

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Breve análisis del proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Fernando Rey Martínez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid y Patrono de la Fundación Secretariado Gitano, es 'reincidente' en esta sección de la revista (ver nº19 y nº51/52), lo cual le agradecemos muy especialmente, tanto por la calidad técnica de sus artículos como por su claridad expositiva. Su trayectoria como columnista y editorialista del periódico *El Norte de Castilla* o de Director de Comunicación de la Universidad de Valladolid, es sin duda un buen bagaje.

En esta ocasión tenemos además la suerte de contar con una de las personas que más sabe del asunto –el proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación– ya que además de ser una materia que conoce a la perfección, ha sido asesor en la redacción técnica del mismo.

A comienzos de 2011, el Consejo de Ministros ha aprobado un proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación que, a esta fecha, sigue el procedimiento legislativo correspondiente. Por tanto, nos encontramos ante un texto que con toda seguridad sufrirá modificaciones, tanto a propuesta de los órganos consultivos que la están informando (Consejo de Estado, Consejo General del Poder Judicial, Consejo Estatal del Pueblo Gitano y otros), cuanto de las organizaciones del tercer sector, como, por supuesto y sobre todo, de la lectura parlamentaria. Un dato éste de la importante participación de entidades públicas y sociales en la elaboración de la norma que contrasta llamativamente con la triste y expeditiva transposición inicial de la Directiva de igualdad racial efectuada por la Ley 62/2003. A pesar de tratarse de un texto normativo en fase de elaboración, tiene interés, sin embargo, que lo analicemos. De este modo, incluso los propios cambios que se vayan introduciendo a lo largo del procedimiento parlamentario podrán ser mejor entendidos y valorados.

El sector más conservador de medios de comunicación, en un contexto de crítica política sin cuartel al Gobierno, ha recibido con sospecha esta norma. Inicialmente, se inquietó por la inversión de la

carga de la prueba en los casos de discriminación (art. 28), sin darse cuenta de que, como se señala en el apartado tercero de este precepto, ni se refiere a procesos penales ni a sancionadores en general (donde rige el derecho de presunción de inocencia), ni se trata, en realidad, de una novedad, sino de una regla que, impuesta por el derecho de la Unión Europea, se viene aplicando con normalidad desde hace años en nuestro país. Más tarde, se preocupó por la previsión (art. 16.2) de que los centros educativos que excluyan del ingreso a personas por razón de las causas previstas en la norma (art. 2.1) y, en particular, por su sexo, no podrán acceder a cualquier forma de financiación pública. Se plantea aquí el debate sobre si los colegios de titularidad privada reservados sólo a varones o a mujeres podrán acceder al concierto escolar. Con seguridad, el debate sobre si la no coeducación es una opción pedagógica adecuada, al menos en ciertos casos, o una forma discriminatoria y negativa de organización escolar, será uno de los centrales en la tramitación de la norma. En cualquier caso, no creo revelar ningún secreto al recordar que en los debates técnicos finales, en sede gubernamental, la preocupación mayor estaba en enfrentarse al hecho, tantas veces recordado por los informes del Defensor del Pueblo, de que en no pocas ocasiones, los colegios concertados



se las ingenian para no recibir en sus aulas a niños de minorías étnicas, o discapacitados, etc., que se concentran en las escuelas públicas. Por último, algunos medios se han alarmado porque el art. 19.2 prohíbe rehusar ofertas de compra o arrendamiento por alguna de las causas de discriminación previstas en la ley. Parece, pues, que denegar, por ejemplo, a un gitano el alquiler de una vivienda sólo por ser gitano no debería merecer ningún reproche social. Se demuestra de nuevo lo que las estadísticas vienen apuntando: la mayoría de españoles ni conoce cuál es la situación de discriminación que sufren muchas personas (a veces ni las propias víctimas son capaces de identificar la agresión que han recibido, aunque reciban sus efectos), ni, enfrentadas a alguna de ellas, les parece particularmente mal, ni, y esto es lo más chocante, se sienten particularmente racistas, machistas, homófobos, xenófobos, etc. Parecería que no hay problema, y por eso también desde ciertos medios se duda incluso de la oportunidad o de la necesidad de una nueva norma sobre esta materia, y ésta es, sin duda, la mayor impugnación de la ley. ¿Es necesaria? Alguien me decía, en la fase de elaboración de la norma, que no hacía falta disponer nuevas medidas de política criminal para endurecer la lucha contra la discriminación racial ya que apenas hay pronunciamientos judiciales sobre esta materia en España. Yo le repliqué que precisamente esa falta de sentencias condenatorias del racismo demostraba justo lo contrario,

