

DOCUMENTOS DE TRABAJO

POR LA DIVERSIDAD, CONTRA LA DISCRIMINACIÓN
LA IGUALDAD DE TRATO EN ESPAÑA: HECHOS, GARANTÍAS,
PERSPECTIVAS

Fernando Rey Martínez y David Giménez Glück
(coordinadores)

www.fundacionideas.es

DT
4/2010

Coordinadores

Fernando Rey Martínez, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid
David Giménez Glück, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Carlos III, Director de Relaciones Institucionales de la Fundación IDEAS

Colaboradores internos

Johannes von Stritzky, Ayudante de Investigación, Área de Economía, Sostenibilidad y Bienestar, Fundación IDEAS

Colaboradores externos

Esteban Ibarra, Presidente de la Asociación Movimiento contra la intolerancia
Juan de Dios Ramírez de Heredia, Presidente de Unión Romaní
Miguel Ángel Cabra de Luna, Director de Asuntos Jurídicos CERMI
Marisa Soletto Ávila, Vicepresidenta de la Fundación Mujeres
Rafael González Galiana, Catedrático de Información, Universidad de Sevilla
Yolanda Besteiro de la Fuente, Presidenta de la Fundación de Mujeres Progresistas
Noemí Serrano Argüello, Profesora Titular de Derecho del Trabajo, Universidad de Valladolid
Javier Güemes, Coordinador de Proyectos y Programas, European Disability Forum
Antonio Poveda Martínez, Presidente de la Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales
María José Fuster Ruiz de Apodaca, Sociedad Española Interdisciplinaria del Sida – SEISIDA

Publicaciones de la Fundación IDEAS

Informes: son análisis de mayor extensión llevados a cabo por equipos de científicos y expertos en los que la Fundación IDEAS refleja su posición.

Documentos de Trabajo: son análisis más breves llevados a cabo por equipos de científicos y expertos en los que la Fundación IDEAS refleja su posición.

Documentos de Debate: son documentos elaborados por científicos y expertos de la Fundación IDEAS y colaboradores externos que no necesariamente reflejan las posiciones de la Fundación.

Artículos de Análisis: son artículos de opinión donde el autor libremente expone sus puntos de vista sobre un asunto concreto, sin reflejar las posiciones de la Fundación.

Editado por Fundación IDEAS
c/ Gobelos 31, 28023 Madrid
Telf. +34 915 820 091
Fax. +34 915 820 090
www.fundacionideas.es

ISBN: 978-84-15018-25-4
Depósito legal: M-25474-2010

Indeseable

No me deja pasar el guardia.
He traspasado el límite de edad.
Provengo de un país que ya no existe.
Mis papeles no están en orden.
Me falta un sello.
Necesito otra firma.
No hablo el idioma.
No tengo cuenta en el banco.
Reprobé el examen de admisión.
Cancelaron mi puesto en la gran fábrica.
Me desemplearon hoy y para siempre.
Carezco por completo de influencias.
Llevo aquí en este mundo largo tiempo.
Y nuestros amos dicen que ya es hora
de callarme y hundirme en la basura.

José Emilio Pacheco
Premio Cervantes 2009

Resumen ejecutivo

1. La discriminación, un problema social tan arraigado como apenas visible para la mayoría

Durante esta legislatura y la anterior, el gobierno socialista en España ha convertido el objetivo de la igualdad de trato y de oportunidades entre todos los ciudadanos en uno de los temas centrales de su agenda. Los avances en materia de igualdad de género son incuestionables, con la Ley de igualdad efectiva o la de violencia de género. El reconocimiento del derecho a acceder al régimen matrimonial de las personas homosexuales supone un hito de repercusión internacional. Las personas transexuales han visto reconocida su dignidad como ciudadanos en la Ley de Identidad de Género. En relación con la comunidad gitana, se han creado el Consejo del Pueblo Gitano y el Instituto de Cultura Gitana. La misma creación de un Ministerio específico de Igualdad supone, en sí misma, un avance significativo en la materia, *ecce signum*. Uno de los objetivos de la presidencia española de la Unión Europea durante el primer semestre de 2010 es, precisamente, la igualdad. Los ejemplos podrían multiplicarse. No parece exagerado afirmar que, después de seis años de acción política, al menos en algunos aspectos de la lucha contra la discriminación, nuestro país ya se halla en la vanguardia europea.

Sin embargo, la creciente diversidad de nuestra sociedad exige un nuevo impulso por parte de los poderes públicos. Que hayamos avanzado no significa que no debamos seguir avanzando. Sólo ganaremos el futuro si potenciamos la diversidad, y para hacerlo, sigue siendo necesario que todas las administraciones se impliquen en el impulso de políticas de igualdad. Este documento tiene como objetivo trazar algunas líneas que aporten alguna luz para identificar por dónde deberían ir las políticas contra la discriminación en el futuro inmediato.

Pero una tarea tan relevante todavía parece ausente del debate político. ¿Por qué? Las cifras del Eurobarómetro de la Comisión Europea sobre la Discriminación en la

Unión Europea de noviembre de 2009 (CE, 2009.A) demuestran que el fenómeno de la discriminación todavía no es demasiado conocido por la mayoría. Es un fenómeno relativamente invisible a la opinión pública. No hay conciencia de que se discrimina, por lo que hay poca predisposición a considerar urgente medidas que atajen dicha discriminación.

Pero el fenómeno existe, y corremos el peligro de que se expanda en el futuro si no tomamos medidas adecuadas en el presente. Así lo demuestran los últimos informes sobre la materia publicados en España: el informe anual Raxen. Crisis Económica, Xenofobia y Neofascismo en España, editado por el Movimiento contra la Intolerancia (MCI, 2009); el Informe de acción contra la discriminación, ACODI, publicado por *Women's link worldwide* (WLW, 2007); el Informe de 2009 de la Fundación Secretariado Gitano, titulado Discriminación y comunidad gitana (FSG, 2009); el estudio Evolución del racismo y la xenofobia en España dirigido por Cea D'Ancona y Valles Martín para el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (Cea D'Ancona, 2009) y la investigación "Jóvenes LGTB" llevada a cabo por Marta Garchitorena para la FELGTBE (Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales), con la colaboración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

El éxito de la lucha contra la discriminación requiere importantes fondos, sin duda (aunque quizá no tantos como se piensa), pero el fracaso de tal lucha resultaría más caro, en forma de segregación social y, casi con toda seguridad, de violencia. Los costes económicos y sociales de la no-igualdad de trato son muy superiores a los de las políticas de igualdad de trato. En algunos países donde hay falta de apoyo a medidas de integración de la diversidad se han creado lo que se llaman sociedades paralelas, que tienen su exponente más visible en guetos donde sólo residen personas de renta baja y/o grupos étnicos minoritarios. Por el contrario, se ha demostrado que una buena gestión de la diversidad cohesiona la sociedad, ayuda a un crecimiento equilibrado y es beneficiosa, incluso, para los resultados a nivel de empresa privada.

Además, se trata de definir la sociedad que queremos para el futuro de nuestro país; es una cuestión, sobre todo, de valores. En este sentido, preservar una sociedad tolerante e integradora es un asunto que no afecta exclusivamente a las minorías: nos afecta a todos. Por todo ello, no nos podemos conformar con lo que ya se ha hecho: hay que seguir avanzando.

2. Potenciar la diversidad: fortalecer la ciudadanía debilitada

Sin duda, en los últimos años, ha habido avances sustanciales en las políticas de integración social de los grupos especialmente tutelado por el Derecho antidiscriminatorio –minorías étnicas, minorías por origen nacional, minorías religiosas, homosexua-

les-, pero se ha progresado mucho menos en las políticas de reconocimiento de las diferencias que aportan tales grupos.

Esta situación se plasma en la casi total ausencia de la mayoría de estos grupos de dos escenarios públicos relevantes: las instituciones públicas y los medios de comunicación. Este hecho es de una importancia extraordinaria. Es imprescindible integrar la diversidad en las instituciones públicas y favorecer el tratamiento de esta realidad por los medios de la comunicación para evitar que las políticas de igualdad dejen de moverse únicamente en la periferia del problema y no en su fábrica.

Y mientras no se mejore en el conocimiento de esas diferencias, en la valoración positiva de la diversidad, los estereotipos negativos seguirán gozando de buena salud y, en ese sentido, las políticas de igualdad se construirán sobre arena. La democracia deliberativa no sólo requiere el pluralismo social como condición de existencia, sino que también lo reclama como valor. La democracia no sólo admite las diferencias, también las postula.

España cada vez va a ser más diversa, la homogeneidad pertenece al pasado. Tenemos dos opciones. La primera, la inacción, que puede derivar en que la diversidad se convierta en confrontación, la diferencia en disputa. La segunda, aprovechar nuestra creciente diversidad para enriquecer nuestra sociedad, ganando en matices, experiencias y conocimientos. Para conseguir que la suma de nuestras diferencias enriquezca el todo común necesitamos garantizar la convivencia y el respeto al diferente, es decir, potenciar la diversidad.

