derechos constitucionales".

Por su parte, el artículo 18.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, prohíbe "toda comunicación comercial que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual", así como "toda publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio".

Y, tras la reforma operada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, el artículo 3.a) de la Ley General de Publicidad considera ilícita: "La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4", entendiéndose incluidos en este supuesto "los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género".

En este contexto, el artículo 22.3 del anteproyecto de Ley no hace sino condensar lo que ya se establece en las tres mencionadas normas, aunque extendiéndolo a cualquier forma de discriminación, en consonancia con el carácter integral de la regulación proyectada.

IX.- Garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación

El capítulo I del título II contiene una serie de medidas de diversa naturaleza para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación:

? En el ámbito sustantivo, se prevé la obligación de adoptar medidas de protección frente a la discriminación y se declara la responsabilidad en caso de incumplimiento de tal obligación (artículo 23); se sanciona con la nulidad de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación (artículo 24); y se imputa responsabilidad patrimonial a las personas que discriminen y a las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios en cuyo ámbito organizativo se produzca la discriminación, presumiéndose la existencia de daño moral (artículo 25).

? Desde un punto de vista procesal y procedimental, se regula el contenido de la tutela judicial del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 26), la legitimación para la defensa de este derecho (artículo 27), las reglas relativas a la carga de la prueba (artículo 28) y las actuaciones administrativas procedentes en caso de discriminación (artículo 29).

? En el plano organizativo, se crea un Fiscal de Sala delegado para la tutela para la igualdad de trato y la no discriminación y se conmina al fomento de la formación especializada en esta materia (artículo 30).

A continuación se procede al análisis individualizado de cada una de estas previsiones.

A) Medidas de protección frente a la discriminación

El artículo 23 del anteproyecto de Ley señala en su apartado 1 que "la protección frente a la discriminación comprende la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas y la articulación de medidas adecuadas para el cese de situaciones discriminatorias" y dispone en su apartado 2 que "el incumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado anterior dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales, y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse".

La lectura conjunta de ambos apartados evidencia que este precepto no se limita a enumerar las medidas de protección frente a la discriminación sino que, además, impone la obligación de adoptarlas. Por tal razón, la redacción del apartado 1 debe precisarse, de forma que diga: "La protección de la discriminación obliga a...".

Por otro lado, el precepto no aclara quiénes son los sujetos a quienes se dirige esta obligación ni qué obligaciones impone más allá de las genéricas contenidas en el propio artículo 23 y en el artículo 31. El artículo 25.2 del anteproyecto de Ley permite inferir que "las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios" están obligados a adoptar estas medidas de protección de la discriminación. Pero cabe pensar en otros sujetos que - por identidad de razón- deberían tener esa misma obligación, como "las organizaciones sindicales, empresariales y profesionales", aparte lógicamente de "las Administraciones públicas". Dado que el cumplimiento de esta obligación comporta -según el artículo 23.2- una serie de responsabilidades para los sujetos incumplidores, resulta exigible, por razones de seguridad jurídica, un esfuerzo de concreción de las personas obligadas, de las medidas que están obligadas a adoptar y de los supuestos en que esta obligación resulta exigible.

La determinación de las responsabilidades a que puede dar lugar el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas de protección plantea, en la redacción actual del artículo 23.2 del anteproyecto de Ley, algunas dudas. Tales responsabilidades, según la regulación proyectada, serán de orden civil, administrativo o penal:

? A la responsabilidad civil hace referencia el artículo 25.2, que se la imputa a "las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios" cuando la discriminación se produzca en el ámbito de su organización y no hayan adoptado las medidas de protección. No obstante, ya se ha dicho que cabe pensar en otros sujetos obligados a adoptar dichas medidas y a los que, en caso de incumplimiento, podría exigirse responsabilidad civil. Por ello, sería conveniente una regulación más precisa de esta cuestión.

? El alcance de la responsabilidad administrativa por incumplimiento de la obligación de adoptar medidas de protección no se delimita en el anteproyecto de Ley. Ninguna de las infracciones tipificadas en el artículo 44 es aplicable al supuesto de incumplimiento de la obligación de adoptar medidas de protección frente a la discriminación. La regulación proyectada tampoco contempla responsabilidades de naturaleza no sancionadora. Resulta, pues, obligada la concreción de las responsabilidades administrativas, sancionadoras o de otra índole, a que pudiera dar lugar el incumplimiento analizado.

? Finalmente, la regulación proyectada prevé que el incumplimiento de las obligaciones previstas dará lugar, "en su caso", a responsabilidades penales. Los artículos 510, 511, 512 y 515.5 del Código Penal contemplan, como conductas típicas, la "provocación a la discriminación", "la denegación por razón de discriminación de las prestaciones a las que se tenga derecho" y la "promoción de la discriminación" pero no "el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas de protección". El anteproyecto parece estar pensando en lo dispuesto en el artículo 314 del Código Penal, que, dentro de los delitos contra los derechos de los trabajadores, dice así: "Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses". En todo caso, la comisión de este delito sólo se producirá cuando no se adopten las medidas previstas en el tipo penal ("... no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado"), que no son idénticas a las contempladas en el artículo 23.1 del anteproyecto de Ley. Por ello, el artículo 23.2 del anteproyecto de Ley no puede decir -ni aun utilizando la expresión "en su caso"- que "el incumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado anterior" dará lugar a responsabilidades penales.

B) Nulidad de pleno derecho

El artículo 24 del anteproyecto de Ley declara "nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación".

Las normas comunitarias en materia de igualdad de trato prevén que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que se declaren o puedan declararse nulas o se modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato" (artículo 14.b) de la Directiva 2000/43/CE; artículo 15.b) de la Directiva 2000/78/CE; artículo 13.b) de la Directiva 2004/113/CE; artículo 23.b) de la Directiva 2006/54/CE).

A resultas de la transposición del ordenamiento comunitario, ya existe una declaración de nulidad de disposiciones, actos o cláusulas de negocios jurídicos tanto en el específico ámbito laboral por virtud de lo dispuesto en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, como - y esto es lo más importante- con carácter transversal en el artículo 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, precepto este último que, para "cualesquiera ámbitos de la vida" (artículo 1.1), prevé que "los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto".

En relación con la declaración de nulidad contenida en el artículo 10 del anteproyecto de la que después fue Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, el Consejo de Estado observó, en su dictamen 863/2006, de 22 de junio, que dicha declaración: "... no se remite a un desarrollo legislativo y por ello en su redacción literal podría tener unos efectos en el ordenamiento jurídico español que admitirían calificarse de descontrolados. (...) Pues las directivas limitan sus medidas al ámbito que previamente definen -acceso al empleo, acceso a bienes y servicios- y en ningún momento prevén un sistema de nulidad de efectos tan universales, sino solo (...) una posibilidad de declaración de nulidad o modificación de determinadas disposiciones o actos adoptados en el ámbito específico contemplado por ellas. El Anteproyecto eleva la sanción por incumplimiento, en todos los casos, en todos los órdenes del Derecho, a nulidad, pero luego solo establece reglas especiales en determinados ámbitos" que -según dijo el Consejo- son los más propios de la discriminación combatida "y también el ámbito central de las directivas que se incorporan". Concluía el dictamen que "no es evidente, por ejemplo, cómo y cuándo podría aplicarse la proclamada nulidad en las relaciones entre particulares", fuera de los ámbitos señalados, por lo que "la regla de la nulidad (...) y su

generalización a todos los órdenes del Derecho genera inseguridad jurídica porque cada acto o negocio adolecería de infirmitas potencial, a expensas de una alegación de discriminación que debería declararse por causas y procedimientos no regulados específicamente en el Derecho vigente".

Estas reflexiones deben ponerse en conexión con las realizadas por el presente dictamen al referirse al ámbito de aplicación de la Ley, en el sentido de que una declaración de tales características debería concretarse en términos más precisos si desea mantenerse en el texto proyectado:

? Desde un punto de vista procesal, la nulidad de disposiciones, actos y cláusulas de los negocios jurídicos que resulten discriminatorios debe remitirse a los procedimientos propios que a tal fin se establecen en las distintas ramas del ordenamiento.

? Desde un punto de vista sustantivo, deben proporcionarse criterios que sirvieran para determinar en qué casos procede la declaración de nulidad:

- tratándose de disposiciones normativas, cabe recordar el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que declara nulas las disposiciones que "vulneren la Constitución" y, por ende, el principio de igualdad de trato;

- tratándose de actos o contratos administrativos, debe tenerse en cuenta que el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 declara nulos los actos "que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional", entre los que se encuentra el derecho a la igualdad de trato; y el artículo 32.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se remite a las causas de nulidad del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992.