- La importante participación de entidades públicas y sociales en la elaboración de la norma contrasta llamativamente con la triste y expeditiva transposición inicial de la Directiva de igualdad racial efectuada por la Ley 62/2003

- La norma pretende también consolidar el derecho de igualdad de trato adaptándolo a la nueva realidad social, que cada vez es más compleja, más cambiante y sujeta a los vaivenes de la economía

que el problema era mayor del que pensábamos, porque las víctimas ni conocen sus derechos, ni confían en la justicia, ni ésta ha sido hasta el momento especialmente sensible respecto de la discriminación racial, xenófoba, etc.

Así pues, la primera pregunta, y la más importante, es ¿por qué otra ley de igualdad? y, ligado a ello, ¿qué tipo de ley de igualdad? Estas preguntas se contestan en la exposición de motivos de la norma. La ley es necesaria para: (1º) Transponer adecuadamente, por fin, la normativa europea sobre derecho antidiscriminatorio. Casi todos los países de la Unión Europea, y desde luego los más avanzados, cuentan con una norma semejante (tanto el derecho de la Unión Europea como estas normas de desarrollo de los principales Estados han servido de inspiración para la norma española). Esta primera respuesta podría valer por sí misma para explicar por qué hace falta una norma integral de igualdad en España, pero hay más razones (2º) La igualdad de género, por orientación sexual, de las personas dependientes, etc. ha sido uno de los temas centrales de la agenda política del Gobierno. No es de extrañar, por tanto, que éste, ahora, intente “situar a España entre los Estados de nuestro entorno que cuentan con las instituciones, instrumentos y técnicas jurídicas de igualdad de trato y no discriminación más eficaces y avanzados” (3º) La norma pretende también consolidar el derecho de igualdad de trato adaptándolo a la nueva realidad social, que cada vez es más compleja (de modo que el discurso de la igualdad no es un discurso sólo de minorías, ya que cualquier persona a lo largo de su vida podría ser víctima de algún tipo de discriminación), más cambiante (las causas de discriminación mutan y aparecen algunas nuevas, como, por ejemplo, recientemente, la apariencia física) y sujeta a los vaivenes de la economía (en un periodo dilatado de crisis económica, el fenómeno discriminatorio se dispara).

¿Qué tipo de ley?: una ley de garantías, una ley integral y una ley que vincula directamente no sólo al Estado, sino también a otros particulares

Como se indica en su exposición de motivos, la nueva ley de igualdad es una ley de garantías y es una ley integral. La idea de garantía, en efecto, es el auténtico hilo conductor de la ley, el criterio que le da coherencia y que aporta las principales novedades. Ya hay en España numerosas normas sobre igualdad de trato y de oportunidades por razón de género, etnia, etc. Pero uno de los principales problemas detectados es que bastantes de estas normas no se cumplen en la realidad. De modo que el problema de la igualdad de trato en España no es tanto el de su reconocimiento, como el de su protección real, es decir, el de sus garantías o mecanismos para asegurar la aplicación real de las normas. Los derechos valen lo que valgan sus garantías. Y esta nueva norma recoge garantías de todo tipo: normativas, procesales, penales e institucionales (con ese Fiscal de sala delegado del Fiscal General del Estado para la tutela de la igualdad de trato y la no discriminación del art. 30.1 y, sobre todo, a través de la nueva institución de la Autoridad para la igualdad de trato y la no discriminación regulada en el Título III de la Ley).

Es también una ley integral, tanto por su objeto como por los ámbitos a los que se refiere, cuando por sus destinatarios territoriales. Por su objeto, ya que no se limita a regular uno solo tipo de discriminación, como la de género, o la racial, por ejemplo, al modo en que se venía haciendo hasta ahora, sino que se refiere a todos los tipos posibles de discriminación especialmente odiosa. En el art.

