



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL
SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE
TRATO Y LA NO DISCRIMINACION.**

I.- INTRODUCCIÓN

1.- Antecedentes

Por medio de comunicación del Excmo. Sr. Secretario de Estado del Ministerio de Justicia de fecha 31 de enero de 2011, ha sido remitido a esta Fiscalía General del Estado, para informe, el texto del Anteproyecto de Ley integral de Igualdad de trato y la no discriminación.

A tenor del artículo 14.4 j) de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981 de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, corresponde al Consejo Fiscal *informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.*

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal sobre el mencionado Anteproyecto y da cumplimiento al preceptivo trámite de informe previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

El Proyecto objeto de informe afecta tanto a la organización y estructura por una parte, prevé la designación de un Fiscal de Sala Delegado para la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

tutela de la igualdad de trato y la no discriminación y, por otro, establece un marco normativo para la prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación, extremo que es objeto de atención, en cualquier caso, por el Ministerio Fiscal en las distintas parcelas jurisdiccionales en las que interviene.

De hecho, y como consecuencia de la definición constitucional de la función que corresponde al Ministerio Público recogida en el artículo 124 de la Constitución Española, el Fiscal promueve la acción de la justicia con el propósito de defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la Ley. Asimismo, el artículo 3. 3 y 12 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dispone que *para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa, interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma que establecen las leyes.*

Por tanto, el Ministerio Fiscal que está plenamente legitimado para actuar en todos los ámbitos jurisdiccionales, debe procurar, en todo caso, a través de sus intervenciones evitar y erradicar las situaciones de discriminación de cualquier clase que sean y con independencia de su origen. En el ámbito penal, ejercita las acciones penales que correspondan contra los responsables que hayan podido incurrir en alguna de las figuras delictivas recogidas en los artículos 510 y siguientes ó 314 del Código Penal. Y en el ámbito jurisdiccional laboral o contencioso administrativo, protegiendo los derechos de los ciudadanos, entre ellos el recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, eje sobre el que vértebra el presente Anteproyecto.



En idéntica línea, la lucha contra la discriminación ha constituido una de las prioridades del Ministerio Público durante los últimos años. De hecho, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2009 se proponían distintas modificaciones en el Código Penal con el objetivo de extremar lo más posible la persecución de los delitos que atentan contra el derecho a la igualdad de trato de todos los ciudadanos. En esa línea se sugirió la modificación de los artículos 510 a 512 y 314 del Código Penal, en los términos que se recogen en la citada Memoria.

En otro orden de cosas, y con independencia de lo que se aborde a lo largo del presente informe, hay que significar que el artículo 30 del Anteproyecto prevé el nombramiento de un *Fiscal de Sala delegado para la tutela de la igualdad de trato y la no discriminación*, y establece la obligación del Gobierno de fomentar *la formación especializada en esta materia de los miembros del Ministerio Fiscal*.

Al hilo de ello, ha de indicarse que en este año 2011, dentro del programa de formación continua de la carrera fiscal, se incluye una actividad bajo el título, la intervención penal ante la discriminación y el principio de igualdad, que tiene precisamente por finalidad potenciar la formación de los miembros del Ministerio Fiscal en esta materia.

De todo ello, se desprende que la emisión del presente informe entra dentro de las competencias consultivas del Consejo Fiscal, por lo que es preciso analizar aquellos artículos del Anteproyecto que están estrechamente relacionados con las funciones, organización y estructura del Ministerio Público.



2.- Referencias básicas a la estructura y fundamentos del Anteproyecto de Ley.

El Anteproyecto de Ley está constituido por 47 artículos, 10 disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y 4 disposiciones finales. Asimismo, se encuentra distribuido en un Título preliminar, que lleva la denominación de, Objeto y ámbitos de aplicación de la Ley y recoge los artículos 1 a 3, un Título I dedicado al Derecho a la igualdad de trato y no discriminación que, a su vez, se divide en un capítulo I relativo a Disposiciones generales -artículos 4 a 11- y un capítulo II relacionado con el Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política, económica, cultural y social que engloba los artículos 12 a 22.

El título II, bajo la nomenclatura, Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, se distribuye en dos capítulos, destinado el primero de ellos a las Garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículos 23 a 30) y el segundo de ellos a la Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva que se desarrolla en los artículos 31 a 36.

El título III, dedicado a la Autoridad para la Igualdad de trato y la no discriminación, integra los artículos 37 a 41, y por último, el título IV, regula las Infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación en los artículos 42 a 47.

En cuanto a las distintas disposiciones adicionales, cabe destacar que de la primera a la sexta, se recogen diversas modificaciones de distintos textos normativos vigentes en la actualidad, con la intención de adecuar las



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

previsiones del Anteproyecto a todas aquellas normas que pudieran verse afectadas por las directrices y principios que inspiran el mismo.

Tanto de la Exposición de Motivos del presente Anteproyecto como de la Memoria de impacto normativo que le acompaña, se desprende que la norma de referencia pretende establecer el mínimo común denominador normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio en España, y al mismo tiempo persigue articular determinadas garantías para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Para ello, la Exposición de Motivos del Anteproyecto invoca expresamente el artículo 14.1 de la Constitución Española y el apartado segundo del artículo 9 del mismo cuerpo legal, al igual que trae a colación, por estar directamente relacionado, determinadas Directivas dictadas en el ámbito comunitario.

De hecho, la intención del prelegislador es trasponer de la manera más adecuada los objetivos y fines de la Directiva 2000/43, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres o entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, y de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, extremo que se llevó a efecto parcialmente a través del capítulo III del Título II de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que recogió diversas normas relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación. Asimismo, el presente Anteproyecto prolonga la línea marcada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y su Plan Estratégico de Igualdad de oportunidades, al ampliar y mejorar la tutela judicial y la defensa administrativa en materia de igualdad de trato.



3.- Naturaleza y contenido del derecho a la igualdad

De acuerdo con lo anterior, parece conveniente reflexionar, aunque sea brevemente, sobre la naturaleza del derecho a la igualdad en relación con el artículo 14.1 y 9.2 de la Carta Magna.

El Tribunal Constitucional, por medio de la Sentencia 8/1986, de 21 de enero, razonó *que la igualdad es un valor preeminente en el ordenamiento jurídico español al que debe colocarse en un rango central, según dispone el artículo 1.1 de la Constitución Española... además los poderes públicos tienen el deber de promover las condiciones para que la Igualdad sea efectiva y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (artículo 9.2, de la Constitución),... el artículo 14 de la Constitución Española establece el principio de igualdad jurídica o de igualdad de los españoles ante la ley, que constituye, por imperativo constitucional, un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en su misma situación, sin que exista una justificación objetiva razonable de esa desigualdad de trato. Pero como también ha señalado este Tribunal, el artículo 14 de la Constitución no implica la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad (Sentencia 83/1984, de 24 de julio, entre otras)... el artículo 14 de la Carta Magna confiere a todos los españoles la igualdad jurídica, es decir, a no soportar un perjuicio o una falta de beneficio desigual e injustificado en razón de los criterios jurídicos por los que se guía la actuación de los poderes públicos... Lo que no protege dicho precepto constitucional, como derecho fundamental, es la legítima aspiración a la igualdad material o de hecho, frente*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

a desigualdades de trato que no derivan de criterios jurídicos discriminatorios, sino de otras circunstancias objetivas y razonables.

De todo ello, se desprende, que existen dos categorías afectadas por la prohibición de discriminación, la vertiente normativa, en la cual el derecho a la igualdad ante la ley opera como límite al ejercicio del poder legislativo, imponiéndole el deber de establecer idéntica protección jurídica a situaciones jurídicamente iguales, y la vertiente de aplicación concreta de la norma en la que también hay que garantizar la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley.

En relación con la primera de las categorías, del análisis de la jurisprudencia constitucional, se desprende que la prohibición de discriminación no sólo impone la igualdad de los iguales sino también la desigualdad de los desiguales, si bien ese trato desigual debe tener como función el restablecimiento y promoción de la igualdad real. Ello determina, tal como ha estimado el Tribunal Constitucional en sentencia 177/1983, de 31 de mayo, que *el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.*

De esta forma, la igualdad en la aplicación de la ley debe ser promovida por los Tribunales de forma inmediata, ya que este principio vincula a todos los poderes públicos, quienes están obligados a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Por tanto, tal como hemos anticipado la igualdad es un límite para los poderes públicos en general y para el legislador en particular.