- tratándose de actos, contratos o convenios de naturaleza laboral, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, en los términos ya vistos.

- tratándose, por último, de actos o negocios jurídicos privados, debe compatibilizarse el principio de autonomía de la voluntad que rige en esta rama del ordenamiento con el principio de igualdad de trato y, en tal sentido, la declaración de nulidad deberá circunscribirse: por una parte, a aquellos actos o negocios jurídicos que, por celebrarse en circunstancias comparables en una multitud de casos y sin atender a las condiciones personales de los contratantes (contratos en masa o precedidos de una oferta pública dirigidos a destinatarios indeterminados, que versan sobre bienes o servicios públicos o de interés general), tienen un término de comparación válido que permita apreciar si aquéllos se han formalizado con un fin discriminatorio, en los términos ya vistos al estudiar el ámbito de aplicación del anteproyecto; al margen de estos supuestos, es decir, cuando se trate de actos o negocios jurídicos que no se celebren en circunstancias comparables en multitud de casos sino atendiendo a las condiciones personales de los contratantes y que, por lo tanto, no tienen un término de comparación válido que sirva para efectuar un juicio de igualdad, la nulidad sólo podría declararse cuando conste de manera clara que la causa del acto o negocio o alguna de sus cláusulas responden a alguno de los motivos de discriminación prohibidos.

Entiende el Consejo de Estado que, con arreglo a los criterios apuntados, debe precisarse la redacción del artículo 24 del anteproyecto de Ley, que -de mantenerse en los términos actuales- podría generar dificultades interpretativas e inseguridad jurídica.

C) Atribución de responsabilidad patrimonial

El artículo 25 del anteproyecto de Ley prevé en su apartado 1 que "la persona que cause discriminación (...) responderá del daño causado" y que, acreditada la discriminación, "se presumirá la existencia de daño moral", y añade en su apartado 2 que "serán igualmente responsables del daño causado las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios" cuando la discriminación se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las medidas de protección frente a la discriminación.

Las directivas comunitarias en materia de igualdad de trato conminan a los Estados miembros a introducir en sus ordenamientos jurídicos internos "las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación (...) reciba una indemnización o compensación reales y efectivas (...), de manera disuasiva y proporcional", precisando que "la fijación de un límite máximo predeterminado no limitará dicha compensación o indemnización" (artículo 1.5 de la Directiva 2002/73/CE; artículo 8.2 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE).

En aplicación del ordenamiento europeo, el artículo 18.2 de la Ley 51/2003, de 30 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, dispuso que "la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado a priori" y que "la indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión".

Por su parte, el artículo 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluye, entre las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias por razón de sexo, "un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido".

El anteproyecto de Ley establece la misma consecuencia, aunque no limitada a la discriminación por motivos de género o discapacidad sino proyectándola a cualquiera de las causas comprendidas en su ámbito de aplicación.

La regulación proyectada plantea las siguientes observaciones:

? Debe concretarse el carácter de la presunción legal de existencia de daño moral. El artículo 385.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, prevé que "las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba". Como el artículo 25.1 del anteproyecto de Ley no prohíbe la prueba en contrario, cabría entender -de conformidad con la legislación ritual- que se trata de una prueba iuris tantum. Ahora bien, si el propósito de la regulación proyectada es introducir una presunción iuris et de iure, deberá decirse: "Acreditada la discriminación, se presumirá la existencia de daño moral, sin que valga prueba en contrario".

? Aun cuando se presuma la existencia de un daño moral, es claro que su entidad no será siempre la misma sino que estará en función de las concretas circunstancias en que se produzca la situación discriminatoria. Por ello, y no obstante la presunción de existencia de daño moral, debe imponerse a la persona afectada la obligación de aportar aquellos elementos probatorios pertinentes para la cuantificación del daño sufrido.

? El daño moral derivado de toda conducta discriminatoria se imputa únicamente a la persona que cause la discriminación (artículo 25.1), pero no a las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación se produzca en su ámbito de organización o dirección (artículo 25.2). Debería aclararse si, en este segundo caso, el empleador o prestador está exonerado de hacer frente al daño moral.

? En el caso de que los empleadores o prestadores hayan incumplido las obligaciones de protección frente a la discriminación, su responsabilidad no debe excluir la de la persona que causa la discriminación y así ha de decirse expresamente en la regulación proyectada. Además, deberán establecerse los criterios para el reparto de la responsabilidad entre uno y otro sujeto. Cuestión distinta es que la persona que discrimina sea el propio prestador o empleador, pues en este caso toda la responsabilidad será imputable al prestador o empleador.

? Finalmente, si los empleadores o prestadores hubieran adoptado las oportunas medidas de prevención o detección de la discriminación y, pese a ello, se produce una situación de discriminación, parece excesivo imputarles responsabilidad por el sólo hecho de que dicha situación acontezca, salvo que -conociendo dicha situación- no adopten las medidas adecuadas para su cese.

D) Tutela judicial del derecho a la igualdad de trato y no discriminación

El artículo 26 del anteproyecto de Ley dispone que "la tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares, la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho".

Como ha señalado el Consejo General del Poder Judicial, "la formulación que contiene el texto remitido es genérica y abierta, de carácter eminentemente procesal, que exigirá para su efectividad de la inclusión de las medidas en las leyes procesales, y su concreción y articulación en instrumentos procesales, como las acciones de cesación, las medidas cautelares o la adopción de medidas ejecutivas" (pág. 55).

La regulación proyectada no aborda, sin embargo, esta tarea, salvo en el ámbito específico de Internet, en donde se prevé: "En particular, cuando resulte necesario para proteger los derechos de la víctima o grupos o personas discriminadas, los jueces y tribunales podrán

acordar, de conformidad con la legislación procesal, motivadamente, y siempre de acuerdo con el principio de proporcionalidad, cualquiera de las medidas de restricción o interrupción de la prestación de servicios o de retirada de datos de páginas de Internet que contempla la presente ley" (artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de Sociedad de la Información, según redacción dada por la disposición final primera del anteproyecto de Ley). Conviene aclarar que, ya desde su redacción originaria, el artículo 8.1.c) de la Ley 34/2002 prevé la posibilidad de restringir o interrumpir la prestación de servicios o de retirada de datos de páginas de Internet contrarios "a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social". En realidad, la regulación proyectada -que no guarda conexión alguna con la restricción o interrupción de páginas web por vulneración de derechos de propiedad intelectual, introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible- se ha limitado a aclarar que, por motivos de discriminación, podrán adoptarse "cualquiera de las medidas" legalmente previstas. En definitiva, no se introduce ex novo esta facultad sino que se aclara su ámbito.

Sin perjuicio de esta previsión singular, el artículo 26 del anteproyecto de Ley, cuya naturaleza procesal está fuera de toda duda -a la vista del título competencial esgrimido en la disposición final octava-, puede y debe ser aplicado por los juzgados y tribunales, aunque razones de seguridad jurídica y eficacia aconsejen establecer con mayor detalle mecanismos procesales específicos y adecuados a las situaciones de discriminación que, en el momento presente, el texto no contempla.

Por ello, la regulación proyectada debe concretar tales mecanismos o remitir -en la correspondiente disposición final- a su ulterior aprobación en breve plazo mediante una norma distinta.

E) Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación

En los procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y laborales para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, el anteproyecto de Ley contempla, además de la legitimación ordinaria de las personas afectadas, dos supuestos de legitimación extraordinaria:

? Por una parte, legitima a "los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas", para defender "los derechos e intereses de las personas afiliadas y asociadas" (artículo 27.1).

? Por otra parte, legitima a la "Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación" para "ejercitar acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación conforme a lo dispuesto en esta Ley y en las distintas Leyes procesales" (artículo 37.1.d).

De acuerdo con ello, se modifica el artículo 11 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (disposición final segunda, apartado uno, del anteproyecto de Ley) y el artículo 60.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (disposición final tercera, apartado uno, del anteproyecto de Ley), en los que se contempla la legitimación de "los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas" y de la "Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación", aunque distinguiéndose un doble régimen en función de que las personas afectadas estén determinadas (defensa de intereses individuales o colectivos) o sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación (defensa de intereses difusos):

? Cuando las personas afectadas estén determinadas, se deberá contar con la autorización de las personas afectadas.

? Cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, no será precisa la autorización de las personas afectadas, dada la imposibilidad o extrema dificultad de obtenerla.

Esbozadas así las líneas generales de la regulación proyectada, procede hacer las siguientes consideraciones:

(i) La legitimación de "los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas" para defender "los derechos e intereses de las personas afiliadas y asociadas" trae causa de lo dispuesto en el ordenamiento europeo.

En efecto, las normas comunitarias en materia de igualdad de trato disponen que "los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva" (artículo 7.2 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 9.2 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 8.3 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 17.2 de la Directiva 2006/54/CE).

De acuerdo con lo dispuesto en las normas comunitarias, la legitimación de "las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos" se contempló en el artículo 19 de la Ley 51/2003, de 30 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y en el artículo 31 de la Ley 63/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, para el caso de discriminación por origen racial o étnico, pero sin que ninguna de ambas normas modificase la legislación procesal.

Posteriormente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introdujo un nuevo artículo 11 bis en la Ley de Enjuiciamiento Civil y añadió una letra i) al artículo 19 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, legitimando a "los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres".

En estas circunstancias se hacía necesaria una regulación general -cualesquiera que sean los motivos de discriminación invocados- de la legitimación atribuida por el ordenamiento comunitario a las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas para la defensa del principio de igualdad de trato, y esto es precisamente lo que hace el anteproyecto de Ley.

Además de ello, la novedad fundamental que introduce la regulación proyectada es la atribución expresa de legitimación a los partidos políticos y a las asociaciones de trabajadores autónomos, además de a los sindicatos y asociaciones ya contemplados en la Ley Orgánica 3/2007.

En lo que ahora importa, "los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas" mencionados en el anteproyecto de Ley se encuadran con naturalidad dentro de "las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que (...) tengan un interés legítimo en velar" por la igualdad de trato a que hacen referencia las directivas comunitarias.

El Consejo de Estado considera que, dentro de esta amplia legitimación, debe incluirse a las asociaciones de consumidores, ya que el anteproyecto de Ley se aplica a ámbitos en los que las situaciones de discriminación afectan a los consumidores (oferta pública de bienes y servicios, vivienda, espacios y establecimiento abiertos al público, entre otros). En tal sentido, ha de preverse la legitimación de estas asociaciones para la defensa de sus asociados en supuestos de discriminación, aunque solo las más representativas deberán estar legitimadas cuando los afectados sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación.

Asimismo, deberían incluirse aquellas asociaciones que - como dice la normativa comunitaria- tiene un "interés legítimo" en velar por la igualdad de trato frente a las situaciones de discriminación proscritas en el anteproyecto (asociaciones de discapacitados, de mayores, de mujeres, para la lucha contra determinadas enfermedades,...). A este requisito del "interés legítimo" en la lucha contra la discriminación - exigido por el ordenamiento comunitario- debe hacerse expresa mención en el anteproyecto de Ley.

En consecuencia, deben entenderse legitimadas cualesquiera asociaciones que tengan un "interés legítimo" en la materia, incluidos, en su caso, los colegios profesionales, para velar por los derechos e intereses legítimos de sus colegiados y de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados. .

(ii) La legitimación de la Alta Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación no se contempla en las normas comunitarias en materia de igualdad de trato, aunque tampoco existe obstáculo alguno para que el legislador nacional puede incluir entre sus funciones el ejercicio de acciones judiciales en defensa de la igualdad de trato. Así se establece también en las leyes de igualdad de trato de otros países como Bélgica (artículos 16.1, 17.3, 19 y 20 de la Ley de 10 de mayo de 2007) y Suecia (sección 2 del capítulo VI de la Diskrimineringslag 2008:567).

(iii) El diferente régimen jurídico de la legitimación para el ejercicio de acciones en defensa de intereses individuales, por un lado, y de intereses colectivos o difusos, por otro, no es una particularidad específica de los procesos sobre discriminación, ya que el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplaba esta distinción -desde su redacción originaria- para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

La exigencia, establecida por el ordenamiento comunitario, de que las asociaciones, organizaciones y personas jurídicas legitimadas cuenten con la autorización expresa de las personas afectadas sólo puede observarse -como es obvio- en el caso de que estén en juego intereses individuales o colectivos y no cuando subyacen intereses difusos, razón de que, en este último supuesto, el anteproyecto de Ley no contemple la necesidad de dicha autorización.

(iv) Los requisitos adicionales establecidos por el anteproyecto de Ley a las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y a las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas (artículo 27.2) deben entenderse comprendidos dentro de "los criterios establecidos en el Derecho nacional" que -según las directivas comunitarias- pueden establecer los Estados miembros para la atribución de legitimación.

No obstante, el Consejo de Estado considera que el requisito de que "tengan entre sus fines estatutarios la defensa y promoción de los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas" no debería exigirse -tal y como señala la Organización de Consumidores y Usuarios- en el caso de que, como se ha sugerido, el anteproyecto de Ley termine atribuyendo legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios, que normalmente no incluyen tales fines en sus estatutos y, por ello, quedarían excluidas. Este requisito tampoco tendría sentido para las asociaciones de trabajadores autónomos, ni para aquellas otras asociaciones cuyos fines estén estrechamente relacionados con algunos de los motivos de discriminación (asociaciones de discapacitados, de mayores, de mujeres, para la lucha contra determinadas enfermedades,...). En consecuencia, la redacción del proyecto debería ser reformulada, al objeto de contemplar la legitimación de todas estas asociaciones sin necesidad de que, entre sus fines, se incluya la genérica defensa y promoción de los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas, siempre y cuando ostenten un "interés legítimo" en la lucha contra la discriminación, en los términos exigidos por el ordenamiento comunitario.

(v) La previsión de que la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso discriminatorio (artículo 11 bis.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por la disposición final segunda, apartado uno, del anteproyecto de Ley; artículo 19.i), párrafo tercero, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según redacción dada por la disposición final segunda, apartado uno, del anteproyecto de Ley) no constituye ninguna novedad, ya que no ha sido introducida por la regulación proyectada sino que lo fue en su día por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

(vi) Por lo demás, la extensión de la cosa juzgada -a resultas de la modificación del artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que realiza la disposición final segunda, apartado tres, del anteproyecto de Ley- a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes para la defensa de la igualdad de trato conforme a lo dispuesto en el artículo 11 bis de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil ya está prevista a día de hoy en tal precepto cuando se defienden derechos e intereses de los consumidores y usuarios de acuerdo con el artículo 11.

El Consejo General del Poder Judicial ha observado que esta extensión de la cosa juzgada a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes para la defensa de la igualdad de trato, debería acompañarse, como sucede en los procesos para la defensa de derechos e intereses de los consumidores y usuarios, de un llamamiento a las personas afectadas para que puedan personarse en el proceso, pues, en otro caso, "oponerles el efecto de cosa juzgada sin haber sido llamados y haberles dado la oportunidad de defenderse, podría afectar el principio de audiencia" (págs. 60 y 61).

En cualquier caso, este llamamiento no parece necesario cuando las personas afectadas por una situación de discriminación se encuentran determinadas, pues, en tal supuesto, deberán prestar su autorización para el ejercicio de la acción y, precisamente por esta razón, tendrán conocimiento de la existencia del proceso, en el que podrán personarse si así lo desean. No sucede lo mismo, sin embargo, cuando las personas afectadas son una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, supuesto en el que adquiere pleno sentido la observación realizada por el Consejo.

F) Reglas relativas a la carga de la prueba

El artículo 28 del anteproyecto de Ley establece una regla de distribución de la carga de la prueba en los procedimientos administrativos y judiciales, disponiendo a tal efecto en su apartado 1 que "cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad", y añadiendo en su apartado 2 que "el órgano judicial o administrativo, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informes de los organismos públicos competentes en materia de igualdad".

En coherencia con estas previsiones y utilizando sus mismos términos, se modifica el artículo 217.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (disposición final segunda, apartado dos, del anteproyecto de Ley), el artículo 60.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (disposición final tercera, apartado dos, del anteproyecto de Ley) y el artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (disposición final cuarta del anteproyecto de Ley). No obstante, cabe advertir que en este último precepto no se reproduce el artículo 28.2 del anteproyecto (en lo que hace referencia a los órganos administrativos), algo que sí se hace (en lo relativo a los órganos judiciales) en la nueva redacción de los artículos 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 60.7 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Estas reglas sobre carga de la prueba no son nuevas en nuestro ordenamiento, que ya las incorporó -aunque no siempre de la misma manera- en los procesos sobre discriminación hace casi una década, a impulsos del ordenamiento comunitario.