Las políticas de igualdad, por tanto, sin abandonar la tradicional aproximación de la mejora de las condiciones socio-económicas de los grupos en consideración, debieran adoptar, sobre todo, este nuevo enfoque de extensión de los derechos de ciudadanía: deberían convertirse en políticas de gestión de la diversidad.

Las políticas activas de igualdad deben jugar un papel fundamental en este sentido. Y ahí está el camino emprendido por la ley de dependencia como nuevo derecho de ciudadanía para las personas dependientes. O los nuevos derechos de ciudadanía otorgados a las personas con discapacidad (ley de signos). En este sentido, debemos continuar trabajando.

Pero como paso previo, es fundamental terminar de ahormar una legislación antidiscriminatoria sistemática, coherente, adaptada al Derecho Comunitario, progresista, con garantías de ser efectivamente aplicada a la realidad social. No estamos hablan-

do de construcciones jurídicas de nula efectividad; estamos hablando de terminar de afirmar la base de una convivencia en igualdad que impulse nuestro país hacia el futuro. En realidad, estamos hablando del requisito previo para incorporar a la ciudadanía plena a millones de personas. Es en este ámbito donde se van a encaminar las propuestas descritas en este documento de trabajo.

3. El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incorporación (incompleta) en el ordenamiento español

En casi todos los Estados europeos la legislación antidiscriminatoria ha sido modificada y ampliada en los últimos años con la finalidad de transponer las Directivas de igualdad del año 2000, sobre todo, la de igualdad racial y la de igualdad en el empleo.

¿Qué rasgos debemos considerar especialmente sospechosos de discriminación?

El Derecho Antidiscriminatorio europeo se está construyendo a partir de la protección de seis rasgos, dos de ellos de modo más intenso (género y etnia/raza), aunque los restantes se hallan en proceso de equiparación (religión/convicciones, edad, discapacidad, orientación sexual/identidad de género).

Que un rasgo se identifique como especialmente sospechoso significa un mandato específico a los poderes públicos de luchar contra este tipo de discriminación, lo que incluye un mandato a los Tribunales y al Tribunal Constitucional de que sean especialmente estrictos contra las medidas o normas que utilicen estos rasgos para discriminar. La identificación en la norma de un rasgo sospechoso eleva el nivel de alerta: es un salto significativo en la protección contra la discriminación. Por ello, es importante determinar qué rasgos sospechosos se deberían manejar en la legislación comunitaria y española.

Lo cierto es, como reconoce el Informe sobre los progresos realizados respecto a la igualdad de oportunidades y la no discriminación en la Unión Europea del Comité de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2008 (PE, 2008), que el mapa del desarrollo del Derecho Antidiscriminatorio en Europa muestra un elenco de legislaciones desiguales, carente de un método común de implementación y de armonía en la transposición de las Directivas. A nivel comunitario, se debería lograr un desarrollo armónico, integral y coherente de lucha contra todos los tipos de discriminación, que evitara una indeseable jerarquización de la protección según los diferentes rasgos o motivos de protección.

La carencia en Europa de un modelo homogéneo de lucha contra la discriminación se refleja también en el ordenamiento español que, en positivo, ha ido recogiendo los avances impuestos por el europeo (configurando también en España un Derecho Antidiscriminatorio, fundamental aunque no solamente, de seis rasgos: género, origen racial o étnico, religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual), pero que, en negativo, ha ido haciéndolo de un modo disperso y desigual (como el europeo), y, en ocasiones, perezoso (existiendo aún significativas distancias y omisiones respecto del modelo europeo).

En España, las políticas de igualdad de género, de discapacidad y de orientación (e identidad) sexual han ido alcanzando un desarrollo significativo (aunque con dificultades y barreras), mientras que la lucha contra la discriminación étnica/racial, de religión/creencia y de edad se hallan en estado embrionario.

Ante esta situación, este documento de trabajo propone que la futura legislación en España debería dispensar un tratamiento *integral* de la lucha jurídica contra las discriminaciones que proporcione un marco global, razonable y racionalizador de todas las disposiciones (que no son pocas, por cierto) relativas al Derecho Antidiscriminatorio, marco a partir del cual se desarrollen las lógicas diferencias en el tratamiento de cada uno de estos rasgos. Pero debe existir un marco regulador homogéneo básico.

Además, se propone que la legislación española debiera albergar una lista amplia de rasgos sospechosos, que vaya más allá de los seis rasgos utilizados en Europa, añadiendo nacimiento, origen nacional, patrimonio, características genéticas, lengua, apariencia física e identidad sexual, y además abierta, es decir, susceptible de incorporar nuevos rasgos, quizás con el añadido de una referencia final a cualquier tipo de discriminación prohibida por la ley o por los convenios internacionales de los que forma parte España.

La opción de una lista amplia y abierta se basa en la extensión de la lista del art. 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en la actual legislación española, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero sobre todo en el convencimiento de que la discriminación es un fenómeno mutable que ha de ser perseguido allí donde se presente, sea contra minorías étnicas, contra las mujeres, pero también contra nuevas dimensiones, como los sin techo o los obesos, porque sólo desde esta visión integral estaremos acertando en la verdadera finalidad de esta legislación, que no es proteger de manera paternalista a unos cuantos colectivos, sino garantizar la convivencia entre todos.

¿Qué conductas se deben prohibir y promover?

El derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de género, raza, etc. comprendería la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades. La igualdad de trato abarca la prohibición de la discriminación directa, de la discriminación indirecta, de la discriminación presunta, oculta y por asociación, de la discriminación múltiple, y el deber de acomodo razonable. La igualdad de oportunidades abarca la promoción de acciones positivas.

Aunque el Derecho de la Unión ofrece algunas certezas conceptuales sobre todas estas materias, subsisten, empero, no pocas zonas de penumbra. Este documento de trabajo clarifica conceptualmente cada una de estas figuras, y ofrece al legislador español que haga lo propio. Y es importante definir bien los conceptos para conocer exactamente el alcance del mandato antidiscriminatorio. No se trata de una mera discusión terminológica, sino de saber qué conductas se deben prohibir y qué otras no, qué situaciones se han de proteger y potenciar desde los poderes públicos y qué otras no.

¿Ha de abarcar a los inmigrantes?

El nuevo impulso a las políticas antidiscriminatorias en España debería lanzar un mensaje potente contra la xenofobia, entre otras razones porque los inmigrantes son más susceptibles de ser víctimas frecuentes de ataques a su dignidad como personas. Una cosa es la política de inmigración, que, de modo legítimo, puede ser más o menos restrictiva, porque remite a la idea de soberanía, de fronteras estatales, de recursos escasos, etc., y otra bien distinta la política de derechos fundamentales, que es tendencialmente cosmopolita. Los extranjeros no tienen el derecho a entrar ni a residir ni a trabajar en España, sino en los términos en que la legislación se lo reconozca, pero cualquier extranjero dentro de nuestras fronteras nacionales debe poder gozar del derecho a no sufrir discriminación por cualquiera de los rasgos mencionados anteriormente de un modo idéntico a los propios nacionales. No sólo no debería existir, pues, razón alguna para una eventual distinción de trato entre nacionales y extranjeros, sino que, por el contrario, los inmigrantes debieran ser una de las minorías a las que la nueva legislación prestara mayor atención en este sentido.

¿Qué ámbito material ha de abarcar el principio de no discriminación?

El empleo es, sin duda, un aspecto fundamental de la vida de un ciudadano, pero no el único. El Derecho Comunitario recoge otros ámbitos en los que el principio de igualdad de trato debería ser asegurado: la asistencia sanitaria, los beneficios sociales, la educación, el acceso a bienes y servicios disponibles para el público, incluida la vivienda. Como mínimo, los poderes públicos españoles deberían cubrir en su futura legislación estos ámbitos materiales señalados en el Derecho Comunitario.

¿Garantías procesales de la tutela antidiscriminatoria?

Sin duda, el aspecto más novedoso y relevante del Derecho europeo es el relativo no tanto al reconocimiento de la prohibición de la discriminación, cuanto al de que sus garantías procesales aseguren su cumplimiento. Es importante particularmente en España, donde el problema se detecta más que en las carencias legislativas en la ejecución del Derecho antidiscriminatorio ya existente. El abanico de garantías contempladas es amplio y algunas de ellas ya han sido, por supuesto, incorporadas a nuestro ordenamiento, pero otras, clamorosamente, no.