– El problema de la igualdad de trato en España no es tanto el de su reconocimiento, como el de su protección real, es decir, el de sus garantías o mecanismos para asegurar la aplicación real de las normas. Los derechos valen lo que valgan sus garantías

– Un aspecto de la Ley muy importante es que su contenido no sólo va a obligar a los poderes públicos, sino a otros particulares (art. 2.5). Si uno de los escenarios principales de la discriminación es el ámbito de las relaciones laborales, parece lógico, por ejemplo, que las disposiciones sobre igualdad de trato vinculen a los empleadores

– La Ley no renuncia a reconocer también, junto con la igualdad de trato, el mandato a los poderes públicos de establecer acciones positivas, esto es, “diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación en su dimensión colectiva o social” (art. 11)

2 se señalan estos tipos: “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”. Obsérvese que esta lista, que se inspira sobre todo en el art. 14 de nuestra Constitución, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es una cláusula abierta u no cerrada, que puede acoger, por tanto, otros tipos de discriminación de cierta entidad que puedan irse observando. Como es sabido, el Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea se está construyendo sobre seis rasgos: sexo, etnia/raza, convicción/religión, edad, discapacidad y orientación sexual. Pero los ordenamientos nacionales son libres, por supuesto, de ir más allá que el derecho europeo que, en este punto, marca un mínimo y no un máximo.

Es una ley integral también por los ámbitos a los que se refiere, que son muy amplios: empleo, educación, sanidad, prestaciones y servicios sociales, acceso a bienes y servicios a disposición del público (art. 3.1), así como respecto de sus destinatarios territoriales; en efecto, según la disposición final primera, bastantes de sus preceptos son legislación básica, es decir, legislación aplicable en todo el territorio nacional. Las Comunidades Autónomas tienen también títulos competenciales en materia de promoción de la igualdad de oportunidades y de todos los ámbitos a los que se refiere la norma, de modo que cabría una legislación y ejecución autonómica de desarrollo. En mi opinión, no sería deseable, en este punto, que las Comunidades crearan una Autoridad de igualdad de trato propia, por no incrementar excesivamente el gasto público, pero sí sería necesaria una fuerte cooperación entre el Estado y las Comunidades para implantar un sistema coordinado de lucha contra la discriminación con implantación en todo el territorio.

Un aspecto de la Ley muy importante es que su contenido no sólo va a obligar a los poderes públicos, sino a otros particulares (art. 2.5). Si uno de los escenarios principales de la discriminación es el ámbito de las relaciones laborales, parece lógico, por ejemplo, que las disposiciones sobre igualdad de trato vinculen a los empleadores. Es cierto que esta intervención pública tan potente en las relaciones entre particulares puede ser problemática si arrollase sin medida la autonomía característica de tales relaciones. Hay un riesgo de imponer desequilibradamente la igualdad a costa de la libertad. Pero también es cierto que tampoco la autonomía individual en el ámbito privado lo puede todo o lo valida todo. Es preciso encontrar un equilibrio.

¿Qué discriminación y con qué formas y escenarios?

No toda desigualdad de trato por razón de nacimiento, origen racial o étnico, edad, etc. es discriminatoria, sino sólo aquella que no pueda justificarse por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (art. 4.2). Esta diferencia es capital. Un ejemplo. El art. 12 de la Constitución establece la mayoría de edad a los 18 años; esta diferencia de trato por edad impide que los menores puedan votar y ser votados. Esta diferencia de trato, ¿está justificada? Al figurar en la propia Constitución, la respuesta es claramente afirmativa. Es una diferencia no discriminatoria porque se pretende con ella garantizar que sólo puedan ejercitar los derechos de sufragio aquellas personas con madurez

(aunque, como todas las ficciones jurídicas, basadas en generalizaciones extraídas de la experiencia, pueda discutirse su validez en relación con casos concretos). Normalmente, para prohibir la discriminación, se exigirá una identidad de trato, pero no siempre será así, porque si una minoría se encuentra, de hecho, peor que la mayoría, las normas deberán tratar de modo diferente y mejor a la minoría (esto es una acción positiva). Ahora bien, ¿cómo sabremos qué diferencias de trato son discriminatorias? La ley dedica a ello el Título I, que comprende un buen número de definiciones. Este Título I no tiene una finalidad escolar o didáctica, sino que busca precisar qué entendemos por discriminación y también pretende ampliar el espacio de protección al incluir nuevas formas de discriminación, como la múltiple o la que se comete por asociación, que hasta ahora no estaban contempladas en nuestro ordenamiento.