Igualmente, conviene analizar si el principio recogido en el artículo 14.1 de la Constitución Española o al menos las prohibiciones concretas de discriminación enumeradas en el artículo citado, vinculan asimismo a los ciudadanos, destinatarios del presente Anteproyecto, cuando llevan a cabo determinados comportamientos. En este sentido, hay que traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 108/1989, de 8 de junio, que recoge *que el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada solo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como, entre otras las que se indican en el artículo 14 de la Constitución Española. Por tanto, las prohibiciones concretas de discriminación operan como un límite al ejercicio del derecho a la diferencia, por lo que la autonomía de la voluntad de los ciudadanos que se relacionan entre sí como personas privadas también tiene que ser congruente con la igualdad. De todo ello se infiere que, los ciudadanos, en el marco de su voluntad no deben incurrir en ninguna de las causas de discriminación previstas en el artículo 14.1 de la Carta Magna.*

Y esta circunstancia debe ser valorada en cada supuesto concreto. En esa línea, el Tribunal Constitucional, por medio de la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, estimó 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... puede ser objeto de amparo en la medida que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica.* En este sentido, el Anteproyecto recoge esa pauta al diferenciar distintas situaciones jurídicas en las que puede concurrir alguna de las causas concretas de discriminación.



II.- CONSIDERACIONES SOBRE EL ANTEPROYECTO SOMETIDO A CONSIDERACION

1.- Necesidad y oportunidad de la reforma abordada

En otro orden de cosas, pero estrechamente relacionado, conviene reflexionar en este punto sobre lo que aporta el presente Anteproyecto a nuestro panorama legislativo, ya que entre nuestros textos normativos, además de lo previsto en el artículo 14.1 de la Constitución Española, contamos con distintos documentos jurídicos que desarrollan el principio de igualdad. Cabría plantearse, por ello, si resulta necesario establecer un texto legal que aborde desde un planteamiento genérico las distintas situaciones jurídicas que puedan producirse (trabajo por cuenta ajena, negociación colectiva, trabajo por cuenta propia, igualdad en organización sindicales, empresariales, en la educación, en la atención sanitaria en la prestación de servicios sociales, en el acceso a la vivienda, en la oferta pública...), con la finalidad de erradicar o prevenir supuestos de discriminación.

Es obvio, que las situaciones jurídicas que se establecen en la actualidad entre los ciudadanos, no deben sustentarse en ninguna de las causas de discriminación relacionadas en el artículo 14.1 de la Constitución Española. Y ello debe ser así con independencia de que exista o no una ley de igualdad. De hecho, como hemos anticipado, existen en nuestra legislación distintos mecanismos para prevenir y erradicar situaciones discriminatorias, tales como la vigencia del artículo 510 de Código Penal o la posibilidad de invocar ante cualquier jurisdicción la protección de los derechos fundamentales. Igualmente, el Tribunal Constitucional en sentencia 42/1982, de 5 de julio y 73/1984 de 27 de junio, ha estimado *que la igualdad ha de estar presente en todas las leyes, y de manera inexcusable en todas las normas relativas a*



derechos. Cuando el artículo 149.1.1 reserva al poder central la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, no están amparando legislar sobre la igualdad de derechos sino legislar sobre derechos en régimen de igualdad.

No obstante, aún cuando pudiera ser más adecuado legislar sobre derechos en régimen de igualdad, ha de valorarse positivamente el hecho de que por, medio del Anteproyecto, se establezca un marco normativo armonizado destinado a la prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación, que sea referencia básica en esta materia para los particulares y los poderes públicos, aún y cuando las deficiencias del texto, en lo que se refiere a la indefinición de determinadas conductas, su calificación legal y el régimen de sanciones a las mismas asociado pudiera dar lugar a un aumento de la litigiosidad en todos los órdenes jurisdiccionales, extremo que este Consejo Fiscal se ve en la necesidad de resaltar.

2.- Rango normativo del Anteproyecto sometido a consideración

A su vez, resulta preciso efectuar una mínima reflexión sobre el instrumento jurídico utilizado por el prelegislador para abordar el presente Anteproyecto teniendo en cuenta el rango constitucional de los derechos y principios que desarrolla.

El artículo 81.1 de la Constitución Española, dispone que *son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.*



En cuanto al *desarrollo de los derechos fundamentales*, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia 76/1983, de 5 de agosto, ha razonado que dicha mención se refiere única y exclusivamente a la Sección 1, del Capítulo II del Título I de la Carta Magna, por lo que existe una exclusión expresa del artículo 14 de la Constitución Española, argumento este que nos sirva para constatar que el instrumento utilizado, en este caso, por el prelegislador es el adecuado. Por contra, cabe argumentar que, las previsiones que contiene el Anteproyecto también podrían afectar indirectamente a otros derechos fundamentales, ya que en su texto se hace referencia a la igualdad de trato en diferentes ámbitos de la vida. Así, a modo de ejemplo, el artículo 15 del Anteproyecto recoge el derecho a la igualdad de trato en organizaciones sindicales, empresariales y profesionales, y el derecho de sindicarse libremente está previsto en el artículo 28 de la Constitución Española, e igualmente el artículo 16 del Anteproyecto está estrechamente relacionado con el artículo 27 de la Constitución, en lo que se refiere al derecho a la educación.

No obstante, a pesar de ello, podemos estimar suficiente el rango de ley ordinaria, por cuanto la doctrina del Tribunal Constitucional, (por todas la sentencia 6/1982, de 22 de febrero), ha razonado que la ley orgánica es una categoría excepcional, y que como tal, ha de ser interpretada restrictivamente. Así, se ha entendido que el desarrollo legislativo, a que hace referencia el mencionado artículo 81, lo es en cuanto constituye un desarrollo legislativo directo, resultando, por otra parte, muy difícil concebir una norma que no tenga conexión, al menos remota, con un derecho fundamental.

Argumentos todos ellos que nos llevan a sostener que el rango de ley ordinaria con que se presenta el Anteproyecto sometido a consideración es suficiente teniendo en cuenta las previsiones contenidas en el texto normativo,



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

si bien la disposición final Primera podría suscitar alguna duda sobre el particular.

3.- Carácter integral de la Ley.

Por ultimo, estimamos necesario hacer una expresa consideración sobre el carácter integral que el prelegislador atribuye al Anteproyecto.

Este carácter, como insistiremos más tarde, se desprende tanto de la Exposición de Motivos como del ámbito objetivo de la Ley que se recoge en el artículo 3 del Anteproyecto, así como del conjunto de obligaciones que sujetan a la Administración Pública y de las actuaciones que se deben llevar a efecto contra la discriminación, en los casos que se constate un supuesto de esa naturaleza. Igualmente, la lucha contra la discriminación se potencia creando la figura de la Autoridad para la Igualdad de Trato y no discriminación prevista en el Título III, y a efectos penales, previendo la designación de un Fiscal de Sala delegado para la tutela de la igualdad de trato.

No obstante, hemos de señalar que para complementar el carácter integral de esta ley, resultaría aconsejable reflexionar sobre la posible modificación de determinados aspectos del Código Penal en orden a garantizar una adecuada interpretación y aplicación de la norma. A modo de ejemplo, en relación con el delito de provocación al odio, la violencia y la discriminación recogido en el artículo 510 del Código Penal, son múltiples los problemas que se han suscitado en orden a su apreciación y que básicamente afectan al alcance del concepto *provocación*, ya que algunos autores lo restringen a los estrictos márgenes del artículo 18 del Código Penal, pudiendo ser aconsejable incorporar al tipo penal los términos incitar o difundir; permitiendo de esta forma



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

perseguir conductas de incitación a la violencia, generación o difusión del discurso del odio efectuadas recurriendo a los modernos sistemas de comunicación e información (Internet, correos electrónicos masivos...).