Este documento de trabajo propone que una futura legislación establezca procedimientos judiciales y administrativos específicos sobre no discriminación, que extienda la legitimación procesal de las asociaciones a la hora de litigar en supuestos de discriminación, y que incluya un catálogo amplio y más fino de sanciones, que tenga un carácter compensador pero también preventivo. Entre estas medidas se propone extender la actual prohibición de contratar con el sector público a quienes hubieran incumplido la normativa sobre igualdad de género o de discapacidad (Ley 30/2007) al resto de rasgos sospechosos.

¿Garantías institucionales?: la necesidad de un organismo de igualdad

El art. 13 de la Directiva de igualdad racial requiere que los Estados miembros designen “organismos” para asistir a las víctimas de discriminación racial o étnica, realicen investigaciones sobre las formas y prevalencia de la discriminación y emitan informes y recomendaciones. La Directiva de igualdad de género (art. 8) y las propuestas de Directivas de 2008 (igualdad de trato por razón de edad, discapacidad, orientación sexual, creencias o convicciones, art. 12; trabajo autónomo e igualdad de género, art. 10) establecen la misma obligación en relación con los demás rasgos protegidos por el Derecho europeo. La configuración en cada Estado de este organismo de igualdad forma parte, por consiguiente, del esquema obligatorio europeo de lucha contra la discriminación. La creación de esta institución no es una elección. Nos viene dada.

Sin embargo, según el Informe anual de la Agencia de la UE para los Derechos Fundamentales en su edición de 2009 (AUEDF, 2009), España es, junto a la República Checa y Polonia, el único país que no tiene este organismo creado y operativo, ya que el Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas con origen racial o étnico, ni por sus funciones ni por su composición, se puede considerar una transposición cabal de lo dispuesto en el Derecho Comunitario.

La creación de este organismo no es sólo una obligación comunitaria, es una necesidad acuciante si queremos implementar con éxito la legislación antidiscriminatoria. Sin un órgano especializado, con amplias funciones, se hace bien difícil pensar en que los avances en política antidiscriminatoria pasen de las musas al teatro, del papel a la realidad cotidiana. En todo caso, es comprensible que el momento de creación de este nuevo organismo se condicione en todo momento, lógicamente, a las posibilidades presupuestarias del Estado.

Este documento de trabajo propone la creación en España de un organismo público de defensa de la diversidad y de lucha contra la discriminación, que tenga autonomía y suficiencia presupuestaria como garantía de la independencia que le exigen las normas europeas, y que asuma, entre sus funciones, la asistencia a las víctimas, proveyendo información y asistencia directa en casos de litigación, pero también adoptando un papel proactivo, que suponga la emisión de recomendaciones, el diseño de buenas prácticas, la supervisión de los planes de acciones positivas, o la conducción de investigaciones independientes sobre la discriminación.

4. El principio de no discriminación en el Tribunal Constitucional: una jurisprudencia mejorable en materia de discriminación por motivos étnicos

Es evidente que el Tribunal Constitucional ha construido una doctrina jurisprudencial sobre el principio de igualdad (art. 14 CE) parangonable con cualquier otro Alto Tribunal de los países de nuestro entorno. Y son evidentes los avances que ha propiciado o avalado en la no discriminación de la mujer: STC 128/1987 (caso *complemento guarderías*), STC 12/2008 (caso *paridad en listas electorales*), STC 59/2008 (caso *ley violencia de género*); las personas homosexuales, STC 41/2006 (caso *Alitalia*); o las personas con discapacidad, STC 269/1994 (caso *cuotas de discapacitados en acceso a la función pública*).

Pero también es indudable que en lo referente a la discriminación por motivos étnicos/raciales su jurisprudencia es francamente mejorable. Es altamente significativo, en este sentido, que en los dos únicos casos que han llegado ante el Tribunal

Constitucional de discriminación étnica/racial –caso *Williams* (STC 13/2001); caso *matrimonio gitano* (STC 69/2007)– ambas sentencias hayan sido reconvenidas por organismos internacionales de protección de los derechos humanos, lo que demuestra la falta de sensibilidad del Tribunal Constitucional en lo que se refiere al manejo del respeto a la diferencia en igualdad por razones étnicas o raciales.

A la vista de algunas sentencias judiciales, la discriminación por motivos étnicos en España no es motivo de alarma: las actuaciones de los poderes públicos en este ámbito se han convalidado sin mayor problema. Sin embargo, cuando estos casos han llegado a instancias internacionales la decisión ha sido justo la contraria. Este hecho es profundamente revelador del estado de cosas. Nuestro Tribunal Constitucional no es una excepción: se echa en falta un mayor pulso en la lucha contra la discriminación por motivos étnico/raciales en el conjunto de la política criminal de nuestro país.

5. Una política criminal seria contra las discriminaciones

Ciertamente, la igualdad de trato debe proponerse (de forma persuasiva, a través de la información, la educación, la sensibilización, etc.), pero, al mismo tiempo, debe imponerse (utilizando el derecho sancionador aplicable) porque la igualdad no se alcanzará nunca por un proceso natural o espontáneo (que más bien suele beneficiar al que ya es fuerte), no cae como la fruta madura de un árbol, sino que requiere un esfuerzo sostenido en el tiempo a favor de cualquier minoría en desventaja socio-económica. La igualdad resulta de una lucha civilizadora cotidiana. Hacen falta, por tanto, la prevención en las políticas de igualdad, tanto como, en su caso, la represión.

Y, en este punto, hay que advertir, inmediatamente, de que a pesar de la existencia en España de un importante Derecho sancionador contra las discriminaciones, no hay, sin embargo, una política criminal seria o consistente de lucha contra todas las formas de discriminación, de forma que las normas no se aplican, se aplican poco o de modo incorrecto. La situación es, naturalmente, diversa respecto de los diferentes rasgos discriminatorios. La persecución criminal de la discriminación de género, sobre todo en el campo de la violencia de género, sí es, por lo general, tomada en serio. Pero respecto de los demás rasgos no puede predicarse, ni mucho menos, lo mismo.

Este documento de trabajo propone algunas soluciones concretas para paliar esta situación, que abarcan desde reformas del Código Penal y de la organización del Ministerio Fiscal hasta que los sistemas estadísticos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, de las Fiscalías y de los Tribunales de Justicia cuenten con etiquetas específicas que permitan clasificar y cuantificar las infracciones penales en las que pueda existir un motivo de discriminación de los especialmente protegidos.

1

La discriminación, un problema social tan arraigado como apenas visible para la mayoría

¿Por qué seguir hablando hoy de igualdad y discriminación?, ¿no se trata, en realidad, de una cuestión largamente superada o, al menos en vías de solución? La sola formulación de estas preguntas seguramente escandalizará a todos los que dedican o han dedicado su vida a la lucha contra todas las formas de discriminación, pero no es impertinente si tenemos en cuenta que, según el Eurobarómetro de la Comisión Europea sobre la Discriminación en la Unión Europea, de noviembre de 2009 (CE, 2009.A) (analizando los datos del año 2008), nada menos que el 55% de los españoles considera que en nuestro país se hacen suficientes esfuerzos en este sentido (la media europea es del 49%). Así pues, si se trata de un problema bien manejado con los recursos actuales, ¿por qué proponerlo de nuevo, por qué llamar la atención sobre las deficiencias y carencias, por qué, en suma, suscitar nuevos enfoques e impulsos en su abordaje?

Ciertamente, durante esta legislatura y la anterior, el gobierno socialista en España ha convertido el objetivo de la igualdad de trato y de oportunidades entre todos los ciudadanos en uno de los temas centrales de su agenda. Recordando, a veces de modo explícito (como, por ejemplo, en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo) la famosa tesis del filósofo israelí Avishai Margalit, la política del presidente Rodríguez Zapatero ha ambicionado en todo momento luchar por una sociedad decente, esto es, una en la que las instituciones no humillen a las personas sujetas a su autoridad y donde no se permita que los ciudadanos puedan hacerlo entre sí. Se ha perseguido de manera consciente el ideal republicano de libertad como no dominación propuesto por Philip Pettit (Pettit, 2009). Los avances en materia de igualdad de género son incuestionables, con la Ley de igualdad efectiva o la de violencia de género. El reconocimiento del derecho a acceder al régimen matrimonial

de las personas homosexuales supone un hito de repercusión internacional. El reconocimiento de la identidad de género de las personas transexuales. La ley contra el racismo y la xenofobia en el deporte. En relación con la comunidad gitana, se han creado el Consejo del Pueblo Gitano y el Instituto de Cultura Gitana. La misma creación de un Ministerio específico de Igualdad supone, en sí misma, un avance significativo en la materia, *ecce signum*. Uno de los objetivos de la presidencia española de la Unión Europea durante el primer semestre de 2010 es, precisamente, la igualdad. Los ejemplos podrían multiplicarse. No parece exagerado afirmar que, después de seis años de acción política, al menos en algunos aspectos de la lucha contra la discriminación, nuestro país ya se halla en la vanguardia europea.