Las directivas comunitarias en materia de igualdad de trato prevén que "los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por su aplicación, en lo que a ella se refiere, del dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta". Esta previsión fue introducida por la Directiva 97/80/CE (artículo 4.1) en el ámbito de la discriminación por razón de sexo y, con posterioridad, se ha reproducido tanto en normas relativas a igualdad de género -Directivas 2004/113/CE (artículo 9.1) y 2006/54/CE (artículo 19.1)- como en otras concernientes a la discriminación por origen racial o étnico -Directiva 2000/43/CE (artículo 8.1)- o por religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual -Directiva 2000/78/CE (artículo 10.1)-.

En este marco, el artículo 20 de la Ley 51/2003, de 30 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, contempló una auténtica inversión de la carga de la prueba en los procesos jurisdiccionales sobre discriminación por razón de discapacidad, salvo en los de naturaleza no penal.

Con un alcance más general, el artículo 36 de la Ley 63/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo una regla de distribución de la carga probatoria en los procesos jurisdiccionales civiles y contencioso-administrativos sobre discriminación por "origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o orientación sexual" (no se contempla el sexo), pero sin modificar las correspondientes leyes procesales. En cambio, el artículo 40.1 de la Ley 63/2003 sí modificó el 96.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, para los procesos laborales sobre discriminación por razón de "sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o orientación sexual",

Con posterioridad, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dio nueva redacción al artículo 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición adicional quinta, apartado 3) y al artículo 60.7 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (disposición adicional sexta, dos), invirtiendo la carga de la prueba cuando en un proceso de esta naturaleza se alegue discriminación por razón de sexo.

Este iter legislativo evidencia que las reglas sobre carga de la prueba en los procesos en que se alega discriminación -en unos casos configuradas como inversión y en otros como distribución de dicha carga- estaban necesitadas de una regulación general -cualesquiera que sean los motivos invocados- como la contenida en el anteproyecto de Ley.

La regulación proyectada mejora además las garantías en este ámbito, dado que:

? Por una parte, ya no basta con que "las alegaciones de la parte demandada se fundamenten en actuaciones discriminatorias" (como hasta ahora decían los actuales artículos 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 60.7 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) sino que, además, es preciso que se aporten "indicios fundados sobre su existencia" (artículo 28.1 del anteproyecto de Ley), generalizando así lo ya dispuesto en el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, según redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

? Por otra parte, se prevé que la regla de distribución de la carga de la prueba "no será de aplicación a los procesos penales ni a los procedimientos administrativos sancionadores" (artículo 20.3), excepción que, aun siendo obvia por dimanar de la presunción de inocencia prevista en el artículo 24.2 de la Constitución, hasta ahora solo se contemplaba de manera expresa en los supuestos de discriminación por razón de discapacidad y de sexo y en este segundo caso únicamente para los procesos penales (artículo 20.2 de la Ley 51/2003; artículo 13.1 de la Ley Orgánica 3/2007).

A juicio del Consejo de Estado, debe aclararse si la regla general de distribución de la carga de la prueba prevista en el anteproyecto de Ley, más ponderada que la inversión probatoria contemplada en la Ley 51/2003, de 30 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, debe aplicarse también a estos ámbitos, o si, por el contrario, prevalece lo dispuesto en la legislación específica.

Finalmente, cabe recordar que la regla de distribución de la carga de la prueba sólo encuentra sentido en determinadas relaciones jurídicas en las que existe un desequilibrio entre las partes, se celebran en circunstancias comparables en una multitud de casos y versan sobre bienes o servicios públicos, de interés general o con trascendencia social, debiendo modularse o acaso excluirse su aplicación en las restantes, según ya se ha señalado al analizar el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

G) Actuación administrativa contra la discriminación

El artículo 29 del anteproyecto de Ley dispone en su apartado 1 que las Administraciones públicas, cuando tengan conocimiento de un supuesto de discriminación, deberán incoar el correspondiente procedimiento para su investigación y eliminación, cuando sean competentes, o comunicarlo a la Administración que lo sea; y prevé en su apartado 2 la legitimación de "los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, derechos fundamentales y libertades públicas" en los procedimientos administrativos en materia de discriminación.

No hay reglas específicas de competencias, sino una remisión a las leyes administrativas. La opción de que dentro de cada Administración haya en función de la materia órganos diversos ejerciendo esta competencia, podría dar lugar en la ley de igualdad de trato a situaciones de discriminación, ante la dificultad de establecer criterios homogéneos. Deberían establecerse normas específicas para dar mayor eficacia, seguridad y transparencia.

El artículo 29.2 de la regulación proyectada trae causa de las normas comunitarias en materia de igualdad de trato, que contemplan este supuesto de legitimación extraordinaria no sólo en los procedimientos judiciales sino también en los administrativos: "Los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva" (artículo 7.2 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 9.2 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 8.3 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 17.2 de la Directiva 2006/54/CE).

El artículo 29.2 del anteproyecto de Ley no aclara si la legitimación de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas está condicionada a la observancia de los requisitos establecidos en el artículo 27.2 para el ejercicio de acciones judiciales, aunque en principio así debe ser, con la matización que ya se ha hecho con anterioridad en relación con los fines estatutarios de las asociaciones de trabajadores autónomos.

H) Ministerio Fiscal

El artículo 30 del anteproyecto de Ley contiene dos previsiones en la materia:

? En su apartado 1 se prevé que "el Fiscal General del Estado designará un Fiscal de Sala delegado para la tutela de la igualdad de trato y la no discriminación".

En su informe, el Consejo Fiscal ha considerado que, entre los tres modelos organizativos posibles (Fiscalía territorial con competencia nacional -como la Fiscalía de la Audiencia Nacional y las Fiscalías Antidroga y Anticorrupción-; Fiscal de sala especialista; o Fiscal delegado), la designación de un Fiscal de Sala delegado es la opción correcta, dada la transversalidad de la protección de la igualdad -que hace difícil deslindar un bien jurídico propio y específico que pueda ser objeto de atención especializada- y la ausencia de coste que esta medida supondrá (págs. 27 a 30).

La figura de los Fiscales delegados se encuentra prevista en el artículo 22.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre. La creación de un Fiscal de Sala delegado para la tutela de la igualdad de trato y la no discriminación se apoya en dicho precepto, sin que -a tal fin- resulte necesaria la modificación del mencionado Estatuto que ha sugerido el Consejo General del Poder Judicial en su informe (pág. 64).

? En su apartado 2 se dispone que "el Gobierno de la Nación, de acuerdo con las directrices fijadas por la Fiscalía General del Estado, fomentará la formación especializada en esta materia de los miembros del Ministerio Fiscal".

Esta previsión ha sido redactada de conformidad con lo propuesto por el Consejo Fiscal (págs. 30 y 31 de su informe), que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 13.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en relación con la formación de los miembros de la carrera fiscal, ha entendido -en sentido parecido a lo manifestado en el informe del Consejo General del Poder Judicial (pág. 64 de su informe)- que el Gobierno debía respetar las directrices establecidas por la Fiscalía General del Estado.

X.- Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación

El capítulo II del título II del anteproyecto de Ley (artículos 31 a 36) regula las medidas de acción positiva y fomento de la igualdad de trato.

Como principales actores en esta política de promoción de la igualdad de trato se menciona a los "poderes públicos" y a las "empresas" (artículo 31), a los cuales deberían añadirse también las "organizaciones sindicales, empresariales y profesionales".

Con carácter general, la regulación proyectada prevé la aprobación por el Consejo de Ministros de una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, como instrumento principal de colaboración territorial entre Administraciones públicas (artículo 32), sin perjuicio de otros planes y programas conjuntos que éstas puedan adoptar en el seno de la Conferencia Sectorial de Igualdad (artículo 33). Hasta ahora se ha venido aplicando el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades contemplado en el artículo 17 de la Ley Orgánica 30/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Más allá de la perspectiva de género, la Estrategia Estatal aborda el problema de la desigualdad con una vocación de conjunto, cualesquiera que sean los motivos de discriminación, en coherencia con el carácter integral del anteproyecto de Ley.

Por otra parte, se contemplan y regulan una serie de actuaciones específicas en materia de igualdad de trato:

? En primer lugar, se hace especial hincapié en la necesidad de que los estudios, memorias o estadísticas de los poderes públicos -, y, en particular, la estadística judicial- incluyan los datos relacionados con la igualdad de trato (artículo 34).