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación prohíbe toda conducta, acto, criterio o práctica que constituya una discriminación directa (un trato diferente y peor por razón de sexo, etnia, etc.) o una discriminación indirecta (un trato diferente no en atención al sexo, la etnia, etc. sino a un criterio en principio neutro o válido, pero que, de hecho, impacta perjudicialmente sobre las mujeres, las minorías étnicas, etc.). Se prohíbe también las discriminaciones por asociación, un concepto que se trae de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión. Supongamos una mujer a la que se despidió por tener un hijo discapacitado a su cargo y ante la suposición de que por ello no cumplirá adecuadamente sus deberes laborales; en este caso no ha habido una discriminación por discapacidad directa, sino por asociación, esto es, por la estrecha relación de cuidado que la madre mantiene con su hijo. Otra forma de discriminación prohibida es la que se produce por error, de modo que la alegación por parte del discriminador de que él actuó en función de una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona discriminada, por ejemplo, pensado en que era homosexual, aunque no lo fuera, no tendría valor ni permitiría juzgar este acto como una discriminación, con las consecuencias más severas que le son propias. No se permite tampoco ni el acoso discriminatorio, ni la inducción, orden o instrucción de discriminar a terceros, ni que se dispense un trato adverso a cualquier persona que denuncie o que participe o colabore en un procedimiento para hacer cesar o para reparar una discriminación.

En definitiva, el Título I de la norma contiene un catálogo bastante completo y actualizado de tipos de discriminación (tan sólo echo en falta el deber de acomodación razonable que ya existe en nuestro ordenamiento para las discriminaciones por discapacidad, pero que podrían extenderse a otras formas, como la discriminación religiosa, al modo canadiense). Recoge asimismo el novedoso concepto de discriminación múltiple (art. 7), que se produce cuando “concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación”. La norma prevé, respecto de la estrategia estatal para la igualdad de trato, aprobada por el Consejo de Ministros y preparada por la Conferencia Sectorial de Igualdad, que preste “especial atención” a las discriminaciones múltiples, ya que “por su propia naturaleza suponen un ataque más grave al derecho a la igualdad de trato y no discriminación” (art. 32.4.c). Además, cuando se cometa una discriminación múltiple, la sanción deberá imponerse en su grado máximo (art. 44.2).

La Ley pretende, fundamentalmente, establecer garantías que aseguren la igualdad de trato, entendida como ausencia de discrimi-

minación (en el sentido expuesto). Pero no renuncia a reconocer también, junto con la igualdad de trato, el mandato a los poderes públicos de establecer acciones positivas, esto es, “diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación en su dimensión colectiva o social” (art. 11). Con estas medidas no se trata de reprimir un acto que lesione la igualdad de trato, sino de obligar a los poderes públicos (y de incitar a los particulares) para que adopten actos que favorezcan la igualdad de oportunidades. La definición del art. 11 se trae de la Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (que, a su vez, se inspira en la normativa de la Unión Europea), pero es discutible, a mi juicio. En efecto, el art. 11 condiciona la validez de las acciones positivas a que sean razonables, proporcionadas en cuanto a los medios para su desarrollo, temporales, etc. En otras palabras, las configura como excepción (de justificación más estricta, por tanto) de la igualdad de trato. Como si la igualdad de trato fuera identidad de trato. Esto es un error conceptual. El derecho no puede tratar idénticamente lo que de hecho es diferente. Las acciones positivas no son una excepción de la igualdad de trato, sino su complemento. El derecho a no sufrir discriminación abarca la igualdad de trato y también la igualdad de oportunidades o mandato de acciones positivas. Otra cosa son las discriminaciones positivas, cuya validez sí puede ser problemática y por eso deben interpretarse de modo estricto. Pero las acciones positivas deben verse libres de toda sospecha. En cualquier caso, es preciso observar que sobre esta distinción entre acciones y discriminaciones positivas, ni doctrina, ni legislador, ni jurisprudencia se ponen de acuerdo. Es una cuestión brumosa.