Sin embargo, aún resta mucho por hacer, porque las discriminaciones son una realidad social testaruda, difícil de erradicar y con una gran capacidad de mutación en una sociedad cada vez más diversa. La creciente diversidad de nuestra sociedad todavía necesita del impulso político de todas las administraciones para generar bienestar, y no conflictos, convivencia, y no tensiones. Que hayamos avanzado no significa que podamos permanecer impasibles si queremos ganar el futuro. Este documento tiene como objetivo trazar algunas líneas que despejen por dónde deberían ir las políticas contra la discriminación en el futuro inmediato.

Pero una tarea tan relevante todavía parece ausente del debate político. ¿Por qué? El hecho es que, pese a todo, el fenómeno de la discriminación todavía no es demasiado conocido por la mayoría. La *invisibilidad* social de las discriminaciones ha quedado patente, por ejemplo, en las conclusiones del Eurobarómetro antes citado (CE, 2009.A). Interesa subrayar dos ideas principales de este estudio: de un lado, la mayoría de los europeos considera que hay menos discriminaciones que hace cinco años en todos los campos, sobre todo en género (el 65% frente al 24%), discapacidad (60% frente al 29%) y orientación sexual (el 60% respecto al 28%), aunque el desacuerdo es mayor en referencia a la etnia (el 48% frente al 41%), la edad (el 47% frente al 42%) y la religión/convicciones (el 56% frente al 32%) De otro lado, “sólo” el 16% de los europeos afirman haber sido discriminados (por alguno de los seis rasgos protegidos por el Derecho europeo: género, etnia, religión/convicciones, orientación/identidad sexuales, edad y discapacidad) durante el último año (en España, el 15%), aunque el 26% sostiene haber sido testigo de una discriminación o acoso ajenos (en España, el 31%), sobre todo por motivos étnicos (el 61% de europeos creen que es la más extendida). Este *décalage* tiene que ver con el hecho de que la percepción de la discriminación aumenta por factores generales como la juventud, el nivel formativo o vivir en medio urbano, por sentirse parte de una minoría étnica (menos del 15% se sienten así), por haber experimentado personalmente una discriminación o por tener contacto social con miembros de minorías. La diferencia entre el 26%

de discriminaciones sobre terceros y el 16% de discriminaciones percibidas nos está mostrando que un número significativo de discriminaciones no son percibidas como tales por sus víctimas. El concepto de discriminación es un (im)perfecto desconocido. Tal dato es coherente con otras “ignorancias”: sólo el 33% de los europeos (el 36% en España) alega conocer los derechos que asisten a las personas que sufren algún tipo de discriminación y el 71,2% opina que la diversidad (étnica, de género, etc.) no se refleja suficientemente en los medios de comunicación.

En lógica relación con esta invisibilidad, está muy extendida la idea, en sectores conservadores de la sociedad, de que las políticas de igualdad son caras, sobre todo en época de crisis, y que tiene como únicos destinatarios a los miembros de las minorías especialmente protegidas. Se trata de dos tópicos tan extendidos como falsos. El éxito de la lucha contra la discriminación requiere importantes fondos, sin duda (aunque quizá no tantos como se piensa¹), pero el fracaso de tal lucha resultaría más caro, en forma de segregación social y, casi con toda seguridad, de violencia. Una advertencia son los grados de desestructuración que se pueden observar en algunos otros países europeos, donde la falta de medidas de apoyo a la integración, por un lado, y de medidas de protección frente a prácticas discriminatorias, por otro lado, han llevado a la creación de las llamadas “sociedades paralelas”, que en muchos casos tienen su imagen más visible en la existencia de guetos, o barrios marginales en las grandes ciudades donde únicamente residen personas de renta baja y/o grupos étnicos minoritarios.

Los resultados de políticas continuadas durante décadas de falta de atención adecuada a la integración de la diversidad son estructuras sociales que impiden o dificultan a ciertos colectivos por su raza o etnia la participación social por falta de recursos económicos y de educación. Fácilmente se pueden observar los efectos que generan los círculos viciosos que se inician con la exclusión social de una generación, con el consiguiente problema del difícil acceso al sistema educativo o al mercado laboral de los miembros de la siguiente generación. Pobreza y gasto social son una parte de los costes que conlleva esta negligencia. El derroche de recursos humanos y la falta de cohesión social son otra. Pero el momento en el que más se manifiesta este fracaso político y social es cuando este desarrollo equivocado desemboca en delincuencia juvenil o incluso plena violencia, como pasó en los suburbios de París en el verano de 2008.

1 La Agencia alemana de anti-discriminación hizo públicos el 14 de agosto de 2008 los resultados de un estudio indicando que los costes de implantación de la legislación anti-discriminación en Alemania habían sido sobrevalorados. La cifra aportada de coste directo fue de 26 millones de euros. El estudio concluye que no debería presumirse tan fácilmente que la legislación antidiscriminatoria supone una carga pesada para la economía (véase *European Anti-Discrimination Law Review*, 8, julio de 2009, p. 48).

Los costes económicos y sociales de la no-igualdad de trato son muy superiores a los de las políticas de igualdad de trato y de oportunidades, que tienen además efectos beneficiosos para la economía. La trayectoria de la inmigración en España es un buen ejemplo para demostrar los beneficios que conlleva la incorporación de colectivos anteriormente excluidos en la economía. Alrededor de cuatro millones de inmigrantes llegaron a España entre 1996 y 2005. Este incremento de la población, y especialmente de la población activa, ha sido responsable de una buena parte del crecimiento económico durante estos años. Según un trabajo realizado por la Oficina Económica del Presidente que analiza la Inmigración y economía española en el periodo 1996-2006 (OEP, 2006) se estimó que la inmigración recibida entre 1996 y 2005 ha realizado una importante contribución al crecimiento económico. En su fase más intensa de llegadas, entre 2001 y 2005, los inmigrantes aportaron casi un 40% de la tasa de crecimiento del PIB, que fue de un 3,1% anual. Esta aportación al bienestar tiene una traducción más directa cuando se expresa en términos de renta per cápita. Sobre el conjunto del periodo 1996-2005, el impacto neto de la inmigración ha sido un aumento de renta per cápita para todos los españoles de 623 euros por persona. Es un ejemplo de las consecuencias económicas positivas que puede significar una sociedad más diversa.

Otro efecto económico positivo se centra en el mundo de la empresa. El concepto de la gestión de la diversidad (*diversity management*) ha sido elaborado por el sector privado desde finales de los noventa y se puede considerar la otra cara de la moneda de las normas legales que regulan la igualdad de trato. Es un concepto amplio que engloba tanto las políticas de igualdad de género como por ejemplo las medidas dirigidas a la conciliación laboral familiar, como medidas antidiscriminatorias en la contratación o de sensibilización con respecto a determinados colectivos o minorías. Las políticas de igualdad de trato inevitablemente tienen costes directos, pero se ven recompensadas por beneficios económicos considerables, como demuestran los siguientes ejemplos concretos de buenas prácticas de la gestión de la diversidad:

- a) **Medidas para la conciliación laboral y familiar**, sobre todo para la facilitación o el fomento del retorno después de la baja de maternidad. Varios estudios demuestran que para las empresas resulta más costoso sustituir a una persona (en la mayoría de los casos una mujer) que buscar soluciones flexibles para poder seguir empleando a la misma. Cuanto más alto es el nivel de formación de la persona más caro resulta la sustitución. El abanico de posibles medidas se extiende desde asesoramiento, jornadas laborales flexibles y teletrabajo, hasta servicios de guardería de la propia empresa.

Según un estudio del Ministerio Federal de Familia, Ancianos, Mujeres y Jóvenes de Alemania (BMFSFJ, 2003), el coste medio para la sustitución (la

contratación de una persona nueva en vez de fomentar el retorno de la misma) es de 9.500 euros (nivel salarial bajo), 23.200 euros (nivel salarial medio) o 43.200 euros (nivel salarial alto). El modelo usado para calcular la diferencia de coste entre la existencia y la ausencia de medidas para la conciliación, dio como resultado que la aplicación de estas medidas supone un 55% de ahorro.

El gobierno británico cifraba el coste de la sustitución de una mujer *manager senior* con £50.000 (DTI, 2003). En el mismo informe hacen referencia al ejemplo de la empresa Nationwide Building Society que introdujo varias de las mencionadas medidas para la conciliación y consiguió a través de esto subir la cuota de retorno de la baja de maternidad hasta un 91,5%. Esto suponía un incremento de un 30% durante los últimos diez años y un ahorro de £3 millones. Pero no sólo tiene un impacto económico importante a nivel de la empresa, sino también para la economía en general, porque favorece una mayor incorporación de las mujeres en el mercado laboral y, por lo tanto, aumenta la población activa.