De hecho, el término incitación, permite abarcar mayor número de conductas y estaría en la línea establecida por la Decisión Marco 2008/913 de 28 de Noviembre, del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal. Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por medio de la sentencia Ergogdu Ince contra Turquía de 8 de julio de 1999, entre otras, ha acuñado la expresión doctrina o discursos de odio, que se concibe como aquel discurso que contiene una carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación, y que no está amparada por la libertad de expresión.

En idéntica línea, cabe advertir que la aludida Decisión Marco exige además a los Estados, en sus artículos 5 y 6, tener prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de motivación discriminatoria, lo cual permitiría la posibilidad de acordar la clausura, disolución o suspensión de empresas, locales o establecimientos, así como de sociedades, asociaciones o fundaciones, y prohibir la realización en el futuro de actividades, operaciones o negocios en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto delitos de naturaleza discriminatoria, motivos éstos que abundan en la necesidad de trasponer su contenido a la legislación penal española. Por lo que, nuevamente, no nos cabe sino, remitirnos a las consideraciones expuestas en la Memoria de 2009 en donde ya se sugerían diversas modificaciones en el Código Penal con el objetivo de extremar lo más posible la persecución de este tipo de comportamientos.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Sin perjuicio de lo anterior, y con carácter previo a examinar los preceptos que afectan a la función, organización y estructura del Ministerio Fiscal, el Consejo Fiscal valora positivamente el hecho de que por, medio del Anteproyecto, se establezca un marco normativo armonizado destinado a la prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación.

III.- ANÁLISIS DEL CONTENIDO NORMATIVO DEL ANTEPROYECTO SOMETIDO A CONSIDERACIÓN

Título Preliminar:

El contenido del Anteproyecto sometido a examen refleja en buena parte las ideas y consideraciones que hemos expuesto hasta ahora, de forma que, como veremos, el Anteproyecto trata de constituirse en una verdadera ley de garantías, a la vez que se articula como una ley general e integral, características todas ellas que, como la propia Exposición de Motivos se encarga de recordar, reflejan el sentido que ha querido darse al texto sometido a consideración.

En consonancia con ello, el Título Preliminar establece en su artículo primero un doble objetivo, por un lado, garantizar y, por otro, promover el derecho de igualdad en desarrollo del mandato constitucional establecido en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, que ya hemos comentado. Para alcanzar los referidos objetivos el texto cree necesario, por un lado, definir los derechos y obligaciones de las partes implicadas, a la vez que, por otro, establece unos principios de actuación para los poderes públicos y adopta medidas para la prevención, eliminación y corrección de cualquier forma de discriminación.



De esta forma, el Anteproyecto, como *ley de garantías*, no pretende tanto reconocer nuevos derechos sino garantizar los que ya existen, tratando como veremos más tarde, de definir en su Título Primero el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en sus diferentes vertientes, para posteriormente en su Título Segundo, y, a través de concretas acciones, en su Título Tercero y Cuarto, establecer las medidas para la defensa y promoción de este derecho.

Por otra parte, el carácter de *ley general*, como hemos ya apuntado, se refleja en el Anteproyecto al delimitar su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación. Así en sus dos primeros artículos se establece que las disposiciones contenidas en el Anteproyecto resultan aplicables tanto a las personas físicas como a las jurídicas y que sus efectos alcanzan tanto al sector privado como público. El artículo tercero, con ese mismo tenor general, declara que el Anteproyecto será aplicable a todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social. Completando todo ello, el apartado final del artículo dos, establece que la ley tendrá efectos sobre las personas físicas o jurídicas de carácter privado que residan, se encuentren o actúen en territorio español, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o residencia, cláusula esta que resulta coherente con el principio de territorialidad de aplicación de las leyes, a la vez que clarifica la extensión que el Anteproyecto pretende tener sobre el sector privado.

El hecho de que el Anteproyecto haga referencia a las personas jurídicas como destinatarios de los derechos y obligaciones establecidos en el texto, no es algo nuevo, y resulta coherente con lo que ya se establecía en el artículo 27 párrafo segundo de la Ley 62/03 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. A su vez, en el ámbito comunitario, ya el considerando 16 de la mencionada Directiva 2000/43 establecía la necesidad



de que los estados miembros protegieran, de conformidad con sus respectivas tradiciones y practicas nacionales, a las personas jurídicas en aquellos casos en que sean discriminadas. Por lo que su expresa mención no cabe sino merecer una favorable acogida

Más problemático puede resultar el hecho de que el Anteproyecto pretenda extender sus efectos *tanto al sector público como privado*, situando ambos sectores en un plano de igualdad, al declarar que la ley regula los derechos y obligaciones de las personas jurídicas públicas y privadas. Conviene recordar, en este punto, que la referencia al sector público y privado se contenía igualmente en el artículo 27 de la Ley 62/03 y en los respectivos artículo terceros de las Directivas 2000/43 y 2000/78, sin embargo los efectos de estas normas y los pretendidos con el presente Anteproyecto no pueden ser equiparados. Así, la normativa comunitaria y la mencionada Ley 62/03 se refieren a las personas jurídico públicas como destinatarias de obligaciones, limitando, por tanto, sus efectos sobre el sector público a imponer y definir estas obligaciones. Por contra, el Anteproyecto sometido a consideración, parece referirse, a tenor de su artículo primero, no solo a las obligaciones de las personas jurídicas públicas sino también a sus derechos.

Es precisamente este punto, la referencia a las personas jurídicas públicas como titulares de derechos que contiene en el artículo 1 apartado segundo, la que puede resultar, a nuestro juicio, más problemática. Resulta ilustrativa en este sentido la STC 139/2005 de 26 de mayo, resolución en la que se siguiendo una línea jurisprudencial ya consolidada por otras sentencias, como la STC 211/1996 de 17 de diciembre, se delimita el ámbito subjetivo del derecho a la igualdad, *reconociendo que el mismo resulta aplicable a las personas jurídicas privadas pero no a las personas jurídico públicas, en cuanto*



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

que las mismas no pueden ser consideradas como titulares del derecho fundamental a la no discriminación.

Estas dudas interpretativas, pudieran verse superadas si el presente texto normativo, en consonancia con lo declarado en su artículo 2 apartado quinto, estableciera que, al ser los poderes públicos los principales destinatarios o sujetos pasivos de las obligaciones derivadas del principio de igualdad, los mismos únicamente pueden ser titulares de las facultades dimanantes de esa especial obligación, aclarando, de esta forma, que en ningún caso puedan ser consideradas titulares del derecho a la igualdad y a la no discriminación, al carecer, como hemos justificado, de dicha capacidad.

En este punto, por tanto, pudiera sugerirse una redacción más explícita que tuviera en cuenta dichas consideraciones en el referido Título Preliminar, delimitando claramente el sentido de la norma en cuanto a sus efectos sobre el sector público, aclarando la aparente contradicción detectada entre el tenor de dichos preceptos y la corriente jurisprudencial ya citada.

Por último, el Anteproyecto se articula, como hemos anticipado, como una ley integral para lo cual pretender hacer en el artículo 2 apartado primero una expresa referencia a todos los factores de discriminación, declarando que nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo o religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Conviene recordar en este punto que la mención que se hace a estos factores de diferenciación tan solo representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy



arraigadas, en virtud de las cuales se ha situado a sectores de la población en condiciones no solo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona. Por ello, este enunciado, característico de la normativa reguladora del derecho a la igualdad, no debe hacernos olvidar que la expresa mención a dichos factores de discriminación en ningún caso puede ser concebida como un listado cerrado, planteamiento este que se encarga de recordar el Anteproyecto a través de la cláusula abierta que completa la redacción del citado artículo 2 apartado primero, haciendo referencia a cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por otra parte, es importante mencionar que alguno de los factores de discriminación que contempla el texto del Anteproyecto resultan novedosos si se comparan con los contenidos en el artículo 14 de nuestra Constitución. Su inclusión debe merecer una favorable acogida al explicitar nuevos factores de discriminación que han sido destacados por la doctrina constitucionalista como factores de discriminación emergentes.

Así, la expresa referencia que se hace a la edad, como factor discriminante que puede desplegar sus efectos en torno a dos extremos, las personas jóvenes y las de mayor edad, resulta coherente teniendo en cuenta la referencia que sobre la edad ya contenía la Directiva 2000/78 en su artículo sexto y las diversas resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional que se refieren a ella, como la STC 37/04 de 11 de marzo.