El capítulo II del Título II contiene algunas de las acciones positivas a las que se refiere en general el art. 11: promoción de las mismas por parte de los poderes públicos y también entre particulares, sobre todo en el mundo de la empresa, a través de las acciones de responsabilidad social (art. 31.2); la interesante estrategia plurianual para la igualdad de trato, antes mencionada (art. 32); el deber de colaborar entre administraciones (art. 33); la obligación de que las estadísticas e informes públicos incorporen los indicadores que permitan analizar mejor las causas y efectos de las discriminaciones (art. 34.1), con especial atención a los datos que recaben las fuerzas y cuerpos de seguridad (art. 34.2; esto es muy importante en la práctica para poder apreciar más tarde el componente machista o racista, etc. del hecho) y a la estadística judicial (art. 34.3; esto permitirá conocer la aplicación real de las normas que garantizan la igualdad de trato); la valoración de políticas a favor de la igualdad de trato por parte de las empresas y entidades a la hora de conceder subvenciones y contratos públicos (art. 35) y el deber de incluir la materia igualdad de trato en los planes de formación, como en las pruebas de acceso de todos los empleados públicos (art. 36). Este deber de formación se reitera con énfasis respecto de los miembros del ministerio fiscal (art. 30.2 –esto es importante porque no existe hasta el momento una política criminal seria para perseguir los delitos de discriminación y el ministerio fiscal juega un papel clave en la política criminal). En mi opinión, el artículo relativo a la necesidad de iluminar estadísticamente el fenómeno de la discriminación (una necesidad largamente advertida y reivindicada por el movimiento de lucha contra la discriminación) no es una acción positiva sino una garantía (organi-

zativa o procedimental) de la igualdad de trato, por lo que no está correctamente ubicada (hubiera estado mejor situada a continuación del actual art. 29).

El Título I no se limita a establecer en su capítulo primero las formas o tipos de discriminación prohibida, sino que en su capítulo segundo concreta tales formas en algunos de los principales escenarios sociales de discriminación, identificando algunos tipos de discriminación tan corrientes como especialmente prohibidos. Esos escenarios son ocho:

1) Relaciones laborales. A este ámbito, el primero en mencionarse, se dedican nada menos que cuatro preceptos (arts. 12-15), lo que da idea de su importancia. La ley se refiere al empleo por cuenta ajena, a la negociación colectiva, al empleo por cuenta propia y a las organizaciones sindicales, empresariales y profesionales. Retengo como una de las principales novedades de estos preceptos el deber para la Inspección de Trabajo de incluir en su plan anual de actuación el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato en el acceso al empleo y en el trabajo (art. 12.3)

2) Educación (art. 16), antes ya mencionada incidentalmente. La norma pretende evitar discriminaciones en el acceso a los centros, incluso aunque sean concertados y ordena mantener programas específicos de refuerzo y de lucha contra el absentismo escolar de niños víctimas de discriminación (sobre todo, como cabe suponer, aunque la Ley no lo diga expresamente, de tipo racial/étnica; éste es uno de los principales problemas en presencia).

3) Atención sanitaria (art. 17). La ley contiene un mandato de prohibición de discriminación por todos los motivos, pero ordena “extremar el celo” en las que tienen su causa en el nacimiento, sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico o nacionalidad (en este último caso, cuando esté prevista legalmente la atención sanitaria). En el apartado tercero se establece un mandato de acciones positivas en el campo de la salud a los “grupos de población que presenten necesidades sanitarias específicas”, como las personas mayores, menores de edad, con discapacidad, que padezcan enfermedades mentales, crónicas, raras, degenerativas o en fase terminal, etc. Tampoco podrá denegarse un tratamien-

– La norma pretende evitar discriminaciones en el acceso a los centros, incluso aunque sean concertados y ordena mantener programas específicos de refuerzo y de lucha contra el absentismo escolar de niños víctimas de discriminación

to sanitario por la concurrencia de enfermedades preexistentes o intercurrentes, salvo por estrictas razones médicas.

4) Servicios sociales (art. 18), concediendo prioridad en la definición y ejecución de los planes y programas sociales a “los colectivos especialmente vulnerables”.

5) Vivienda (art. 19). Destacaría la prohibición para los prestadores de servicios de venta, arrendamiento o intermediación inmobiliaria de discriminar a una persona en razón de cualquiera de los motivos de la Ley y, en particular, de rehusar una oferta de compra o arrendamiento, impedirla o denegarla. Este aspecto ha sido también objeto de crítica en algunos medios conservadores, para los cuales no hay motivo de reproche alguno en el hecho de que una persona se niegue, por ejemplo, a alquilar un piso de su propiedad a otra persona porque ésta sea homosexual, extranjero, gitano, etc. Esta postura refleja lo que en la literatura especializada norteamericana se denomina “racismo inconsciente” (aunque, entre nosotros, mucho de racismo consciente, aunque no confesable, también podría haber).

6) Oferta pública de bienes y servicios, tales como servicios financieros, de transporte, formación, ocio, etc. (art. 20); se hace una mención específica a las ofertas de seguros.

7) Establecimientos o espacios abiertos al público (art. 21). No se podrá impedir el acceso ni la permanencia en ellos por los motivos de la Ley.