- b) Reducción de la rotación externa.** Esta es otra de las consecuencias positivas más señaladas por las empresas como efecto de una buena gestión de la diversidad. TNT Austria, por ejemplo, consiguió a través de la aplicación de su iniciativa para una gestión de la diversidad efectiva que se redujera la rotación externa de un 25% en 2000 a un 10% en 2003 y una reducción similar del absentismo laboral (CE, 2005). Royal Mail (Reino Unido) estima que ahorró £7 millones introduciendo políticas en contra del acoso motivado por la pertenencia de un compañero o una compañera a un determinado colectivo.
- c) Necesidades de recursos humanos o de innovación en la misma empresa.** El 40% de las empresas preguntadas por la Comisión Europea dijeron que el mayor beneficio económico de las políticas de la diversidad era reclutar y mantener personal de alta calidad, con orígenes muy diversos (CE, 2005). Para el Grupo español VIPs, por ejemplo, el motivo es la mayor lealtad, escrupulosidad y orientación en la venta de sus empleados de origen extranjero. Una composición de la plantilla más diversa y una mayor sensibilidad respecto a las necesidades de los diferentes grupos también implica productos innovadores y nuevos mercados. El Deutsche Bank dirigió una campaña especialmente orientada a gays y lesbianas y pudo observar directamente los beneficios en la respuesta de este colectivo a esta estrategia. La compañía británica Tesco observó durante los últimos dos años un incremento de un 250% en las ventas de productos dirigidos a minorías étnicas, y los vinculó directamente con su programa para la contratación de este colectivo.

En consonancia con estos ejemplos, la mayoría de las empresas preguntadas en el European Business Test Panel (CE, 2005) confirmó los resultados positivos de las medidas aplicadas en su negocio (el 83% frente al 17%). Los ejemplos mencionados ilustran por qué. Una buena gestión de la diversidad no sólo procura un entorno que permita a personas pertenecientes a diferentes grupos la participación social a través de la participación en el mercado laboral, sino que también puede tener un impacto económico importante. Es una estrategia que se puede considerar como parte de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) que contribuye a una mayor sostenibilidad del modelo productivo, al ser económicamente rentable y socialmente dinamizador. Las empresas pueden ampliar su acceso a recursos humanos cualificados, porque se hacen atractivos para colectivos nuevos. Especialmente el cambio demográfico, ya visible, hará este aspecto aún más relevante. Una mayor satisfacción de los empleados aumenta la motivación, la eficiencia y lealtad, y como consecuencia la productividad y creatividad de las empresas. Además, acceden a nuevos mercados a través de nuevos productos especializados para las necesidades específicas de colectivos, hasta ahora no tenidos en cuenta, o campañas de publicidad especialmente dirigidas a ellos. Y, por último, una buena gestión de la diversidad mejora la reputación de la compañía y puede hacerla más atractiva para sus antiguos y nuevos clientes.

Por otra parte, la consecución de la igualdad de trato y oportunidades es un objetivo que ha de tener como sujetos activos a todos (mayorías, y también minorías: éstas deben hacer también sus propios “deberes”, como, por ejemplo, luchar contra las discriminaciones internas del grupo; sólo así se demostrará que no estamos en presencia de políticas paternalistas, sino de auténticas medidas de igualación) y beneficia también a todos, a las minorías, pero también a las mayorías, ya que las relaciones sociales serían más justas y equitativas. La lucha por la igualdad tiene que ver con un nuevo modo de relacionarse y convivir en sociedad, en igualdad y libertad para todos. Remite a nuevas formas de contrato social. Es un asunto que nos afecta a todos.

Los datos mencionados apuntan, sin embargo, a la paradoja del arraigo del fenómeno discriminatorio pero, simétricamente, a su desconocimiento, tanto por la sociedad mayoritaria cuanto por bastantes de las personas que lo sufren, que no siempre conocen sus derechos. Una ignorancia que, sin embargo, puede calificarse de (falsamente) optimista, ya que la percepción mayoritaria tiende a minimizar las aristas más cortantes del problema. Este tipo de optimismo es todavía mayor, si cabe, en España, donde a la pregunta de si la actual crisis económica y financiera podría llevar a considerar menos importantes las políticas de promoción de la igualdad y, por tanto, si recibirán menos fondos, se contesta negativamente por el 55% de los encuestados

(la media europea es de un magro 34% frente al 49% de los que se malician que sí). Si ya se está abordando correctamente la lucha contra la discriminación, ¿qué es lo que se ha de reformar?

Sin embargo, los informes de las entidades del Tercer Sector que trabajan en el campo de la igualdad de trato dibujan un marco sobre el que necesariamente hay que seguir actuando. El Informe Raxen de 2009 (MCI, 2009), por ejemplo, llama la atención sobre el crecimiento de la xenofobia en nuestro país. Incluye muchos otros datos, pero los más inquietantes son los de víctimas mortales de crímenes de odio y los numerosos incidentes de racismo e intolerancia en municipios, de los que en él se da cumplida cuenta. También hay que acudir a los preocupantes datos de la encuesta “Actitudes ante la Inmigración y Cambio de Valores” que se realizó en 2008 a escolares de entre 14 a 19 años por el Centro de Estudios sobre Migraciones y Racismo (CEMR, 2008), según los cuales el 37% prefiere una “España blanca y de cultura occidental”, y el 20% apoyaría “a un Le Pen español que echara a los marroquíes y a los negros” (“sólo” era el 10,7% en 1997). También recuerda este Informe el estudio “Jóvenes e Inmigración”, del Instituto de la Juventud (INJUVE, 2008) que revela que el 14% de los jóvenes estaría dispuesto a votar a un partido racista (en 2002 eran el 11%). Según el estudio estatal sobre la convivencia escolar en la Educación Secundaria Obligatoria del Observatorio Estatal de Convivencia Escolar sobre alumnos de secundaria de toda España (menos Cataluña) (OEC, 2008), casi la mitad (el 46%) de los adolescentes españoles están nada o poco dispuestos a trabajar con un latinoamericano. Y más de la mitad rechazaría a un judío como compañero de pupitre. Este mismo estudio advierte del creciente acoso contra los jóvenes obesos. La práctica totalidad de los alumnos consultados para la elaboración del informe de homofobia en el sistema educativo español, editado por la Comisión de Educación del Colectivo de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales de Madrid (COGAM, 2006), señalan que los institutos son lugares peligrosos para un gay o lesbiana, debido al acoso escolar.

El Informe de acción contra la discriminación, ACODI, editado por *Women’s link worldwide* (WLW, 2007), describe, por su parte, 612 casos de discriminación en territorio español. Los principales escenarios críticos identificados son: la discriminación por parte de funcionarios públicos (sobre todo en el acceso a servicios de salud por personas inmigrantes), la discriminación en el acceso a lugares públicos, la violencia combinada de género y etnia en lugares públicos por agentes de policía y guardas de seguridad contratados por organismos estatales, la violencia racial por parte de agentes de policía y guardas de seguridad; la violencia racial en frontera (sobre todo en las de Ceuta y Melilla). El Informe también analiza las dificultades del

acceso a la justicia por parte de las personas que han sufrido una discriminación (en particular, étnica).

Otro Informe interesante es Discriminación y comunidad gitana, el que anualmente publica la Fundación Secretariado Gitano (FSG, 2009) a partir de los casos recogidos directamente por ella en su actividad principal de mediadora de empleo para la comunidad gitana. El de 2009, que se refiere a los casos de 2008, aun reconociendo ciertos avances, constata el aumento de las discriminaciones en el empleo hacia los gitanos (probablemente a causa de la crisis económica); la existencia de discriminaciones múltiples sufridas por las mujeres gitanas (sobre todo, en el acceso a bienes y servicios); la preocupante situación en el ámbito de la educación (con segregación de alumnos gitanos en algunos centros e incluso algún caso, en la Comunidad de Madrid, con el intento de “trueque” forzoso de un colegio de mayoría gitana con otro de mayoría paya y peores instalaciones); los medios siguen siendo el agente discriminador más activo; la tolerancia hacia la discriminación de los poderes públicos; la inexistencia de medidas reparadoras efectivas y el efecto “extensivo” de la discriminación (ya que la propia Fundación ha recibido agresiones racistas este último año).

En España, la discriminación por razón del VIH se encuentra documentada en el estudio FIPSE (2005). Este estudio analiza la existencia de discriminación arbitraria a través de la legislación, los protocolos y reglamentos internos de instituciones y el ámbito de la vida cotidiana en diez áreas: sanitaria, empleo, procesos judiciales, administración, bienestar social, vivienda, educación, vida familiar y reproductiva, seguros y otros servicios financieros y acceso a otros servicios o establecimientos públicos. Los resultados muestran que, en nuestro país, no existe discriminación en la legislación pero esta sí se halla en ciertos ámbitos, cuando se realiza un análisis de los reglamentos y protocolos internos y, aparece ampliamente documentada, en el ámbito de la práctica cotidiana, donde se hallan prácticas negativas en todas las áreas descritas. En este mismo sentido, la encuesta sobre hábitos sexuales realizada por el Instituto Nacional de Estadística en el año 2004 arroja el dato de que uno de cada tres españoles afirma que no estudiaría o trabajaría con una persona infectada por el VIH. Otro estudio sobre la conducta sexual y de riesgo ante el VIH en la población adulta española encontró que un 18,3% de los españoles no dejaría en compañía o al cuidado de sus hijos a una persona seropositiva, y un 27,7% tenía dudas (Paéz y cols., 2003).