Resulta también clarificador el hecho de que junto con la orientación sexual se haga expresa referencia la identidad sexual, factor este que no aparecía hasta ahora expresamente mencionado, pese haberlo así considerado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia Christine Goodwin – Reino Unido, de 11 de julio de 2002. Recordar en este



punto que su inclusión como tal resulta coherente con la modificación operada en el artículo 22 apartado cuarto del Código Penal, a través de la reforma llevada a efecto por la LO 5/2010 de 22 de junio, que confiere a la identidad sexual la categoría de circunstancia de agravación de las conductas penalmente relevantes.

La referencia que se hace a la enfermedad debe de ser también valorada positivamente, así como la previsión que se contiene en el apartado tercero del mencionado artículo dos, permitiendo únicamente diferencias de trato por este motivo cuando así lo exija el tratamiento dispensado, las limitaciones objetivas que imponga o las exigidas por razones de salud pública.

Por último, la lengua como factor de discriminación había sido analizada por diferentes resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional (en este sentido la STC 46/91 de 28 de febrero o la STC 56/90 de 29 de marzo) por lo que su expresa mención y la prohibición explícita que contiene el apartado cuarto del mencionado artículo segundo resultan, a nuestro juicio, igualmente acertadas.

Título Primero.

Capítulo I.

El Anteproyecto dedica su Título Primero, el cual como hemos ya comentado se divide en dos capítulos, a establecer una serie de disposiciones generales sobre el derecho de igualdad, para posteriormente, en su capítulo segundo, pasar a regular al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política, económica, cultural y social.



Por ello, tras definir de forma genérica en su artículo cuarto el derecho a la igualdad y no discriminación tutelado por la presente ley, pasa a delimitar el alcance de determinados conceptos manejados por la jurisprudencia y doctrina constitucionalista, como el de discriminación directa e indirecta (art.5), el de discriminación por asociación y por error (art.6), el de discriminación múltiple (art.7), el de acoso discriminatorio (art.8), la inducción, orden o instrucción de discriminar (art.9), el de represalias (art.10) y las medidas de acción positiva (art.11).

Las delimitaciones conceptuales en ellos recogidos resultan, a nuestro juicio, clarificadoras, en cuanto que fijan el tenor y alcance de la presente ley, si bien al analizar el contenido de alguno de estos artículos se estima oportuno sugerir algunas modificaciones que aconsejamos sean tenidas en cuenta para acomodar el sentido de dichos preceptos, mejorando el tenor de la ley.

Así, la extensión que pretende darse en el artículo quinto a los conceptos de discriminación directa e indirecta resulta excesivamente genérica, y puede resultar, por ello perturbadora y contraria a la necesaria seguridad jurídica. A nuestro entender sería aconsejable, por ello, delimitar su alcance haciendo en dicho enunciado una expresa mención a los concretos factores de discriminación a los que se refiere el presente Anteproyecto, como de hecho se hace en el resto de los artículos del mismo capítulo.

Sin dicha referencia se estaría dejando al arbitrio subjetivo la concreción de dichas situaciones, lo que, como ya hemos anunciado, iría en contra del contenido del derecho a la igualdad en cuanto que este es concebido como un derecho a la igualdad jurídica, es decir, a no soportar un perjuicio o una falta de beneficio desigual e injustificado en razón de los criterios jurídicos. Así lo exige, por otra parte, la jurisprudencia constitucional, pues como se declara en la



STC 209/1988, *el principio de igualdad constituye un derecho subjetivo cuando se invoca en la creación o aplicación de un enunciado jurídico concreto, ya que la igualdad no puede realizarse en abstracto y debe ponerse necesariamente en relación con un derecho u objeto determinado, en el marco de relaciones jurídicas concreta*. Por tanto, resulta aconsejable establecer con objetividad los distintos parámetros que deben tomarse en consideración para determinar si existe o no una situación de desigualdad, artificiosa o injustificada por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

Por todo ello, hacer una expresa referencia a los factores contenidos en el apartado primero del artículo dos resulta, a nuestro juicio, indispensable para delimitar el alcance y tenor de los conceptos que se regulan a través del mencionado artículo quinto del Anteproyecto, por lo que sugerimos una nueva redacción del precepto en la que se haga esta expresa referencia al apartado primero del artículo dos.

Por otra parte, también resulta problemática la redacción propuesta para definir en el artículo 10 el concepto de represalias que maneja el presente Anteproyecto. Nuevamente, la extensión con que se define este concepto en el mencionado artículo puede dar lugar a dudas a la hora de delimitar su alcance y de diferenciarlo de otras conductas penalmente relevantes, como puede ser el caso de determinados delitos contra la Administración de Justicia.

Sería deseable, por ello, que se concretara de otra forma el referido concepto, delimitando claramente su ámbito de aplicación o que, en su caso, se hiciera una expresa exclusión, en el enunciado de dicho artículo, respecto de aquellos supuestos que resulten penalmente relevantes.



En relación con dicho artículo 10 nos vemos en la necesidad de sugerir una nueva redacción en la que se tenga en cuenta dichas precisiones, a los efectos de clarificar el sentido del anteproyecto sometido a consideración, evitando cualquier distorsión que pudiera producir su aplicación.

Capítulo II.

En el segundo de los Capítulos del Título Primero del Anteproyecto se trata de concretar el alcance del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en diversos ámbitos de la vida, materia a la cual dedica los artículos 12 a 22. Ya hemos mencionado que el Anteproyecto pretende ser una ley general que abarque todos los ámbitos donde el derecho a la igualdad de trato y no discriminación puede tener repercusión, sin embargo la expresa mención que hace el Anteproyecto a determinadas facetas de la vida política, económica, cultural y social puede resultar clarificadora para concretar alguno de sus efectos.

Así, la expresa referencia al empleo y trabajo por cuenta ajena, a la negociación colectiva, al trabajo por cuenta propia y a las organizaciones sindicales empresariales y profesionales (artículos 12 a 15) debe de ser valorada positivamente, pues a través del contenido de los mencionados artículos se está dando sobrado cumplimiento a la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Únicamente cabe resaltar en este punto la defectuosa redacción que se contiene en el párrafo quinto del artículo 12, al delimitar el ámbito de aplicación



de los apartados primero y cuarto del mencionado artículo, disponiendo que “*lo dispuesto en los apartado primero y cuarto será de aplicación en el ámbito del empleo público*”. Con dicha redacción parece darse a entender que lo dispuesto en dichos párrafos es aplicable *únicamente* al empleo público, cuando por lógica coherencia debería explicitarse que lo dispuesto en dichos párrafos será de aplicación *también* en el ámbito del empleo público.

Por ello se sugiere una nueva redacción del artículo 12 apartado quinto, haciendo constar que lo dispuesto en los párrafos primero y cuarto será aplicable *también* al ámbito del empleo público, por resultar está más clarificadora del alcance del precepto evitando, de esta forma, posible disfunciones en el sistema.

Por otra parte, el artículo 16 del Anteproyecto hace una expresa referencia a la educación, estableciendo el párrafo segundo del mencionado artículo la imposibilidad de acceder a la financiación pública por parte de aquellos centros educativos que excluyan en su ingreso a grupos o personas individuales por razón de alguna de las causas establecidas en la presente ley. En relación con esta previsión, a pesar de constituir una opción legislativa, el carácter integral del Anteproyecto y la lógica coherencia del sistema diseñado por el mismo, exigirían que dicha previsión fuera aplicable a otros ámbitos de la vida igualmente fundamentales para el desarrollo del derecho a la igualdad de trato de los ciudadanos, si bien en cualquier caso, y por razones de una elemental seguridad jurídica, el legislador debiera asociar dichas graves consecuencias con una específica, y reforzada, voluntad inequívoca de discriminar por parte de los titulares de los centros o establecimientos que pudieran verse afectados.



El artículo 19 trata de garantizar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda, planteamiento este que merece una favorable acogida teniendo en cuenta la importancia que para el desarrollo personal tiene derecho a una vivienda digna, si bien nuevamente en este precepto se advierte una defectuosa redacción en su párrafo final. El mencionado párrafo dispone “*lo previsto en los párrafos anteriores será de aplicación a los locales de negocio*”.