8) Medios de comunicación y publicidad (art. 22). La norma se refiere a la promoción de acuerdos de autorregulación (que, por cierto, no han sido demasiado fructíferos hasta el momento) y cataloga como publicidad ilícita a aquella que contenga elementos de discriminación.

Así pues, el legislador ha seleccionado en este capítulo segundo del Título I algunos de los principales escenarios de discriminación (vendrían a ser como los campos de batalla donde se libra por antonomasia la lucha contra la discriminación). A este elenco habría que añadir otro bien importante, el de internet, donde se producen y transmiten, con tanto dinamismo e impacto como dificultad de impedirlo, ideas, imágenes y argumentario racistas, xenófobos,

homófobos, etc. La disposición adicional primera de la Ley habilita, en este sentido, a los órganos judiciales competentes para restringir o limitar la prestación de servicios o la retirada de datos de páginas de internet en el marco de lo dispuesto por la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. En mi opinión, falta en la norma un escenario de discriminación fundamental, sobre todo, en relación con la etnia/raza: la participación política. No habrá avance sostenible en la lucha contra este tipo de discriminación mientras no haya gitanos en los ayuntamientos y parlamentos en una proporción semejante a la que mantienen demográficamente con el resto de la población.

¿Qué garantías?: procedimentales, sancionadoras e institucionales.

Como hemos venido señalando, la idea de garantía de la prohibición de discriminación es el auténtico hilo conductor de la norma. En el capítulo primero del Título II y en los Títulos III y IV se recogen tales garantías. Creo que podríamos ordenar el cuadro de garantías en garantías procedimentales, sancionadoras e institucionales.

A) Garantías procedimentales. La norma señala las siguientes: la previsión de que la tutela judicial de la igualdad de trato comprenda todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación (cese inmediato, prevención de violaciones inminentes o ulteriores, indemnización de daños y perjuicios y restablecimiento de la víctima en el pleno ejercicio de su derecho) –art. 26; la atribución de legitimación procesal a partidos, actores sociales y organizaciones especializadas –que cumplan determinados requisitos– para defender los derechos e intereses de sus asociados ante los tribunales (art. 27); la consideración de “interesado” de esas mismas entidades en los procedimientos en los que la administración tenga que pronunciarse en relación con una situación de discriminación, siempre que cuenten con la autorización del afectado o sin ella en los casos en los que las personas afectadas sea una pluralidad indeterminada o de difícil determinación (art. 29.2); y, por último, la inversión de la carga de la prueba, salvo en materia penal y administrativa sancionadora (art. 28).

B) Garantías sancionadoras. Son muchas e importantes. El legislador es consciente de que la igualdad no sólo se propone sino que, en caso de incumplimiento, debe también imponerse de modo contundente. La norma recoge, en este sentido, previsiones como las siguientes: la declaración de nulidad de cualquier disposición, acto o negocio jurídico que cause o pueda causar discriminación (art. 23); la eventual exigencia de responsabilidad administrativa, penal o civil por daños y perjuicios, derivada del incumplimiento de la protección frente a la discriminación (que incluye la adopción de medidas preventivas, la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias –art. 24.1); la atribución de responsabilidad patrimonial por discriminación (con presunción, además, de existencia de daño moral), tanto de la persona que la cause, como de los empleadores o prestadores de bienes y servicios cuando tal discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones de protección del art. 24.1 (art. 25); la exigencia de que cualquier autoridad pública que conozca un supuesto de discriminación con ocasión del ejercicio de sus competencias de incoar el correspondiente procedimiento administrativo, en el que

– Si esta Autoridad funciona bien, cabe esperar un sustancial avance en la lucha contra la discriminación en nuestro país. Un punto central es el de su autonomía respecto del Gobierno de turno

se podrán acordar medidas de investigación de los hechos y adoptar medidas “oportunas y proporcionadas” para su eliminación o, si procede, comunicar estos hechos de manera inmediata a la administración competente (art. 29.1).

Mención aparte merece el título IV, dedicado a infracciones y sanciones en esta materia. Es preciso observar que, dada la enorme extensión de su ámbito material (empleo, educación, salud, etc.), las discriminaciones prohibidas pueden provenir de cualquier administración pública e incluso de particulares. La norma establece en este punto un régimen básico aplicable a todo el territorio nacional, sin perjuicio de que las autonomías establezcan, en su caso, legislación de desarrollo (art. 41.1). En aquellas causas de discriminación para las que exista un régimen específico de infracciones y sanciones (como ocurre con la discapacidad), éste será de aplicación preferente sobre el general que establece la Ley de Igualdad de Trato.