Un estudio más reciente, realizado por la Sociedad Española Interdisciplinaria del sida (2009) en una muestra representativa de la población española, confirma

el dato de que uno de cada tres españoles discriminaría a una persona con VIH en diferentes escenarios de la vida cotidiana (colegio, trabajo, tienda). El estudio arroja datos graves sobre el deseo de segregación de las personas con VIH por parte de la población. Así, un 20% de la población cree que la ley debería obligar a que, en ciertos lugares, las personas infectadas con VIH deban estar separadas para proteger la salud pública o que un 18% de la población cree que los nombres de las personas con VIH deberían hacerse públicos para que la gente que quisiera pudiera evitarlos.

Por otra parte, el estudio muestra cómo la población culpabiliza a las personas con VIH. De esta forma, el 19,3% de la población considera que las personas infectadas con el VIH o que padecen el sida son culpables de padecer su enfermedad.

Estas creencias y actitudes tienen su reflejo en el deseo que la población muestra para relacionarse con las personas con VIH. Así, el 18,8% de los entrevistados ha declarado que no mantendría ningún tipo de relación con una persona con el VIH o con sida. Por otro lado, de entre todas las relaciones que se pueden mantener, el 42,2% ha declarado que mantendría una amistad con alguien que esté infectado o que padezca la enfermedad y sólo el 6,5% podría apostar por una relación de pareja estable y, en caso de ser una pareja esporádica, el porcentaje desciende al 4,8%. Solo un 6,9% afirma que sería compañero de trabajo de una persona con VIH.

El Informe “Evolución del racismo y la xenofobia en España” de 2009 del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (Cea D’Ancona, 2009) tampoco arroja, precisamente, datos tranquilizadores. La sociedad española está dando un ejemplo único, en plena crisis económica, de sensibilidad en el trato de la inmigración que en los últimos años ha llegado masivamente a España. No se han detectado conflictos significativos en este sentido, como ha ocurrido en otros lugares de Europa. Sin embargo, de nuevo hay que advertir que debemos estar alerta y actuar antes de que sea demasiado tarde. El asunto planteado por la negativa del Ayuntamiento de Vic a empadronar a los inmigrantes en situación administrativa irregular supone una seria llamada de atención, entre otras cosas porque recibió un inquietante apoyo social e incluso político. El Informe antes citado detecta, en la misma línea, un avance preocupante de la aminoración de la capacidad receptiva de inmigrantes por parte de los españoles. Crece la percepción de que los inmigrantes son excesivos, que los que se encuentren en situación administrativa irregular deben ser devueltos a sus países de origen, que quitan el empleo a los nacionales, que están más protegidos por los poderes públicos que los españoles, que son detractores de recursos públicos y responsables del deterioro de servicios sociales básicos, como

la salud o la educación. El Informe muestra un mayor rechazo a las relaciones de vecindad y la aceptación de los inmigrantes sólo si sirven como mano de obra secundaria y no molestan a los españoles.

La investigación “Jóvenes LGTB”, realizada por la socióloga Marta Garchitorena para la FELGTB, con la subvención del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2009), muestra un panorama preocupante de discriminación de los jóvenes pertenecientes a minorías sexuales tanto en el sistema educativo como en el sanitario, entre el grupo de amigos o incluso dentro de la propia familia (lo cual convierte la discriminación por orientación sexual o identidad de género en algo muy particular y con características especiales). Un 49,1% de los/las jóvenes consultados/as afirma haber sufrido violencia psicológica y/o física en el centro educativo; un 59,7% en espacios públicos; un 32,6% en el entorno de las amistades; y, por último, hasta un 21,2% en el interior de la familia.

Tampoco hay que dramatizar excesivamente. El comportamiento general de la población española es tolerante y ausente de prejuicios. Pero estos informes nos indican que no se puede ocultar que la xenofobia, el racismo y las actitudes discriminatorias siguen siendo una grave amenaza. Si queremos ganar el futuro, hay que reaccionar antes de que sea demasiado tarde.

2

Potenciar la diversidad: fortalecer la ciudadanía debilitada

La lucha por la igualdad tiene dos grandes dimensiones. De un lado, la igualdad de trato, esto es, la prohibición de cualquier forma de discriminación directa o indirecta. De otro, la igualdad de oportunidades, es decir, el mandato a los poderes públicos de adoptar medidas que equilibren la posición de desventaja social de ciertos grupos sobre los que recaen prejuicios hondamente arraigados. En este texto hablaremos, fundamentalmente, de la igualdad de trato, porque ni siquiera ella está asegurada por completo en todos los casos, aunque no hay que olvidar que igualdad de trato e igualdad de oportunidades son dos caras de una misma moneda, dos aspectos que deben asegurarse al mismo tiempo.

El déficit de la igualdad de trato y de oportunidades en España se muestra, como causa y consecuencia a la vez, en la casi total ausencia de la mayoría de los grupos especialmente tutelados por el Derecho Antidiscriminatorio –minorías étnicas, minorías religiosas, personas con discapacidad, homosexuales, bisexuales etc.– de dos escenarios públicos relevantes: las instituciones políticas y los medios de comunicación. Y hay otros colectivos que se están incorporando, como las mujeres, que todavía no han alcanzado un grado pleno de igualdad. Este hecho es de una importancia extraordinaria. Es imprescindible integrar la diversidad en las instituciones públicas y favorecer el tratamiento de esta realidad por los medios de la comunicación para que las políticas de igualdad dejen de moverse únicamente en la periferia del problema y no en su fábrica. Porque el incorrecto abordaje de la igualdad no sólo compromete al Estado de Derecho, en cuanto supone una actuación (u omisión) pública que no garantiza de modo suficiente los derechos de las personas; no sólo lesiona la cláusula del Estado Social, en la medida en que no se asegura la igualdad “real y efectiva” de personas y grupos en desventaja fáctica; también implica una debilitación del mismo

principio del Estado democrático porque las mujeres y ciertas minorías sociales se ven apartadas, por barreras informales pero de gran grosor, del proceso político. Se mida como se mida, uno de los criterios de calidad de la democracia es que no haya grupos sociales aislados y sin voz, excluidos de la arena política. Esto les convierte en no-ciudadanos, en una casta no participante, en ciudadanos de segunda categoría. En metecos de la ciudad griega, ni libres ni esclavos. El avance en “suelo pegajoso” para las minorías en los escenarios de la actividad pública y los medios de comunicación impide erradicar los estereotipos negativos que pesan sobre los miembros de estos colectivos, prejuicios que constituyen el corazón de la discriminación social, ya que ésta opera sobre todo por medio de generalizaciones de corte negativo, y de ahí la peculiar injusticia de este tipo de agresiones a la dignidad humana: a una persona se le va a tratar de modo negativo en alguna o algunas relaciones sociales porque se le atribuirán prejuicios ligados al rasgo personal *sospechoso*: etnia, género, etc.

Sin duda, en los últimos años, ha habido avances sustanciales en las políticas de integración social de los grupos aludidos, pero se ha progresado mucho menos en las políticas de reconocimiento de las diferencias que aportan tales grupos. Y mientras no se mejore en el conocimiento de esas diferencias, en la valoración positiva de la diversidad, los estereotipos negativos seguirán gozando de buena salud y, en ese sentido, las políticas de igualdad se construirán sobre arena. La democracia deliberativa no sólo requiere el pluralismo social como condición de existencia, sino que también lo reclama como valor. La democracia no sólo admite las diferencias, también las postula². Por eso el título de este Informe, que por otro lado no es especialmente original, es “por la diversidad, contra la discriminación”. Como los ejemplos no son concesiones a la pereza mental, pongamos dos. La comunidad gitana lleva más de 500 años en suelo español. En todos estos años, ¿no hay una sola aportación de tipo histórico o cultural a la historia común que pueda ser considerada en los libros de texto escolares?, ¿y luego nos puede sorprender que algunos niños gitanos se sientan extraños por completo de una escuela que de ningún modo se hace eco de las aportaciones positivas de su comunidad étnica? En cuanto a las personas con discapacidad, el enfoque correcto de la lucha contra la discriminación debe partir desde su derecho a la plena participación en la vida política (por cierto, ¿cuántos representantes con discapacidad hay?), social, laboral y cultural en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos. De forma que no es la persona

2 No hay que ignorar, pero tampoco se puede abordar aquí, la cuestión de por qué la diversidad de intereses, ideológica y de identidad es, a su vez, un concepto problemático y por qué constituye un desafío para la democracia, asunto tratado recientemente por Wolfgang Merkel (2009). Este autor postula, en todo caso, la “inclusión” como respuesta a ese problema, pero no la inclusión “asimilacionista”, sino fórmulas de difícil equilibrio (ya que ni la misma expansión de los derechos sociales acabará con todas las diversidades), diferentes en cada país y momento, entre la diversidad y la cohesión sociopolítica.

con discapacidad la que debe adaptarse, sino la sociedad la que tiene que eliminar los obstáculos y barreras al ejercicio pleno de sus derechos.