Nuevamente como en el caso del artículo 12 apartado quinto la redacción propuesta parece limitar los efectos pretendidos en la norma, pues conforme dicho enunciado lo en ella regulado sería solamente aplicable a los locales de negocio. Sin embargo, una lectura del contenido precepto nos lleva a concluir que lo que se trataría con esta referencia es de extender los efectos previstos en los párrafos anteriores a los locales de negocio, y no de limitar sus efectos únicamente a dichos locales, buscando con ello una aplicación general del precepto.

Por ello, sugerimos una nueva redacción del párrafo final del artículo 19, que resulte más clarificadora, apuntando la posibilidad de utilizar, como ya sugerimos en relación con el párrafo quinto del artículo 12, el adverbio *también* para extender los efectos de la norma a los locales de negocio.

Por último, el Anteproyecto se refiere al derecho a la igualdad y no discriminación en relación con la oferta pública de bienes y servicios, el acceso a los establecimientos o espacios abiertos al público y a los medios de comunicación social y publicidad, previsiones estas que merecen también una favorable acogida teniendo en cuenta los efectos que sobre la esfera personal y social de los ciudadanos tienen dichos ámbitos de actuación.



Título II.

Capítulo I.

El Título II del Anteproyecto, se refiere a la defensa y promoción del derecho a la igualdad y no discriminación, y para ello, el capítulo primero, del referido Título, define una serie de garantías, para posteriormente, en un segundo capítulo, establecer las medidas de promoción y de acción positiva para ello. Las garantías recogidas en el proyecto son varias y algunas merecen especial consideración teniendo en cuenta sus repercusiones en nuestro sistema procesal, siendo, por otro lado, de obligada referencia la previsión contenida en el artículo 30 del Anteproyecto, conforme la cual se prevé la designación por parte del Fiscal General del Estado de un Fiscal de Sala Delegado para la tutela de la igualdad de trato y no discriminación, a la vez que se establece la obligación de que el Gobierno fomente la formación especializada en esta materia de los miembros del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la primera de las categorías, aunque sea someramente, debe destacarse que, el Anteproyecto, dotando a la norma de un efecto sancionador directo, declara la nulidad de pleno derecho de los actos que causen o puedan causar discriminación por alguna de las causas previstas en el artículo dos de la Ley (art.23) a la vez que, en consonancia con lo dispuesto en el Título IV, el artículo 25 establece las responsabilidades patrimoniales directas e indirectas derivadas de dicho incumplimiento, precepto sin embargo en el cual el empleo de la expresión “presunción” en relación con la apreciación del daño moral, puede resultar problemático en lo referente al régimen de presunciones establecido en Derecho, por lo que se sugiere su sustitución por otras expresiones como “dará lugar” o “comporta” .



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Por su parte, el artículo 26, al hablar de la tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad, prevé la adopción de medidas de prevención, cesación e indemnización, reconociendo el artículo 27 y más tarde el 29, legitimación para la defensa de este derecho a los partidos políticos, sindicatos, asociaciones y organizaciones legalmente constituidos, así como la obligación de la autoridad pública de incoar de oficio el correspondiente procedimiento administrativo respecto a los hechos de los que tuviera noticia en el ejercicio de sus funciones.

Completando todo ello, el artículo 28 se refiere a las reglas relativas a la carga de la prueba, estableciendo como regla general para este tipo de procesos, con la excepción de los procesos penales y los procedimientos administrativos sancionadores, la de la inversión de la carga de la prueba, a la vez que establece la posibilidad de recabar informe a los organismos públicos competentes en materia de igualdad. En este punto, nos parece conveniente recordar que la regla de la inversión de la carga de la prueba se contenía igualmente en el artículo 10 de la Directiva 2000/78, precepto en el que se obligaba a los estados miembros a adoptar con arreglo a los principios ordenadores de 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 se considere perjudicada por la inaplicación de dicho principio. Por otra parte, nuestra jurisprudencia constitucional también ha reconocido la vigencia de dicha regla en sentencias como la STC 200/2001 de 4 de octubre, de forma que se considera que la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma.



En aplicación de todas estas garantías, el Anteproyecto, a través de sus disposiciones adicionales primera a quinta, como veremos más tarde, incide en las necesarias modificaciones legales, afectando a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, a la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De forma que el Anteproyecto traslada, con ellas, a nuestra normativa procesal las reglas de legitimación, inversión de la carga de la prueba y las consecuencias accesorias que con carácter general prevén los mencionados artículos del Anteproyecto.

Como ya hemos ya apuntado, de entre todas las garantías que se disponen, merece una especial consideración por su influencia en nuestras funciones, la previsión contenida en el artículo 30, el cual, por su importancia, transcribimos:

Artículo 30. Ministerio Fiscal

- 1. Para promover y coordinar las actuaciones penales que sancionen comportamientos discriminatorios, el Fiscal General del Estado designará un Fiscal de Sala delegado para la tutela de la igualdad de trato y la no discriminación.*
- 2. El Gobierno fomentará la formación especializada en esta materia de los miembros del Ministerio Fiscal.*

En este precepto, como vemos, se contempla, de un lado, la designación por parte del Fiscal General del Estado de un Fiscal de Sala delegado para la tutela de la igualdad de trato y no discriminación, a la vez que, de otro lado, el propio Gobierno asume el compromiso de fomentar la



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

formación especializada de los miembros del Ministerio Fiscal en relación con esta materia.

Es sabido, que el principio de especialización del Ministerio Fiscal se articula a través de tres modelos organizativos, cada uno de ellos concebido y adaptado, desde la perspectiva de esta institución, para fines operativos distintos.

En primer lugar, la Fiscalía de la Audiencia Nacional y las Fiscalías Especiales (Antidroga y contra la Corrupción) que siguen en lo esencial el modelo organizativo y funcional de las Fiscalías territoriales pero con la particularidad de que su competencia abarca todo el territorio nacional.

En segundo lugar, los Fiscales de Sala especialistas que prevé el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en su artículo 20, que desempeñan básicamente, funciones de coordinación y supervisión en materias que por su incidencia y por su naturaleza singular determinan la existencia de redes de fiscales, con presencia y actividad cotidiana en todas las fiscalías territoriales. En tercer lugar, el sistema organizativo del Ministerio Público recoge la posibilidad, para aquellas materias que no encajen bien en el modelo de gestión del Fiscal de Sala Especialista, sea por razones de desproporción de medios, sea por no responder a objetivos de política criminal que puedan concentrarse en un concreto bien jurídico catalogado como tal por el Código Penal, ya sea por referirse a la coordinación de materias *transversales*, de organizar esta tarea de coordinación y supervisión mediante el instrumento de la mera delegación de funciones del Fiscal General del Estado a favor de los Fiscales de Sala, opción esta prevista en el artículo 22.3 de nuestro Estatuto Orgánico.



Es precisamente en esta tercera vía en la que se incardina la creación del referido Fiscal de Sala Delegado para la tutela de la igualdad de trato y la no discriminación. A tal conclusión conduce, de entrada, la indiscutible transversalidad de la protección de la igualdad efectiva de todos ante la ley, que, como hemos apuntado, no constituye un bien jurídico propio y paradigmático del siglo XXI explícita y específicamente protegido en el Código Penal, de forma que su tutela se extiende a lo largo de diversos capítulos de dicho Código e incluso más allá de sus límites. De ahí que en relación con esta materia se aprecie la dificultad de deslindar un área de especialidad verdaderamente operativa en el trabajo cotidiano de los Fiscales y que esta tercera vía, de delegación, constituya una vía adecuada para organizar este servicio. Por otra parte, añadir que el elenco de supuestos que pudieran ser de su competencia exclusiva evitando, por tanto, solapamientos con otros fenómenos que ya son objeto de atención especializada, como la violencia de género o la discriminación vinculada al fenómeno de la extranjería, o de una respuesta penal específica inserta en terrenos más amplios, reduce en consecuencia el campo de acción de este proyectado órgano del Ministerio Público.