La transversalidad en la lucha contra la discriminación ha determinado que, sin perjuicio de la concreta tipificación como delitos de determinadas conductas discriminatorias en los artículos 314, 510, 511, 512 y 515 del Código Penal, se considere circunstancia agravante de la comisión del delito "por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad" (artículo 22.4 del Código Penal, según redacción dada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). La estadística judicial deberá dejar constancia de la comisión de los delitos contemplados en los referidos preceptos penales y de la de cualesquiera otros en que haya concurrido la circunstancia agravante de móvil discriminatorio, pese a las dificultades -destacadas por el Consejo Fiscal en su informe (pág. 33)- que esta última labor conlleva. A tal fin, el artículo 34.3 del anteproyecto de Ley podría prever que en la estadística judicial haya de reflejarse "la aplicación en su caso de la agravante definitoria del móvil discriminatorio", que no es exactamente lo mismo que "la causa de discriminación tenida en cuenta para calificar la conducta como discriminatoria".

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que -según el artículo 34.4 del anteproyecto de Ley- los datos de carácter personal que figuren en los estudios, memorias o estadísticas de los poderes públicos están protegidos por el secreto estadístico y "no serán objeto de comunicación a terceros salvo cuando así se encuentre específicamente establecidos en la ley". La redacción de este precepto fue sugerida por la Agencia Española de Protección de Datos y recogida en sus mismos términos en el texto final de la norma. Con todo, la dición del precepto sería más precisa si dijera que tales datos "no podrán ser objeto de comunicación a terceros salvo en los casos expresamente establecidos en la ley".

? En segundo término, se establecen una serie de medidas para promover la igualdad de trato en el ámbito de las subvenciones y contratación públicas (artículo 35):

- Por una parte, se dispone que las Administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que las bases reguladoras de las mismas deban incluir la valoración de las actuaciones para la efectiva consecución de la igualdad de trato y no discriminación por parte de las entidades solicitantes (artículo 35.1).

Esta previsión debe igualmente trasladarse a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, concretamente a su artículo 17, en el que se regulan las bases reguladoras de la concesión de la subvención.

- Por otra parte, se señala que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de su órganos de contratación y en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones de ejecución con el fin de promover la igualdad de trato y la no discriminación, "de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público" (artículo 35.2).

Sin embargo, la legislación de contratos del sector público es más restrictiva, en este punto, que el anteproyecto de Ley. En tal sentido, cabe observar que el artículo 102.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al transponer la Directiva comunitaria 2004/18/CE en materia de contratación, circunscribe la adopción de condiciones especiales de ejecución al objeto de "eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral" (en el mismo sentido, artículo 33 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

En el dictamen del Consejo de Estado núm. 514/2006, de 25 de mayo, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, se hacen algunas consideraciones sobre el marco jurídico comunitario del citado artículo 102.1, con especial referencia al considerando 33 y al artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE y a la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos (fecha del 15 de octubre de 2001). No cabe ahora sino remitirse a las observaciones allí formuladas, de las que, en todo caso, se desprende que las condiciones especiales de ejecución pueden referirse, en especial, a consideraciones sociales o medioambientales adoptadas con fines diversos. En particular, la referida Comunicación pone como ejemplo de cláusula contractual social tipo "la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica".

Quiere esto decir que, aun cuando el artículo 102.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, regule las condiciones especiales de ejecución únicamente desde la perspectiva de género, podrán establecerse también -conforme al ordenamiento comunitario- con la finalidad de promover el principio de discriminación en otros ámbitos.

En definitiva, la previsión contenida en el artículo 35.2 del anteproyecto de Ley exige -dado el carácter integral de este- la modificación del artículo 102.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

? Finalmente, se dispone que los poderes públicos incluirán el estudio y aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación en los programas de las pruebas selectivas de acceso al empleo público y en la formación continuada del personal a su servicio (artículo 36).

El artículo 53.4 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, ya prevé que los empleados públicos basarán su conducta "en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Sin perjuicio de ello, como lo que se pretende es que las Administraciones públicas contemplen de manera obligada -especialmente en los programas de las pruebas selectivas de acceso- el estudio y aplicación del principio de igualdad de trato, sería conveniente introducir una previsión al respecto en el Estatuto del Empleado Público.

XI.- Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación

El título III del anteproyecto de Ley (artículos 37 a 42) crea y regula la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, a la que se dedican también algunas otras previsiones complementarias (disposiciones adicionales primera a tercera).

Según el ordenamiento comunitario, los Estados miembros deben designar "uno o más" organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo a la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación (artículo 8.1 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 12.1 de la Directiva 2004/113/CE; y artículo 20.1 de la Directiva 2006/54/CE, que ha derogado, entre otras, las Directivas 76/207/CEE y 2002/73/CE, a las que la disposición adicional tercera del anteproyecto de Ley se refiere, erróneamente, como si estuvieran vigentes).

Aunque dichos organismos "podrán formar parte -según los preceptos comunitarios mencionados- de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguarda de derechos individuales", un buen número de países del entorno europeo han optado por la constitución de un ente especializado e independiente: así en Francia, con la Alta autoridad para la lucha contra la discriminación y la igualdad (Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité), creada por la Ley nº 2004-1486, de 30 de diciembre de 2004; en Alemania, con la Oficina federal contra la Discriminación (Antidiskriminierungsstelle), creada por Ley de 14 de agosto de 2006; en Bélgica, con el Centro para la igualdad de oportunidades y la lucha contra el racismo (Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le Racisme), creada por Ley de 15 de febrero de 1993; en los Países Bajos, con la Comisión de igualdad de trato (Commissie Gelijke Behandeling), creada por la Ley de 2 de marzo de 2004; y en el Reino Unido, con la Comisión para la igualdad y los derechos humanos (Commission for equality and human rights), creada por Ley de 16 de febrero de 2006.

La constitución en España de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación se enmarca así dentro de la tendencia predominante en la Unión Europea. Una opción regulatoria hubiera sido la atribución de las funciones en materia de igualdad de trato contempladas en el ordenamiento comunitario al Defensor del Pueblo (artículo 54 de la Constitución), pues -como ha destacado el Consejo General del Poder Judicial en su informe- "existe un evidente riesgo de solapamiento de competencias y/o duplicación de instituciones" (págs. 70 y 71). Pero antes que España son varios los Estados que -contando con un Ombudsman o Médiateur en su estructura institucional, como Francia, Países Bajos, Suecia o Reino Unido- han considerado más conveniente crear un organismo específico para la lucha contra la discriminación.

En este punto, merece subrayarse que -según la memoria económica (pág. 39)- la creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación tendrá una "mínima incidencia" desde el punto de vista presupuestario, ya que el incremento del gasto se reducirá a las retribuciones de la persona titular. En dicha Autoridad quedarán, además, integradas las funciones, entidades, organismos y servicios administrativos que se determinen mediante Real Decreto (disposición adicional primera, apartado 2, del anteproyecto de Ley), lo cual implicará una reasignación de los recursos ya existentes y no la provisión de otros nuevos. El Consejo de Estado considera necesario recalcar la importancia de que, en la situación económica presente, la creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación no comporte mayores gastos que los contemplados en la referida memoria económica.

En todo caso, la colaboración entre la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y el Defensor del Pueblo se revela imprescindible a fin de evitar cualquier interferencia o conflicto en el ejercicio de las competencias entre ambos órganos, tal y como prevé el anteproyecto de Ley (artículos 37.h), 41.1 y 42).

A continuación se examinan las funciones de este nuevo órgano, su naturaleza, el nombramiento de la persona titular y su régimen jurídico, organización y funcionamiento.

A) Funciones

De acuerdo con el ordenamiento comunitario, los "organismos de promoción de la igualdad de trato" deben contar con las siguientes competencias (artículo 8.2 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 12.2 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 20.2 de la Directiva 2006/54/CE):

- "prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación".
- "realizar estudios independientes sobre la discriminación".
- "publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación".

El artículo 37 del anteproyecto de Ley no solo atribuye a la Autoridad las funciones de promoción, asistencia, estudio e informe en materia de igualdad de trato contempladas en las directivas comunitarias, sino también otras de gran importancia como las de mediación o conciliación, investigación y la legitimación para el ejercicio de acciones judiciales:

? El artículo 37.b) del anteproyecto de Ley prevé que la Autoridad podrá "constituirse, con el consentimiento expreso de las partes, en órgano de mediación o conciliación entre ellas en relación con violaciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, excepción hecha de las que tengan contenido penal o laboral".