Los grupos a los que se refiere el Derecho Antidiscriminatorio no suelen ser considerados en los medios, o no de modo correcto o equilibrado (ya que suelen subrayarse los aspectos más negativos, morbosos o truculentos), ni tienen suficiente participación en las instituciones políticas ni en las funciones públicas (es decir, el porcentaje de miembros en cargos y funciones públicas es sensiblemente inferior al porcentaje de estos grupos respecto de la población general). Ello conduce directamente a la invisibilidad social y a reforzar, más que a debilitar, los estereotipos. Por ello, las políticas de igualdad, sin abandonar la tradicional aproximación de la mejora de las condiciones socio-económicas de los grupos en consideración, debieran adoptar, sobre todo, este nuevo enfoque de extensión de los derechos de ciudadanía.

España cada vez va a ser más diversa, la homogeneidad pertenece al pasado. Tenemos dos opciones. La primera, la inacción, que supondrá convertir la diversidad en confrontación, la diferencia en disputa. La segunda, aprovechar nuestra creciente diversidad para enriquecer nuestra sociedad, ganando en matices, experiencias y conocimientos. Para conseguir que la suma de nuestras diferencias enriquezca el todo común necesitamos garantizar la convivencia y el respeto al diferente, es decir, potenciar la diversidad. Debemos apostar por políticas de gestión de la diversidad. Las políticas activas de igualdad deben jugar un papel fundamental en este sentido. Y ahí está el camino emprendido por la ley de dependencia como nuevo derecho de ciudadanía para las personas dependientes. O los nuevos derechos de ciudadanía otorgados a las personas con discapacidad (ley de lengua de signos). Pero como paso previo, es fundamental terminar de ahormar una legislación antidiscriminatoria sistemática, coherente, adaptada al Derecho Comunitario, progresista, con garantías de ser efectivamente aplicada a la realidad social. No estamos hablando de construcciones jurídicas de nula efectividad; estamos hablando de terminar de afirmar la base de una convivencia en igualdad que impulse nuestro país hacia el futuro. En realidad, estamos hablando de trabajar por una sociedad mejor que sea capaz de ganar el futuro. Estamos hablando del requisito previo para incorporar a la ciudadanía plena a millones de personas. Es en este ámbito donde se van a encaminar las propuestas descritas a continuación.

3

El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incorporación (incompleta) en el ordenamiento español

3.1 Características principales del modelo

En casi todos los Estados europeos la legislación antidiscriminatoria ha sido modificada y ampliada en los últimos años con la finalidad de transponer las Directivas de igualdad del año 2000, sobre todo, la de igualdad racial (Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio) y la de igualdad en el empleo (Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre). El Derecho Antidiscriminatorio de la Unión Europea engloba un cuerpo de normas y de prácticas muy avanzado en materia de igualdad y prohibición de la discriminación. En el considerando octavo de la Decisión que establece 2007 como el Año Europeo de la Igualdad de oportunidades para todos, se lee, por ejemplo, que “la legislación europea ha elevado significativamente el nivel de igualdad garantizada y de protección ante las desigualdades y la discriminación en toda la Unión Europea, y ha actuado como catalizador para el desarrollo de un enfoque de la igualdad y la no discriminación más coherente y basado en los derechos”. De hecho, la Unión ha establecido un esquema bastante preciso de tratamiento de la igualdad de trato, que incluye las definiciones de referencia, garantías procesales como la inversión de la carga de la prueba, exigencias de diálogo con el tercer sector y los agentes sociales y, sobre todo, la obligación de designar organismos de promoción de la igualdad. Este esquema se viene repitiendo desde el año 2000; la última vez, por el momento, con la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, de 3 de octubre de 2008.

3.2 Rasgos sospechosos: regulación europea e incorporación al Derecho español

El Derecho Antidiscriminatorio europeo se está construyendo a partir de la protección de seis rasgos, dos de ellos de modo más intenso (género y etnia/raza), aunque los restantes se hallan en proceso de equiparación (religión/convicciones, edad, discapacidad, orientación/identidad sexuales). Que un rasgo se identifique como especialmente sospechoso significa un mandato específico a los poderes públicos de luchar contra este tipo de discriminación, lo que incluye un mandato a los Tribunales y al TC de que sean especialmente estrictos contra las medidas o normas que utilicen estos rasgos para discriminar. La identificación en la norma de un rasgo sospechoso eleva el nivel de alerta: es un salto significativo en la protección contra la discriminación. Por ello, es importante determinar qué rasgos sospechosos se deberían manejar en la legislación comunitaria y española.

La igualdad entre mujeres y hombres forma parte de la política social de la Unión Europea e integra el acervo comunitario. La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, marcó un hito en la política de igualdad de la UE. Hasta entonces, los textos constitutivos tan sólo mencionaban el principio de igualdad de retribución en una disposición aislada, el antiguo artículo 119 del Tratado Fundacional de 1957. Tan limitada base legal no impidió que la Comisión Europea impulsara desde principios de los años setenta directivas, programas e iniciativas de financiación, a la vez que abanderaba campañas de sensibilización. La “percha” del artículo 119 TCE resultó así ser el útil fundamento jurídico sobre el que se fue abriendo camino, vía Derecho derivado, la política europea de la igualdad de género. La disposición más importante e influyente sobre los ordenamientos nacionales del Derecho comunitario en esta materia fue la Directiva 76/207/CEE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo. Esta Directiva ha sido modificada el 23 de septiembre de 2002 para adaptarla a la evolución de la jurisprudencia y al Tratado de Ámsterdam, así como para incluir nuevas disposiciones relativas a cuestiones importantes, como el acoso sexual y su consideración como una discriminación directa, y finalmente, ha sido “codificada” junto con el resto de disposiciones sobre igualdad entre mujeres y hombres por la Directiva 2006/54. En un ámbito diferente del empleo y la ocupación, se ha de citar la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso y suministro de bienes y servicios. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y

hombres, es la norma que transpone en el ordenamiento español los principios y reglas provenientes del derecho europeo en este campo.

Respecto de la discriminación racial, el 29 de junio de 2000 se aprobó, con fundamento en el art. 13 del Tratado CE³, sin que pueda olvidarse tampoco el posterior art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴, la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Se trata de una importante Directiva que, en el contexto del “paquete de medidas contra la discriminación” aprobado por la Comisión el 25 de noviembre de 1999⁵, marca un antes y un después en la política comunitaria contra el racismo. La Directiva 2000/43 tiene por objetivo “establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato” (art. 1), y mantiene una estructura gemelar respecto de la otra Directiva que integraba el “paquete contra la discriminación” aprobada por la Comisión el 25 de noviembre de 1999, la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Las diferencias más significativas entre ambas Directivas se reducen a tres hechos: la última Directiva citada se refiere a las discriminaciones por razón de “religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual” (art. 1); su ámbito de aplicación se refiere sólo al empleo (mientras que en el caso de la Directiva 43/2000 el ámbito es sensiblemente mayor); y, por último y lógicamente, porque la diferente situación de cada grupo social en desventaja requiere una respuesta jurídica parcialmente distinta, el Derecho Antidiscriminatorio relativo a la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, está sujeto a un mayor número de limitaciones que el que se refiere al origen racial⁶. Precisamente, la propuesta de Directiva de 2 de julio de

3 “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar decisiones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

4 Carta de Niza, de 7 de diciembre de 2000: “Se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de... raza, color, orígenes étnicos o sociales...”.

5 Junto con la propuesta de Directiva 43/2000, integraban el “paquete” la propuesta de Directiva (más tarde aprobada como 2000/78/CE) relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la propuesta de Decisión (que sería luego la número 2000/750/CE del Consejo) por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001 a 2006).

6 En el art. 2.5 de la Directiva se dispone que “la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que en una sociedad democrática son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”. En diversos preceptos se explicitan diversas peculiaridades respecto de cada rasgo sospechoso. Así, por ejemplo, se permite a los Estados, en el art. 3.4, exceptuar a las Fuerzas Armadas de lo previsto en la Directiva respecto de la discriminación por edad y por discapacidad.