Con todo ello, podemos concluir diciendo, que la conjugación de lo cualitativo y lo operativo nos llevan a acoger favorablemente una estructura flexible y orgánicamente sencilla, como la prevista en el mencionado artículo 30 por la vía de la delegación, poco burocratizada y capaz sin embargo de operar con la necesaria transversalidad, lo que sin duda nos ayudará a avanzar por el terreno de la especialización en esta materia.

Por otra parte, cabe resaltar que en estos tiempos de grave crisis financiera, esta forma de delegación permite, sin la necesidad de ampliar nuestra plantilla y utilizando, por tanto, los medios personales y materiales a



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

nuestro alcance, crear la referida estructura sin coste alguno para la administración.

A su vez, el apartado 2 del artículo 30 recoge el compromiso asumido por el Gobierno para fomentar la formación especializada en esta materia de los miembros del Ministerio Fiscal, que completa el sistema diseñado, garantizando el acceso de los Fiscales a las actividades formativas necesarias, bien sea mediante la organización de actuaciones docentes en el marco de los programas de formación inicial o continuada diseñados para la carrera fiscal, bien sea a través de otros programas de formación que pueden ser ofertados con la necesaria financiación pública. Por lo que nuevamente en este punto, no cabe sino acoger favorablemente esta previsión normativa recogida en el Anteproyecto sometido a consideración.

No obstante, aún cuando la formación de los integrantes de la carrera fiscal está atribuida al Centro de Estudios Jurídicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto 1276/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Centro de Estudios Jurídicos e igualmente en el artículo 434 de la LOPJ, no puede obviarse que el artículo 13.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal prevé expresamente que la Fiscalía General del Estado, a través de la Secretaría Técnica, colabore con el CEJ en la planificación de la formación de los miembros de la carrera fiscal, como no podía ser de otra forma, dada la relevancia constitucional de la Institución que se rige por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

Por tanto, resulta, en todo caso, necesario acomodar las previsiones legislativas contenidas en el apartado 2 del artículo 30 a las contempladas en el EOMF, por lo que el citado párrafo 2 debiera redactarse de la siguiente manera, *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.

Capítulo II.

En el capítulo segundo del Título II el Anteproyecto establece, en sus artículos 31 a 36, determinadas medidas para la promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, haciendo expresa mención a las medidas de acción positiva para ello. De entre todas las previstas creemos necesario únicamente referirnos a aquellas que, por su contenido, puedan afectar a nuestras funciones, por lo que únicamente nos referiremos a las previstas en los artículos 34 y 36 del Anteproyecto dado que, el primero de ellos, afecta a las estadísticas judiciales y a la Memoria de la FGE y el segundo a la formación de los miembros del Ministerio Fiscal.

El artículo 34 establece la obligación de que los poderes públicos introduzcan en sus estudios, memorias y estadísticas, siempre que éstos se refieran a aspectos relacionados con la igualdad de trato, los indicadores y procedimientos que permitan conocer las causas, extensión, evolución, naturaleza y efectos de la discriminación por razón de las causas previstas en esta Ley.

En el párrafo segundo y tercero se desarrolla esta previsión, estableciendo la obligación de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad recaben los datos sobre el componente discriminatorio de las denuncias cursadas y que la estadística judicial recoja datos específicos sobre los asuntos registrados por infracciones penales relativas a trato de carácter discriminatorio. En relación con estas últimas, el mencionado artículo especifica



que en las estadísticas judiciales se incluirán, al menos, datos sobre las denuncias recibidas, el tipo de delitos por los que se instruyen procedimientos penales o se dicten sentencias, la motivación de la conducta discriminatoria, las personas enjuiciadas, la forma de terminación de los procedimientos y las penas y medidas cautelares.

Examinando el contenido de este artículo y las referencias que en él se contienen, no cabe sino advertir que las obligaciones en él establecidas pueden ser de difícil cumplimiento teniendo en cuenta, por un lado, la defectuosa redacción del mencionado artículo 34, que puede dar lugar a dudas por sus imprecisiones terminológicas, y por otra, la falta de concreción de las conductas delictivas a las que el precepto se refiere, cuestión esta que se ve propiciada por la dispersión con que el Código Penal contempla estos comportamientos. Esta circunstancia, en buena medida, es debida a los muy diversos bienes jurídicos que pueden resultar lesionados, dada la evidente transversalidad del móvil discriminatorio apreciado en las conductas penalmente relevantes, lo que determina la ausencia de una tipificación específica de muchas de estas actuaciones ilícitas, con la salvedad de lo dispuesto en los artículos 314, 510, 511, 512 y 515.5 del Código Penal.

Respecto al primer de los problemas detectados, pudiéramos sugerir una redacción del precepto más ajustada al contenido efectivo de la actividad jurisdiccional y a los datos que pueden ser reflejados a través de la estadística judicial.

De esta forma proponemos que en el párrafo tercero se haga constar que los datos a incluir se vinculen a los procedimientos incoados como consecuencia de estos comportamientos, especificando el tipo de delito, la aplicación en su caso de la agravante definitoria del móvil discriminatorio y las



resoluciones de fondo que se hayan adoptado (entre las cuales ya cabría incluir tanto los archivos como las sentencias).

La referencia que el precepto hace a las personas enjuiciadas, penas y medidas impuestas pudiera entenderse como redundante pues la estadística judicial ya contempla dichos datos, por lo que se sugiere su exclusión. Por otra parte, la expresión *motivación de la conducta discriminatoria* contenida en el precepto, a nuestro juicio debe de ser corregida, en cuanto que la motivación es un elemento subjetivo de difícil concreción a través de un dato estadístico, de forma que esta expresión pudiera sustituirse por *la de factor de discriminación tenido en cuenta para calificar la conducta como discriminatoria*, siendo este un dato objetivo de más fácil constatación a efectos de elaborar la correspondiente estadística y que puede ser igualmente indicativo.

Respecto al segundo de los problemas detectados, es decir, la dificultad a la hora de delimitar a efectos de elaborar la correspondiente estadística, las conductas penalmente relevantes que se refieran al derecho a la igualdad de trato y no discriminación, conviene recordar que esta problemática constituye una de las referencias continuas en nuestra Memoria, y que como ya hemos comentado, pudiera ser resuelta a través de las reformas penales necesarias que facilitarán una mayor concreción en la tipificación específica de estas conductas. Esta opción podría complementarse por la vía de un mayor control de los supuestos en que resulta de aplicación la agravante definitoria del móvil de discriminación previsto en el artículo 22.4 del Código Penal, control que, en el ámbito del Ministerio Fiscal, se vería potenciado a través de la Delegación en un Fiscal de Sala de primera categoría de las funciones relacionadas con esta materia, Delegación que se contempla en el artículo 30 del Anteproyecto.



En cuanto a lo establecido en el artículo 36 del Anteproyecto, señalar que conforme se dispone en el mismo, la formación sobre esta materia será una referencia de obligado cumplimiento en los programas de formación inicial y continuada de la Carrera Fiscal, al igual que, conforme se prevé en el mencionado artículo, pudiera ser esta una materia de referencia para la elaboración de los temario para el acceso a la Carrera Fiscal.

Por otra parte, destacar que lo en él establecido, no es sino una consecuencia lógica del compromiso asumido para nuestra Institución por el Gobierno de la Nación en el ya estudiado artículo 30.

Título III.

El Anteproyecto dedica todo su Título III a regular la creación y funcionamiento de la nueva Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

La creación de la referida autoridad tiene su razón de ser en la ya referida Directiva 2000/43, en donde se establece la necesidad de que los Estados Miembros cuenten con organismos independientes con competencias para analizar los problemas existentes, estudiar las soluciones posibles y proporcionar asistencia específica a las víctimas.

Con estos objetivos en mente, el Anteproyecto dedica los artículos 37 a 41 a regular la creación, las funciones, la naturaleza y el régimen jurídico, de organización y el funcionamiento de esta nueva Autoridad. En relación con todo ello, creemos conveniente, una vez hemos puesto de manifiesto su razón de ser, dejando de lado otras consideraciones como las relativas a la concreta adscripción del órgano o su modo de designación, más propias de debate en



sede parlamentaria, y referirnos únicamente a aquellas aspectos de la actuación de dicha Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación que pueden afectar a las funciones del Ministerio Fiscal, y en concreto a lo dispuesto en el artículo 37 apartado c), f) y m), en cuanto que es en dichos apartados en los que se regulan las relaciones entre dicha Autoridad y la Fiscalía.