El ordenamiento comunitario contempla la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos de conciliación en este ámbito (artículo 7.1 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 9.1 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 8.1 de la Directiva 2004/113/CE).

Interpretando a contrario los términos del anteproyecto de Ley, la mediación o conciliación puede darse tanto en el ámbito civil como administrativo. No se regulan, sin embargo, los efectos de esta mediación o conciliación ni, en particular, si la decisión adoptada por la Autoridad tiene un carácter vinculante para las partes. Se trata de una cuestión importante que debe ser aclarada y regulada.

? El artículo 37.c) del anteproyecto de Ley dispone que la Autoridad podrá "iniciar, de oficio o instancia de terceros, investigaciones sobre la existencia de posibles situaciones de discriminación que revistan una especial gravedad (...), a salvo de aquellas que revistan caracteres de infracción penal, en cuyo caso la Autoridad deberá cesar en la investigación y remitir el tanto de culpa al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial".

A juicio del Consejo de Estado, estas facultades de investigación no deberán ejercerse en aquellas relaciones privadas, entabladas en ámbitos distintos de los enumerados en el artículo 3 del anteproyecto de Ley, que son propias o que se producen en la esfera de las relaciones personales, íntimas o familiares o de aquellas otras en las que -por no existir una situación de desequilibrio entre las partes contratantes, no celebrarse en circunstancias comparables en una multitud de casos, ni versar sobre bienes o servicios públicos, de interés general o trascendencia social- no resulta justificada la intervención de la Autoridad, tal y como ya se ha razonado por extenso al analizar el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

Para el resto de casos, el correcto desempeño de las funciones de investigación exige el deber de colaboración impuesto a las Administraciones públicas y a los particulares por el artículo 41 del anteproyecto de Ley. Precisamente por ello, el incumplimiento de este deber ha de resultar sancionado, por más que no resulte claro -como más adelante se verá- en qué tipo infractor queda comprendido.

? El artículo 37.d) del anteproyecto de Ley señala que la Autoridad podrá "ejercitar acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación", en los términos que ya se han examinado por extenso con anterioridad.

B) Naturaleza

El artículo 38.1 del anteproyecto de Ley dispone que "la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación es un órgano público unipersonal, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa para el cumplimiento de sus fines con plena independencia y autonomía orgánica y funcional".

Por su parte, la disposición final séptima del anteproyecto de Ley modifica la disposición adicional décima, apartado 1, de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, previendo que la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación -al igual que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional del Sector Postal y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales- se regirá por su legislación específica y supletoriamente por la referida Ley 6/1997, de 14 de abril.

En consecuencia, la regulación proyectada sitúa a la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación dentro de las denominadas "Administraciones independientes". Siendo ello así, el artículo 38.1 no debería decir que la Autoridad es un "órgano público unipersonal" sino un "ente público unipersonal" o un "organismo público unipersonal", a fin de que no se confunda su naturaleza con la de un órgano administrativo.

C) Nombramiento

El artículo 38.4 del anteproyecto de Ley prevé que el nombramiento de la persona titular de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación corresponderá al Gobierno mediante Real Decreto, previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que su mandato será de seis años improrrogable y que, antes de la expiración del mismo, su cese únicamente podrá producirse por renuncia, por incapacidad permanente para el ejercicio del cargo, por causa de condena en sentencia firme por delito doloso o por incumplimiento grave de los deberes de su cargo.

La regulación del nombramiento -del que se debe dar cuenta a las Cortes-, de la duración del mandato -superior a una legislatura- y del cese -que no puede constituir una decisión discrecional del Gobierno- es acorde con la naturaleza de Administración independiente que se atribuye a la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y muy similar -cuando no idéntica- a la prevista para otros organismos de esta naturaleza.

D) Régimen jurídico, organización y funcionamiento

El régimen jurídico, organización y funcionamiento de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación se establecerán en su Estatuto, que será elaborado por la propia Autoridad y aprobado por el Gobierno (artículos 37.n) y 38.2 y 3 del anteproyecto de Ley).

El Estatuto deberá respetar lo dispuesto en la Ley para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículo 38.2 y disposición final séptima del anteproyecto de Ley).

En concreto, el anteproyecto de Ley establece una serie de previsiones en materia de régimen jurídico -en particular la de que los actos de la Autoridad agotan la vía administrativa, lo cual es reflejo de la independencia orgánica y funcional del nuevo organismo (artículo 38.2)-, regula su régimen de personal y económico-presupuestario (artículo 39) y prevé la participación de las organizaciones representativas de los intereses sociales afectados (artículo 40). Todos estos aspectos, como es obvio, habrán de ser tenidos en cuenta y desarrollados al elaborar el Estatuto.

En todo caso, el Consejo de Estado debe advertir que la necesidad de aprobación de este Estatuto por el Gobierno es una nota característica de los organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) pero no de las denominadas Administraciones independientes, a las que, precisamente en razón de su mayor autonomía, se viene dispensando de esta exigencia, al tiempo que se establece en su ley reguladora con todo detalle su régimen jurídico.

XII.- Régimen de infracciones y sanciones

El título IV del anteproyecto de Ley (artículos 43 a 48) regula el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación.

Según el Derecho de la Unión Europea, los Estados miembros deberán establecer el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en materia de igualdad de trato y adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias (artículo 15 de la Directiva 2000/43/CE; artículo 17 de la Directiva 2000/78/CE; artículo 14 de la Directiva 2004/113/CE; artículo 25 de la Directiva 2006/54/CE).

En cumplimiento de las previsiones comunitarias, la regulación proyectada establece un régimen de infracciones y sanciones cuyas principales disposiciones se examinan a continuación.

A) Ámbito de aplicación

El régimen de infracciones y sanciones del anteproyecto de Ley se caracteriza por las siguientes notas:

? En primer lugar, es un régimen común, por cuanto resulta de aplicación en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan desarrollarlo en el ámbito de sus competencias propias (artículo 43.1 del anteproyecto de Ley).

? En segundo término, es un régimen general en un doble sentido:

- Por un lado, será de aplicación en todo caso cuando el ámbito territorial de la conducta infractora sea superior al de una Comunidad Autónoma (así se deduce de lo dispuesto en el artículo 48.1 del anteproyecto de Ley).

- Por otro lado, los regímenes sancionadores especiales en materia de igualdad de trato existentes en determinados ámbitos (así, en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) serán de "aplicación preferente" al previsto en el anteproyecto de Ley. En este caso, y a fin de evitar controversias interpretativas derivadas de una hipotética concurrencia de normas, debe decirse -de manera más clara- que la aplicación de los regímenes especiales "excluye" el régimen sancionador general previsto en la Ley.

- En tercer lugar todo el régimen de infracciones y sanciones debe ajustarse a los principios de tipicidad, legalidad y proporcionalidad, tanto desde el punto de vista de las infracciones como de las sanciones. Asimismo, la competencia de la autoridad administrativa para investigar y sancionar debe regularse de forma específica como se indica en los artículos 29 y 48.

Finalmente, cabe recordar que la aplicación del régimen sancionador encuentra sentido en determinadas relaciones jurídicas en las que existe un desequilibrio entre las partes, se celebran en circunstancias comparables en una multitud de casos y versan sobre bienes o servicios públicos, de interés general o con trascendencia social, pero no en las que carecen de tales notas distintivas, o se producen en la esfera de las relaciones personales o familiares en los términos en los que se ha señalado al analizar el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

B) Infracciones

El anteproyecto de Ley clasifica las infracciones administrativas en materia de igualdad de trato en leves, graves y muy graves (artículo 44), como es habitual en la legislación administrativa española.

Los informes del Consejo General del Poder Judicial (págs. 74 y ss.) y del Consejo Fiscal (págs. 37 y 38) han señalado que el principio de tipicidad obliga a identificar de manera clara las conductas constitutivas de infracción administrativa, evitando los términos genéricos y ambiguos que se traduzcan en una falta de certeza y seguridad jurídica.

En este sentido, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha considerado el principio de tipicidad como una garantía material comprendida en el principio de legalidad sancionadora contemplado en el artículo 25.1 de la Constitución, que "aparece derivada del mandato de taxatividad o de lex certa y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las Leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prevenir, así, las consecuencias de sus acciones" (Sentencias núms. 135/2010, de 2 de diciembre, FJ. 4; y 104/2009, de 4 de mayo, FJ. 2). Esta garantía se concreta, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, en que el legislador y, en su caso, la Administración deben aprobar normas "concretas, precisas, claras e inteligibles" (Sentencias núms. 181/2008, de 22 de diciembre, FJ. 4, 151/1997, de 29 de septiembre, FJ. 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ. 6; y 34/1996, de 11 de marzo, FJ. 5).