Evidentemente, no es la Autoridad para la Igualdad de Trato el órgano llamado a sancionar, en contra de lo que ha sostenido un sector de la prensa, sino la administración pública competente en razón de la materia. Si se trata, por ejemplo, de una posible discriminación producida en una escuela de Valladolid, deberá ser la administración competente, esto es, la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, la que instruya el expediente sancionador. La Ley establece un catálogo de infracciones (art. 42), calificándolas, como es usual, de leves (simples irregularidades formales), graves (discriminaciones directas e indirectas, instrucción, inducción u orden de discriminar, acoso discriminatorio, represalia, incumplimiento de requerimiento administrativo específico, comisión de una tercera infracción leve en el plazo de un año) o muy graves (acosos discriminatorios que impliquen vejaciones muy graves en los derechos fundamentales o generen un grave perjuicio económico o profesional, presión grave sobre autoridades y empleados públicos, comisión de una tercera infracción grave en el plazo de dos años). Al catálogo de infracciones le acompaña el de sanciones (art. 43): las infracciones leves, de 150 a 10000 euros, las graves de 10001 a 60000 y las muy graves de 60001 a 500000. La norma establece los criterios para graduar las sanciones en mínimo, medio y máximo (art. 44): intencionalidad del autor, naturaleza de los daños, número de personas afectadas, repercusión social de las infracciones, permanencia o transitoriedad de las repercusiones de la infracción, reincidencia, beneficio económico generado para el infractor. El Gobierno podrá actualizar periódicamente la cuantía de las sanciones teniendo en cuenta la variación del IPC (disposición adicional séptima). Además de las sanciones económicas (multas), los órganos administrativos podrán imponer como sanción accesoria la supresión, cancelación o suspensión total de ayudas oficiales del infractor, el cierre del establecimiento o el cese de la actividad económica o profesional desarrollada por la persona infractora (art. 45.1). Cuando la infracción proceda de una administración pública, el órgano competente, en cuanto tenga conocimiento de ella, podrá adoptar las medidas provisionales oportunas para hacer cesar la discriminación (art. 46.3).

Una previsión novedosa e interesante de la Ley es la posibilidad, siempre que no se trate de infracciones muy graves, de que, con el consentimiento del sancionado, el órgano administrativo competente sustituya la sanción económica por la prestación de su coo-

peración personal no retribuida en actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, o en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas de los actos de discriminación, o de asistencia a cursos de formación o a sesiones individualizadas o por cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar al infractor sobre la igualdad de trato y de reparar el daño moral de las víctimas y de los colectivos afectados (art. 45.2). Me parece un buen mensaje: aunque la violación de la igualdad se castiga, lo importante no es tanto el castigo por el castigo, como la necesidad de cambiar hábitos y mentalidades a favor de una sociedad de iguales. Con esta medida (aunque mucho me temo que en la práctica no se utilice demasiado) se minarían las bases ideológicas del machismo, del racismo, etc. que son la munición ideológica de la discriminación.

C) Garantías institucionales. Estamos, sin duda, ante la mayor novedad de la Ley y ante la garantía más importante: la creación de la Autoridad para la igualdad de trato y la no discriminación (Título III). Con este órgano, que nos venía exigido por el Derecho de la Unión Europea (orden, por cierto, que venimos estrepitosamente incumpliendo por el momento), el legislador se asegura que todas las demás garantías (y otras que en el futuro se perciban como necesarias) se cumplan efectivamente. La protección de la igualdad de trato, con este órgano, será dinámica y adaptable a las nuevas situaciones, evitando una política coagulada, desfasada y no sincera de lucha contra la discriminación. Pero antes de exponer los principales elementos del régimen de organización y funcionamiento de esta nueva figura, hay que llamar la atención sobre el hecho de que la Ley contiene otra garantía institucional de gran importancia, la de un Fiscal de Sala delegado del Fiscal General del Estado para la tutela de la igualdad de trato y la no discriminación (art. 30).