Con relación a las funciones de investigación atribuidas a la Autoridad para la igualdad de trato y no discriminación, referidas en al apartado c) del presente precepto, este Consejo Fiscal entiende que, al igual que sucede con otras autoridades administrativas a las que se encomiendan funciones de investigación el precepto debiera complementarse añadiendo la mención de que tales funciones deben limitarse a hechos que no revistan caracteres de infracción penal, por lo que el precepto debiera completarse añadiendo al mismo, “...a salvo de aquellos que revistan caracteres de infracción penal, en cuyo caso la Autoridad deberá cesar en la investigación y remitir tanto de culpa al Ministerio Fiscal o a la Autoridad Judicial.

En cuanto a las previsiones contenidas en el apartado f, se refiere a que la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación tiene entre sus funciones la de *interesar la actuación del Ministerio Fiscal en el caso de que tuviera conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de infracción penal.*

Sobre este punto debemos poner de manifiesto que la redacción propuesta, utilizando el verbo interesar, a nuestro juicio debe, de ser revisada pues el único cauce estatutario para interesar la actuación del Fiscal es a través de las previsiones contenidas en el artículo 8 de nuestro Estatuto Orgánico, resultando innecesaria dicha referencia cuando lo que únicamente se



pretende, como el mismo tenor literal del precepto da a entender, es recordar la oportunidad de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal unos hechos que pudieran ser constitutivos de infracción penal, a los efectos de que por la Institución se valoren dichos hechos y se actúe en consecuencia en el ejercicio de sus funciones constitucionales.

Por ello se insta a que en la redacción del mencionado apartado f del artículo 37 del Anteproyecto sea sustituida la palabra *interesar* por *poner en conocimiento o denunciar ante el Ministerio Fiscal* en el caso de que la referida Autoridad tuviera conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de infracción penal.

Por otra parte, en el apartado m) del mencionado artículo 37 se recoge la obligación que tiene la nueva Autoridad de informar a instancia, entre otros, del Ministerio Fiscal en los procesos jurisdiccionales que versen sobre los derechos derivados de la igualdad de trato y no discriminación.

Esta previsión se contempla con carácter general, y como una expresa garantía del derecho a la igualdad de trato, en el ya comentado en el artículo 28 apartado segundo, al establecer que el órgano judicial o administrativo, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad.

Sin embargo, queremos subrayar que este apartado m) del artículo 37 va más allá, al reconocer expresamente al Ministerio Fiscal legitimación propia para recabar este informe directamente. Dicha previsión, por tanto, debe merecer una favorable acogida, si bien no queremos dejar pasar esta oportunidad para sugerir se complete el sistema diseñado, de forma que el mencionado párrafo haga una expresa referencia a las diligencias



preprocesales competencia del Ministerio Fiscal, cuya incoación se realiza al amparo de los artículos 5 del EOMF y 773 de la L.E.Crim, y en las que puede resultar de especial interés recabar directamente información de dicha autoridad.

Por ello, se propone que en dicho apartado m) del artículo 37 se haga una expresa referencia a las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal a los efectos de que la facultad conferida en dicho apartado sea verdaderamente efectiva para desarrollar nuestra actividad en esta materia.

Por otra parte, el sistema se completa a través de las previsiones contenidas en el artículo 41 del Anteproyecto, al establecer que la referida Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación debe colaborar entre otros, con el Ministerio Fiscal.

Título IV.

El Anteproyecto finaliza dedicando su último Título a las infracciones y sanciones en materia de igualdad de Trato y no discriminación, para lo cual dedica sus artículos 42 a 47 a regular su objeto y ámbito de aplicación, las concretas infracciones y sanciones, los criterios de graduación, las autoridades competentes y el procedimiento sancionador para ello.

En relación con este Título únicamente destacar que la indefinición con que se tipifican alguna de estas infracciones en el artículo 43 pudiera ir en contra de la necesaria seguridad jurídica, a la vez que puede redundar en la efectividad de las mismas al ser este un obstáculo para su aplicación.



Por ello, se sugiere una mayor concreción en la definición del tipo de infracciones que contempla el Anteproyecto sometido a consideración, clarificando de esta forma el tipo de conductas sancionadas en él, para facilitar su aplicación y, con ello, su efectividad.

Disposiciones Adicionales.

Disposición adicional primera. Modificación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

A través de esta disposición adicional, el prelegislador incorpora expresamente un nuevo párrafo al apartado 4 del artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio. Con dicho párrafo se pretende dar cobertura a la adopción de medidas de restricción o interrupción de una prestación de servicios o a la retirada de datos contenidos en páginas de Internet. Dichas medidas, según el texto transcrito anteriormente, se justifican en aras a proteger los derechos de las víctimas, y deberán llevarse a efecto de conformidad con la legislación procesal y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

No obstante, señalar que, a pesar de las dudas interpretativas que ha generado este precepto, las medidas de restricción aludidas ya pueden acordarse en la actualidad conforme a lo dispuesto en los artículos 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, que prevé la interrupción de la prestación o la retirada de datos si un determinado servicio de la sociedad de la información atenta o puede atentar *contra el principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social.*



Sin embargo, del tenor literal del precepto sometido a consideración, puede entenderse que la modificación propuesta, va más allá, introduciendo una nueva medida de protección como categoría autónoma.

Así, el artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, regula bajo el título las restricciones a la prestación de servicios y procedimiento de cooperación intracomunitario, incluyendo entre ellas, tanto la interrupción como la retirada de datos. En cambio, el nuevo párrafo 2 propuesto, distingue entre restricción, interrupción y retirada de datos, por lo que, como hemos anticipado, configura la restricción como una categoría jurídica autónoma.

Igualmente, el tenor literal propuesto prevé la adopción de alguna de estas medidas para proteger los derechos de la víctima, a pesar de que en muchos de los delitos en los que está presente una motivación discriminatoria, no existe una víctima concreta e identificable, resultando afectados en muchos casos grupos o colectivos de personas que no permiten ser fácilmente individualizados, y cuyas condiciones de seguridad se ven perturbadas por la comisión de un delito. Por ello, entendemos que la expresión *víctima* podría sustituirse por *colectivos o personas discriminadas*.

Disposición adicional segunda. Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De acuerdo con esta disposición adicional, el artículo 11 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil sufre dos ligeras modificaciones, que afectan ligeramente a la capacidad para ser parte, capacidad procesal o legitimación.



En primer lugar, modifica los términos del artículo 11 bis al sustituir *legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres* por la expresión *por la defensa a la igualdad de trato y no discriminación*, modificación adecuada al Anteproyecto.

En segundo lugar, se sustituye también la expresión *organismos públicos con competencia en la materia* por el de la *Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación*, como órgano que ostenta la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos, cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación. El Consejo Fiscal estima oportuno dicha modificación.

Disposición adicional tercera. Modificaciones de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De acuerdo con esta disposición adicional, el artículo 19.i de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo sufre idénticas modificaciones que las previstas para el artículo 11bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que las mismas resultan coherentes y adecuadas.

Disposición adicional cuarta. Modificaciones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Tal como hemos adelantado en relación con el artículo 28 del Anteproyecto, el artículo 10 de la Directiva 2000/78, obliga a los Estados



Miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. En esa línea, la disposición adicional incorpora un apartado cuarto al artículo 30 de la Ley 30/92, con el fin de adecuar todas las normas afectadas por el Anteproyecto a los principios del mismo.

Disposición adicional quinta. Modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Esta disposición adicional, incorpora dos modificaciones al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. La primera tiene por objeto equiparar los derechos de trabajadores y trabajadoras en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento concediendo a ambos una hora de ausencia del trabajo para la lactancia del menor.

En cambio, la segunda de ellas, hace referencia al calendario de las vacaciones, que en principio, no guarda ninguna relación con el Anteproyecto.

Disposiciones adicionales sexta a décima

Estas disposiciones regulan determinados aspectos relacionados con los Títulos III y IV del presente Anteproyecto, de forma que a través de ellas se prevén las reformas legales necesarias para la creación de la Autoridad para la igualdad de Trato y No Discriminación y para regular las nuevas facultades sancionadoras surgidas en aplicación del presente texto.