El principio de tipicidad no veda, sin embargo, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, "aunque su compatibilidad con el artículo 25.1 de la Constitución se subordina -según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional- a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prevenir, con suficiente seguridad jurídica, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada" (Sentencias núms. 208/2005, de 12 de septiembre, FJ. 3; 151/1997, de 19 de septiembre, FJ. 3; 184/1995, de 12 de diciembre, FJ. 3; y 306/1994, de 14 de noviembre, FJ. 3).

En el anteproyecto sometido a consulta, el bien jurídico protegido -por su naturaleza transversal- no permite realizar una tipificación de las infracciones tan precisa como en otros ámbitos del Derecho Administrativo sancionador. Como ya se ha dicho, el principio de igualdad de trato tiene un carácter relacional, por lo que una determinación más concreta de las infracciones contempladas en el texto proyectado será posible con ocasión de su posterior desarrollo normativo en las diversas esferas de actividad. No obstante, el Consejo de Estado considera necesario insistir en que la regulación proyectada debe en todo caso observar las exigencias mínimas derivadas del principio de tipicidad.

Tales exigencias se refuerzan en el presente caso habida cuenta de la peculiar naturaleza de la materia regulada; en primer lugar, porque, al tratarse de un catálogo común de infracciones, susceptible de ser desarrollado por las Comunidades Autónomas, debe evitarse en la medida de lo posible que, como consecuencia de tal desarrollo, se introduzcan divergencias sustanciales entre unas y otras, máxime cuando se trata de una norma cuyo objeto es precisamente la igualdad de trato; y, en segundo término, porque las infracciones tipificadas en el anteproyecto de Ley serán de aplicación directa en defecto de regulación autonómica en el ámbito de sus competencias o de regulación estatal específica por razón de la materia. En consecuencia, debe realizarse el mayor esfuerzo posible de concreción de las conductas típicas contempladas en el anteproyecto.

Partiendo de estas premisas, el análisis de las infracciones leves, graves y muy graves tipificadas en la regulación proyectada suscita las siguientes observaciones:

? Como infracciones leves, el artículo 44.1 del anteproyecto de Ley tipifica las conductas que incurran en "irregularidades formales por la inobservancia de lo establecido en la presente ley y en su normativa de desarrollo, siempre que no generen o contengan un efecto discriminatorio, ni estén motivadas en una razón discriminatoria en los términos previstos en esta ley, y no tengan el carácter de infracción grave o muy grave".

Debe hacerse hincapié en que este precepto considera conducta típica "las irregularidades formales por la inobservancia de lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo", cuando lo cierto es que la regulación proyectada no impone obligaciones o exigencias formales a sus destinatarios, salvo que con ello pretenda referirse inadecuadamente al cumplimiento del deber de atender a los requerimientos formulados por la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (artículo 41.2) o de las medidas de acción positiva.

Además, se dice que las irregularidades formales constituirán infracciones leves "siempre que (...) no tengan el carácter de infracción grave o muy grave", cuando el artículo 44.2, dedicado a las infracciones graves, y el artículo 44.3, relativo a las infracciones muy graves, no contienen tipo alguno de esta naturaleza; ni siquiera podría considerarse como tal la infracción grave tipificada del artículo 44.2.d) del anteproyecto de Ley, que es "el incumplimiento de un requerimiento administrativo específico, que no constituya una exigencia formal", precisión esta última -la de que "no constituya una exigencia formal"- que no permite afirmar que, en este caso, se esté en presencia de una irregularidad formal.

Por lo dicho, la redacción de este precepto, en sus términos actuales, no observa las garantías exigidas por el principio de tipicidad.

? Dentro del catálogo de infracciones graves del artículo 44.2 del anteproyecto de Ley procede detenerse en las contempladas por los apartados a), d) y e):

- El artículo 44.2.a) tipifica "los actos u omisiones que constituyan una discriminación, directa o indirecta, así como los que constituyan incitación, provocación, inducción, orden o instrucción de discriminar a una persona por razón de las causas previstas en el apartado uno de los artículos dos de esta Ley, en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable".

En este precepto sólo se tipifica como infracción la "discriminación directa e indirecta" y no se hace referencia a otras formas de discriminación, como la discriminación por asociación y por error o a la discriminación múltiple. En los casos de la discriminación por asociación y por error, podría pretenderse justificar el silencio de la norma en que tanto una como otra forma de discriminación pueden reconducirse a las categorías de discriminación directa e indirecta, aunque lo correcto es que sean mencionadas específicamente. Por su parte, la discriminación múltiple se contempla como un criterio para la graduación de las sanciones en el artículo 46.2 del anteproyecto de Ley, cuando parece más adecuado que sea considerada por sí misma una conducta típica, concretamente como una infracción muy grave.

También se tipifica como infracción "la incitación, provocación, inducción, orden o instrucción de discriminar". Habida cuenta de que el artículo 9 del anteproyecto de Ley únicamente considera discriminatoria la "inducción, orden o instrucción de discriminar", no deben incluirse la "incitación" y la "provocación" a la discriminación como elementos del tipo.

- El artículo 44.2.d) del anteproyecto de Ley tipifica "el incumplimiento de un requerimiento administrativo específico, que no constituya una exigencia formal, formulado por el órgano administrativo al que corresponda el ejercicio de las competencias necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de esta Ley".

La regulación proyectada no aclara cuál es el objeto de los requerimientos administrativos específicos que no constituyen una exigencia formal, ni en qué consisten éstos. No parece que se esté refiriendo a los requerimientos de información y datos que la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación puede dirigir a la Administración y a los particulares (artículo 41.2 del anteproyecto de Ley). Más bien cabe pensar que se tratará de aquellos requerimientos en que la autoridad administrativa ordene a un determinado sujeto la adopción de medidas de prevención o cese de la discriminación. En cualquier caso, los términos actuales del precepto deben ser concretados y precisados, a fin de que pueda identificarse correctamente cuál es la conducta típica.

- El artículo 44.2.e) del anteproyecto de Ley tipifica "la comisión de una tercera infracción leve, en el plazo del año anterior, cuando el presunto infractor hubiera sido ya sancionado por dos faltas leves".

La redacción del precepto no es demasiado afortunada, pues solo tras la lectura del artículo 44.3.c) del anteproyecto de Ley se comprende su significado. La conducta típica contemplada en este precepto parece ser la comisión de una tercera o más infracciones leves, cuando durante el año anterior el presunto infractor hubiera sido ya sancionado por dos faltas leves. Para que en este supuesto sea imputable una infracción grave, es necesario que las dos sanciones por infracción leve ya impuestas hayan ganado firmeza en vía administrativa (artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). A la vista de las consideraciones realizadas, el artículo 44.2.e) del anteproyecto de Ley deberá decir: "La comisión de una tercera o más infracciones leves, siempre que en el plazo del año anterior el presunto infractor hubiera sido ya sancionado por dos infracciones leves mediante resolución administrativa firme".

? Respecto del catálogo de infracciones graves del artículo 44.3 del anteproyecto de Ley, cabe realizar las siguientes consideraciones:

- El artículo 44.3.a) tipifica las conductas de "acoso discriminatorio" cuando impliquen una "vulneración o lesión grave en los derechos fundamentales" de las personas o un "grave perjuicio económico o profesional" a las mismas.

Dado que el artículo 44.2 del anteproyecto de Ley tipifica como infracción grave el acoso discriminatorio y que este siempre supondrá la vulneración del derecho a la igualdad de trato, no será fácil deslindar si los hechos objeto del expediente sancionador constituyen una infracción grave o muy grave. Los términos de la regulación proyectada atribuyen a la Administración sancionadora un margen de discrecionalidad superior del que sería deseable. A este respecto, debe recordarse que el artículo 3.4.a) de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, contempla el acoso discriminatorio, en todo caso, como una infracción muy grave. Por lo tanto, debe precisarse con criterios más ciertos cuando el acoso es infracción grave o muy grave o disponerse -en línea con el artículo 3.4.a) de la Ley 49/2007- que el acoso es siempre una infracción muy grave.

- El artículo 44.3.b) tipifica "la presión grave ejercida sobre las autoridades y empleados públicos, en el ejercicio de las potestades administrativas para la ejecución de las medidas previstas en la presente Ley, y en sus normas de desarrollo".