¿Cómo configura la Ley a la Autoridad para la igualdad de trato y la no discriminación? Se trata de una autoridad independiente, con autonomía orgánica y funcional unipersonal, con personalidad jurídica propia y plena, nombrada por el Gobierno, previa comparecencia ante el Congreso de los Diputados, para un periodo de seis años (es interesante, para asegurar su independencia, que su mandato no coincida con los cuatro del Gobierno que le nombra), sin posibilidad de renovación, cuya función será proteger y promover la igualdad de trato y la no discriminación tanto en el sector público como en el privado. El Informe del Consejo General del Poder Judicial advierte del posible riesgo de solapamiento de la figura de la Autoridad con la del Defensor del Pueblo. Ciertamente, se habrían cumplido las exigencias del Derecho de la Unión Europea si se hubiera optado por un modelo de Tercer Adjunto del Defensor del Pueblo para la igualdad de trato, pero esta solución planteaba serios problemas: crear otro Defensor dentro del Defensor, modificar la Ley reguladora del Defensor y probablemente de la propia Constitución, ya que ésta sólo permite la actuación del Defensor frente a los actos de las administraciones públicas, pero no de otros particulares (ésta es una diferencia esencial entre ambas instituciones), etc. Además, mientras que el Defensor del Pueblo “sólo” tiene capacidad para emitir recomendaciones de actuación, la Autoridad puede llevar a cabo acciones más incisivas de asistencia a las víctimas de discriminación. El art. 36 se refiere a ellas (la lista es abierta): prestar apoyo a las víctimas de discriminación para la tramitación de sus quejas o reclamaciones; mediar o con-

ciliar (salvo si son penales o laborales); investigar de oficio las situaciones discriminatorias de especial gravedad o relevancia y, en este caso, las administraciones y los particulares deberán prestar la colaboración necesaria, que incluye la puesta a disposición de información y datos, incluso personales de terceros sin el consentimiento de éstos (art. 40); ejercitar acciones legales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato (litigación estratégica); interesar la actuación de la administración pública competente para sancionar las infracciones; interesar la actuación del Fiscal si hay indicios de delito; promover la adopción de códigos de buenas prácticas; colaborar con el Defensor del Pueblo y las instituciones semejantes autonómicas e internacionales; emitir dictamen sobre los reglamentos de desarrollo de la Ley de igualdad de trato; informar sobre la Estrategia estatal de acción para la igualdad de trato y no discriminación, y sobre planes y programas de especial relevancia en la materia; elaborar informes estadísticos, promover estudios, a iniciativa propia o a instancia del Gobierno central o de los autonómicos; diseñar y mantener un barómetro sobre igualdad de trato; velar por el cumplimiento de la normativa reguladora de la igualdad de trato, así como formular propuestas para su modificación; informar, a instancia del Fiscal o del órgano judicial competente, en los procesos que versen sobre esta materia; aprobar el informe anual de sus actividades, que remitirá al Congreso, al Gobierno y al Defensor del Pueblo.

Si esta Autoridad funciona bien, cabe esperar un sustancial avance en la lucha contra la discriminación en nuestro país. Un punto central es el de su autonomía respecto del Gobierno de turno. Ya

hemos visto que su mandato no coincide con el del Gobierno, pero además, la Ley alberga otras disposiciones interesantes en este sentido, como que el desarrollo mediante reglamento de la Autoridad (estructura orgánica, régimen de personal, económico y presupuestario, etc.) sea elaborado en su momento por la propia Autoridad y elevado al Gobierno después para su aprobación (art. 37.3); o que su cese sólo pueda producirse por renuncia, incapacidad permanente, condena firme por delito doloso o incumplimiento grave de los deberes de su cargo (art. 37.4); o que la Autoridad elabore anualmente un anteproyecto de presupuesto que remitirá al Ministerio de Economía y Hacienda para su integración en el anteproyecto de Ley de presupuestos generales del Estado (art. 38.2).

Aunque la Ley no determina la estructura orgánica de la Autoridad, sí estipula que su Estatuto deberá asegurar la participación en sus actividades de las organizaciones representativas de los intereses sociales afectados, así como del conjunto de las Administraciones públicas y de las asociaciones y organizaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato y la no discriminación (art. 39) La disposición final segunda de la Ley establece que dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley se procederá a designar al titular de la Autoridad, así como a integrar en la nueva Autoridad algunos organismos y servicios con los que se solaparía. Es decir, se anuncia una ordenación racional de los órganos (y los recursos), una nueva ecología institucional a partir de la creación de la Autoridad.

● Valladolid, 19 de marzo 2011.

En tu declaración de la renta marca **"Fines Sociales"**



SOLIDARIA

www.xsolidaria.org

Síguenos en  

CON UN PEQUEÑO GESTO, LAS COSAS CAMBIAN