Disposición transitoria única

En la que se hace referencia a la normativa que ha de aplicarse a los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Anteproyecto, recogiendo la norma general en estos casos.

Disposición derogatoria única

En consonancia con su objeto y contenido, el Anteproyecto declara la derogación de los artículos de la Ley 62/03 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, referidos a esta materia, y del Artículo 2bis de ley 16/1983 de Creación del Instituto de la Mujer, así como el resto de las disposiciones de igual o inferior rango que se oponga a la misma.

IV.- CONCLUSIONES

En definitiva, el Consejo Fiscal estima que:

1. La emisión del presente informe entra dentro de las competencias consultivas del Consejo Fiscal, por lo que procede analizar aquellos artículos del Anteproyecto de reforma que están relacionados con las funciones legalmente encomendadas al Ministerio Fiscal.
2. Tanto de la Exposición de Motivos del presente Anteproyecto como de la Memoria de impacto normativo que le acompaña, se desprende que la norma de referencia pretende establecer el mínimo común denominador



normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio en España, y al mismo tiempo persigue articular determinadas garantías para que el principio de igualdad entre los ciudadanos y los grupos en que se integran sea real y efectiva.

3. El Consejo Fiscal estima suficiente el rango de ley ordinaria que se ha dado al presente Anteproyecto, por cuanto siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas sentencia 6/1982, de 22 de febrero), hay que entender que la exigencia de una ley orgánica tiene carácter excepcional, y que como tal, ha de ser utilizada restrictivamente, por lo que en relación con el desarrollo de derechos fundamentales solo ha de entenderse imprescindible en lo que se refiere al desarrollo legislativo directo de dichos derechos.
4. Para complementar el carácter integral de esta ley, resulta aconsejable reflexionar sobre la posible modificación de determinados aspectos del Código Penal en orden a garantizar una adecuada interpretación y aplicación de la norma. De hecho, en relación con el delito de provocación al odio, la violencia y la discriminación recogida en el artículo 510 del Código Penal, como hemos argumentado, pudiera ser aconsejable incorporar como conductas típicas, en posteriores reformas, las acciones de difundir mensajes e incitar a la discriminación.
5. Como razona la doctrina constitucional, las personas jurídico públicas no pueden ser consideradas como titulares del derecho fundamental a la no discriminación, por lo que teniendo en cuenta dicha corriente jurisprudencia y sus efectos, pudiera ser aconsejable que en el Título Preliminar del Anteproyecto se concretara de otra forma los efectos que el mismo pretende tener sobre el sector público.



6. Resulta aconsejable establecer con objetividad los distintos parámetros que deben tomarse en consideración para determinar si existe o no una situación de desigualdad, por lo que la extensión que pretenderse darse en el artículo 5 a los conceptos de discriminación directa e indirecta puede resultar contraria a la seguridad jurídica, de forma que se estima necesario que en el enunciado propuesto se haga una expresa mención al ámbito de aplicación de la ley, establecido en el apartado primero del artículo segundo, mención esta que, por otra parte, si aparece reflejada en el resto de los artículos del mismo Capítulo.
7. El concepto de represalia, contenido en el artículo 10 del Anteproyecto, puede generar dudas en cuanto a su diferenciación con respecto a otras categorías penalmente relevantes, por lo que sería conveniente que se revisará su definición o que, en todo caso, en dicho precepto se hiciera una expresa referencia a la exclusión de las conductas penalmente relevantes.
8. Se propone una nueva redacción para el artículo 12 apartado quinto, de forma que se haga constar que lo *dispuesto en los párrafos primero y cuarto será aplicable también al ámbito del empleo público*, a fin de clarificar el alcance del precepto evitando disfunciones en la interpretación de la norma.
9. Idéntica prevención debe de hacerse respecto a la redacción del párrafo final del artículo 19 sugiriendo, al igual que en el caso anterior, el siguiente enunciado, *lo previsto en los párrafos anteriores será de aplicación también a los locales de negocio*.



10. Se acoge favorablemente la formula recogida en el artículo 30 del Anteproyecto para avanzar en el terreno de la especialización en esta materia a través de la designación por parte del Fiscal General del Estado de un Fiscal de Sala Delegado para la tutela de la igualdad de trato y no discriminación.
11. En relación con la obligación asumida por el Gobierno, en el referido artículo 30, de fomentar la formación de los miembros del Ministerio Fiscal en esta materia, por las razones expuestas en el cuerpo del informe resulta, en todo caso, necesario acomodar las previsiones legislativas contenidas en el apartado 2 del artículo 30 a las contempladas en el artículo 13.3 del EOMF, por lo que el citado párrafo 2 debiera redactarse de la siguiente manera, *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.*
12. Sugerimos una redacción del artículo 34 del Anteproyecto que resulte más clarificadora a efectos de facilitar su aplicación. Así se propone que se modifique la redacción del párrafo tercero del mencionado artículo para hacer constar que los datos a incluir en la estadística judicial se refieran, al menos, a los procedimientos incoados en relación con estos delitos, tipo de delito por el que se incoa y resoluciones de fondo sobre los mismos. Advertimos que la referencia que el precepto hace a las personas enjuiciadas, penas y medidas impuestas puede entenderse como redundante pues la estadística judicial ya contempla dichos datos. Por ultimo, señalar que la expresión *motivación de la conducta discriminatoria* contenida en el precepto debe de ser corregida, en cuanto que la motivación es un elemento subjetivo de difícil concreción a través de un



dato estadístico, sustituyéndose por *la de factor de discriminación tenido en cuenta para calificar la conducta como discriminatoria*, siendo este un dato objetivo de más fácil constatación.

13. Con relación a las funciones de investigación atribuidas a la Autoridad para la igualdad de trato y no discriminación, referidas en el apartado c) del artículo 37, este Consejo Fiscal entiende que, al igual que sucede con otras autoridades administrativas a las que se encomiendan funciones de investigación el precepto debiera complementarse añadiendo la mención de que tales funciones deben limitarse a hechos que no revistan caracteres de infracción penal, por lo que el precepto debiera completarse añadiendo al mismo, *"...a salvo de aquellos que revistan caracteres de infracción penal, en cuyo caso la Autoridad deberá cesar en la investigación y remitir tanto de culpa al Ministerio Fiscal o a la Autoridad Judicial"*.
14. Ponemos de manifiesto nuestra discrepancia con la redacción del apartado f) del artículo 37 del Anteproyecto en el que se emplea la palabra *interesar* para instar la actuación del Ministerio Fiscal, facultad esta que parece remitir a los cauces del artículo 8 del EOMF, y que no cabe invocar cuando lo que únicamente se pretende es poner en conocimiento o denunciar ante el Ministerio Fiscal unos hechos que puedan ser constitutivos de infracción penal, como, de hecho, se refleja en el mencionado apartado.
15. Se sugiere que en el apartado m) del artículo 37 se haga una expresa referencia a las diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal como expedientes en los que se puede solicitar informe de la Autoridad para la Igualdad de Trato y no Discriminación, cuando la investigación



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

correspondiente recaiga sobre comportamientos que vengan motivados por alguno de los factores de discriminación recogidos en el Anteproyecto.

16. Se aconseja una mayor definición de las infracciones tipificadas en el artículo 43 de la Ley, lo que sin duda redundará, como hemos argumentado, en la necesaria seguridad jurídica y en la aplicación que pueda realizarse de las mismas.
17. A través de la disposición adicional primera, el prelegislador incorpora expresamente un nuevo párrafo al apartado 4 del artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, si bien teniendo en consideración que en muchos de los delitos en los que está presente una motivación discriminatoria, no existe una víctima concreta e identificable, resultando afectados en muchos supuestos grupos o colectivos de personas que no permiten ser fácilmente individualizados, sugerimos que la expresión *víctima* se sustituya por la de *colectivos o personas discriminadas*.

Madrid, 21 de marzo de 2011

**EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL
P.D.
TENIENTE FISCAL DE LA FISCALÍA DEL
TRIBUNAL SUPREMO**

Juan José Martín-Casallo López