El anteproyecto no aclara en qué debe consistir esta "presión grave", ni a qué sujetos, por ejercerla, se les puede imputar la comisión de una infracción de esta naturaleza. Por otra parte, los sujetos a quienes se dirigen las medidas previstas en la Ley, más que ejercer una presión grave sobre las autoridades y empleados públicos que pretenden ejecutar tales medidas, podrán oponerse u obstaculizar su ejecución. Además, se aprecia una discordancia entre la referencia que se hace a las "autoridades y empleados públicos" y las contenidas en el artículo 46.1.h), que alude a la "autoridad, agente de la misma, funcionario o empleado público", y 46.4, que habla sólo de "funcionarios públicos", debiendo -a juicio de este Consejo de Estado- emplearse en todo caso la expresión más amplia de "autoridad, agente de la misma, funcionario o empleado público". En definitiva, ha de establecerse con claridad la conducta típica a que se refiere el precepto.

- El artículo 44.3.c) del anteproyecto de Ley tipifica como infracción muy grave "la comisión de una tercera infracción grave, siempre que en el plazo de los dos años anteriores el presunto infractor hubiera sido ya sancionado por dos faltas graves". A este precepto debe añadirse el inciso final "... mediante resolución administrativa firme", por las razones ya comentadas en relación con el artículo 44.2.e).

Examinado el catálogo de infracciones del artículo 44 del anteproyecto de Ley, cabe hacer una última observación que al mismo tiempo es formal y sustantiva. En el primer párrafo de este precepto se establece el plazo de prescripción de las infracciones y de las sanciones. Lo más adecuado sería que el plazo de prescripción de unas y otras se contemplase en un precepto independiente bajo la rúbrica "Prescripción" o, que en el caso de no hacerse así, el plazo de prescripción de las sanciones no se mantuviera en el artículo 44 y se trasladase al artículo 45 del anteproyecto de Ley. Por otra parte, no es habitual que los plazos de prescripción de infracciones y sanciones sean idénticos sino que, en general, los plazos de prescripción de las sanciones suelen ser superiores -tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo sancionador- a los de las infracciones.

C) Sanciones

El anteproyecto de Ley prevé, como sanción principal, multas pecuniarias desde 150 a 500.000 euros, según la gravedad de la infracción (artículo 45), que podrán ser revisadas periódicamente (disposición adicional quinta), establece criterios de graduación de las multas (artículo 46) y contempla la posible imposición de sanciones accesorias así como la sustitución de las multas pecuniarias por otras medidas alternativas (artículo 47).

El régimen sancionador proyectado suscita las siguientes observaciones:

? El artículo 45.1 del anteproyecto de Ley prevé que "las infracciones establecidas en la presente Ley serán sancionadas con multas que irán desde un mínimo de 150 euros hasta un máximo de 500.000 euros", cuando sería más correcta decir que "las infracciones establecidas en la presente Ley serán sancionadas con multas de 150 a 500.000 euros".

? Dentro de los criterios de graduación de las sanciones, el artículo 46.1.f) del anteproyecto de Ley contempla "la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así se haya declarado por resolución firme". Sin embargo, la reincidencia ya se tiene en cuenta en la tipificación de las infracciones graves (artículo 44.2.e) y muy graves (artículo 44.3.c), por lo que en el artículo 46.1.f) debería añadirse el siguiente inciso final: "... Se exceptúan los supuestos del artículo 44.2.e) y 3.c)".

Por otra parte, el artículo 46.2 del anteproyecto de Ley prevé que si en la infracción cometida concurre un supuesto de discriminación múltiple, "la sanción podrá imponerse en la cuantía máxima del grado que corresponda". En realidad, este precepto no está añadiendo nada a lo que, con carácter general, siempre podrá hacer la Administración sancionadora. Si lo que se pretende es que, en caso de discriminación múltiple, la sanción se imponga en su grado máximo o en su cuantía máxima, así debe decirse expresamente, en términos imperativos. En todo caso, ya se ha dicho que la discriminación múltiple, por su gravedad, debería contemplarse como una conducta típica, concretamente como una infracción muy grave, más que como un criterio de graduación de las sanciones.

Finalmente, la agravante contemplada en el artículo 46.4 del anteproyecto de Ley para los funcionarios públicos debería extenderse a todas aquellas personas que tienen condición de "autoridad, agente de la misma, funcionario o empleado público".

? Entre las sanciones accesorias que pueden imponerse, además de la multa pecuniaria, figura la "supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales que la persona sancionada tuviese reconocidos o hubiera solicitado", el "cierre del establecimiento en que se haya producido la discriminación" o "el cese en la actividad económica o profesional desarrollada por la persona infractora".

Dentro de estas sanciones accesorias destaca el posible cierre del establecimiento o el cese de la actividad económica o profesional, que -a juicio del Consejo de Estado- deben someterse a un término temporal máximo que ha de fijarse en la Ley (en ningún caso superior a los cinco años establecidos en el Código Penal) y no remitirse a la determinación de las Comunidades Autónomas.

D) Procedimiento sancionador y autoridades competentes

El artículo 48 del anteproyecto de Ley regula el procedimiento sancionador y determina las autoridades competentes en materia de igualdad de trato.

Cuando se trata de procedimientos que afectan a la Administración General del Estado debería fijarse de acuerdo con lo ya dicho sobre el artículo 29, quién o quiénes son los órganos competentes para instruir y sancionar a fin de evitar que pudiera haber disparidad de criterios que produzcan un tratamiento discriminatorio del régimen sancionador y en definitiva de la aplicación de la Ley de Igualdad de Trato.

Asimismo, merece destacarse que, en el caso de procedimientos sancionadores cuya tramitación corresponda a la Administración General del Estado, se requiere el acuerdo del Consejo de Ministros para la imposición de infracciones muy graves y de cuantía superior a 200.000 euros (artículo 48.4 del anteproyecto de Ley), introduciéndose así un criterio distinto del ya establecido en determinadas regulaciones específicas (así, por ejemplo, la cuantía se eleva a 300.000 euros en el artículo 23.3.c) de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad). No existiendo una razón de fondo que, en materia de igualdad de trato, justifique la existencia de umbrales distintos según el ámbito en que se produzca la discriminación, debería establecerse un criterio uniforme en todo caso. Por lo demás, el anteproyecto de Ley no debería hacer referencia expresa al Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento sobre el ejercicio de la potestad sancionadora, limitándose a mencionar la "Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el Reglamento sobre el ejercicio de la potestad sancionadora que la desarrolla", a fin de que esta previsión legal siga siendo exacta y operativa aun en el supuesto de una ulterior derogación de dicha norma reglamentaria.

E) Valoración de conjunto sobre el régimen sancionador

A juicio del Consejo de Estado, el título IV del anteproyecto de Ley, relativo a las infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato, no satisface -en sus términos actuales- las exigencias mínimas derivadas de los principios de tipicidad, legalidad y proporcionalidad que la jurisprudencia constitucional ha deducido del artículo 25 de la norma fundamental, razón por la que desde el punto de vista de la legalidad constitucional, deben perfilarse y concretarse y adecuarse las previsiones de este título haciendo uso los criterios apuntados en líneas precedentes.

XIII.- Consideración final

A la vista de las observaciones, propuestas y sugerencias realizadas en el cuerpo del presente dictamen, el Consejo de Estado considera necesario que el texto sometido a consulta, antes de su remisión como proyecto de Ley a las Cortes Generales, sea sometido a aquellos ajustes que, tras el análisis realizado, se han revelado necesarios tanto en su ámbito de aplicación como en determinados preceptos específicos y particularmente en el título IV dedicado al régimen de infracciones y sanciones, a fin de alcanzar una mayor eficacia y seguridad jurídica en la aplicación de la norma y evitar que los instrumentos previstos en ella sean utilizados en supuestos distintos de los que demanda la protección de la igualdad de trato.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno, es de dictamen:

Que, una vez atendidas las observaciones realizadas al artículo 16.2 y al título IV y consideradas las demás observaciones contenidas en el presente dictamen, puede V. E. remitir a las Cortes Generales el presente anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación como proyecto de Ley."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 26 de mayo de 2011

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. MINISTRA DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD.

[subir](#)

[Inicio](#) [Sobre la sede electrónica](#) [Contactar](#) [Aviso jurídico](#) [Nuestra web](#) [Mapa](#) [Accesibilidad](#)  [RSS](#)

Agencia Estatal BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54 - 28050 Madrid - Tel.: (+34) 902 365 303 / 91 111 4000