2008, relativa a la religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, intenta elevar la tutela antidiscriminatoria de la Directiva de igualdad laboral a las mismas cotas de la Directiva de igualdad racial.

Lo cierto es, sin embargo, como reconoce el Informe sobre los progresos realizados respecto a la igualdad de oportunidades y la no discriminación en la Unión Europea del Comité de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2008 (PE, 2008), el mapa del desarrollo del Derecho Antidiscriminatorio en Europa muestra un *patchwork* de legislaciones desiguales, carente de un método común de implementación y de armonía en la transposición de las Directivas, en un contexto en el que la ciudadanía no está suficientemente informada de sus derechos. Por otro lado, el desarrollo del Derecho Antidiscriminatorio es desigual según los diferentes rasgos protegidos, lo cual es valorado muy críticamente por el último Informe citado. Se trataría de lograr un desarrollo armónico, integral y coherente de lucha contra todos los tipos de discriminación, que evitara una indeseable jerarquización de la protección según los diferentes rasgos o motivos de protección. La carencia en Europa de un modelo homogéneo de lucha contra la discriminación se refleja también en el ordenamiento español que, en positivo, ha ido recogiendo los avances impuestos por el europeo (configurando también en España un Derecho Antidiscriminatorio, fundamental aunque no solamente, de seis rasgos⁷: género, origen racial o étnico, religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual), pero que, en negativo, ha ido haciéndolo de un modo disperso y desigual (como el europeo), y, en ocasiones, perezoso (existiendo aún significativas distancias y omisiones respecto del modelo europeo).

En España, las políticas de igualdad de género, de discapacidad y de orientación (e identidad) sexual han ido alcanzando un desarrollo significativo (aunque con dificultades y barreras), mientras que la lucha contra la discriminación étnica/racial, de religión/creencia y de edad se hallan en estado embrionario. Todo esto hay que tenerlo en cuenta, porque la futura legislación tendría que dispensar un tratamiento *integral* de la lucha jurídica contra las discriminaciones que, si bien es cierto que no parte de cero (no es una suerte de *big-bang* inicial), debe, en todo caso, proporcionar un marco global, razonable y racionalizador de todas las disposiciones (que no son pocas, por cierto) relativas al Derecho Antidiscriminatorio. El legislador español debe ofrecer ese modelo, ese marco general, desde el que comprender todo el Derecho Antidiscriminatorio español. Los seis rasgos mencionados

7 La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, es la que transpone al ordenamiento español la Directiva 2000/43, definiendo, en su artículo 28, la igualdad de trato y las diversas clases de discriminaciones en relación con “el origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

del Derecho europeo deben obligatoriamente incluirse, pero, sin duda, ya que las discriminaciones sociales son cambiantes, habría que estipular una lista abierta para poder considerar en el futuro nuevas causas de discriminación especialmente odiosas. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha sostenido no hace mucho (STC 62/2008, de 26 de mayo) que la enfermedad podría considerarse una situación protegida por el art. 14 CE si se toma en consideración como un elemento de segregación o de estigmatización de la persona que la padece (aunque no lo aprecia en el caso concreto que da origen a la Sentencia), de modo que también la enfermedad debiera ser incluida en la lista. Y en la STC 176/2008, de 22 de diciembre, ha declarado que los transexuales también se encuentran protegidos por la prohibición de discriminación del art. 14 CE aunque la transexualidad como categoría no aparezca expresamente mencionada. En el art. 14 CE se mencionan otros rasgos de los que no hemos hablado, como el nacimiento y la opinión (que es algo próximo, pero a la vez distinto, de las convicciones). También el origen nacional ha sido ya acogido como factor prohibido de discriminación en el art. 23 de la Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Obviamente, se puede tratar de modo distinto a los extranjeros en relación con los nacionales respecto del régimen de entrada, residencia, trabajo y participación política, pero nada más. La lista holandesa añade el estado civil. Suecia y Alemania recogen únicamente los seis rasgos del Derecho europeo. La lista belga añade patrimonio, lengua, estado de salud futuro, características físicas o genéticas y extracción social (es una lista larga, pero cerrada). Bulgaria también opta por una lista larga (que incluye el genoma humano y la afiliación política), pero es abierta. Mención especial merece Francia, cuya legislación abarca cualquier tipo de discriminación.

Una disposición de referencia es el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que identifica como rasgos: sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Por su parte, el Protocolo Adicional nº 12 de ese Convenio (abierto a la forma en Roma el 4 de noviembre de 2000, en el 50º aniversario del CEDH) dispone que: “El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación”. Esta lista, que es abierta, cambia, respecto del art. 14, la denominación de “sexo” por la de “género” y la de “fortuna” por “riqueza”. El Informe sobre el progreso realizado en materia de igualdad de oportunidades y no-discriminación en la Unión Europea del Parlamento Europeo (PE, 2008) recomienda a los Estados (párrafo H.1) tener en cuenta en sus respectivas legislaciones antidiscriminatorias todos los

factores de discriminación del art. 21 de la Carta. Particularmente se refiere al rasgo de la complejión física respecto del acceso al empleo (párrafo H.4), no cubierto por las Directivas de igualdad.

Inspirado claramente en el listado del Convenio de Roma, otro precepto a tener en cuenta también es el art. 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que prohíbe “toda discriminación” y, “en particular”, la fundada en: “sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. Es evidente que esta lista ha orientado las legislaciones de diversos Estados y debe tenerse en cuenta en la futura regulación española. En esta lista se recogen los seis rasgos del derecho derivado europeo, añadiendo “color” a raza, lo que quizá fuera innecesario, y también el origen social, la pertenencia a una minoría nacional, la lengua, el patrimonio y el nacimiento. En el ordenamiento español la referencia a las minorías nacionales y a la lengua podrían ser altamente problemáticas en la práctica. La referencia a las “minorías nacionales” tiene sentido en un texto internacional –piénsese en los Balcanes–, más que en uno nacional, donde las minorías tienen protección a través del proceso político más que por la vía de los derechos fundamentales, por lo que en nuestro contexto no tendría excesivo sentido. En cuanto a la lengua, sería ineludible, en un país con varias lenguas como el nuestro, siempre teniendo en cuenta que la protección contra la discriminación no puede suponer la ilegalidad de medidas de acción positivas emprendidas por los poderes públicos para proteger las lenguas minoritarias situadas en posición de vulnerabilidad. Si problemático es lo que esta lista contiene, también lo es lo que no contiene, por ejemplo, las referencias a la identidad sexual o a las enfermedades crónicas (por ejemplo, el sida), o a la apariencia física, por ejemplo, por lo que esta lista debe ser considerada como una lista de mínimos, y no de máximos.

Así pues, la legislación española debiera albergar una lista amplia y además abierta, es decir, susceptible de incorporar nuevos rasgos, quizás con el añadido de una referencia final a cualquier tipo de discriminación prohibida por la ley o por los convenios internacionales de los que forma parte España.

La opción de una lista amplia y abierta se basa en la amplia extensión de la lista del art. 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la actual legislación española, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero sobre todo en el convencimiento de que la discriminación es un fenómeno mutable que ha de ser perseguido allí donde se presente, sea contra minorías étnicas, sin techo u obesos, porque sólo desde esta

visión integral estaremos acertando en la verdadera finalidad de esta legislación, que no es proteger paternalistamente a unos cuantos colectivos, sino garantizar la convivencia entre todos.

Un último apunte destacable es la peculiar posición del género en relación con los demás rasgos *sospechosos*. La noción de género recorre de modo transversal los demás rasgos, lo que no ocurre con éstos. Si se tiene en cuenta que la discriminación que sufren las mujeres es la más básica o primaria, ya que se suma, como en cascada, al resto de discriminaciones (de modo que si un inmigrante está discriminado, si es mujer lo tendrá peor; si una persona discapacitada tiene dificultades para encontrar empleo, dispondrá de menos expectativas, etc.), habrá que concluir que cualquier política de igualdad habrá de considerar la diferente posición de mujeres y de hombres, tanto en el diagnóstico como en las medidas a implantar. Se impone, por tanto, una lectura de género de todas las políticas de lucha contra la discriminación (y no sólo en el caso de la discriminación por género).

3.3 Derecho a la no discriminación: igualdad de trato e igualdad de oportunidades

Todas las legislaciones europeas incluyen las definiciones de Derecho Antidiscriminatorio a partir de las contenidas en el Derecho de la Unión Europea. En parte, tales definiciones ya se hallan reflejadas en el ordenamiento español, por ejemplo, en la primera Ley de transposición (la 62/2003) o en la Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

No obstante, en cuanto a la igualdad de trato, sería muy conveniente que una ley integral procediera a catalogar de nuevo todas las definiciones, añadiendo, eso sí, algunas más recientes y mejorando la factura técnica de otras. Aunque el Derecho de la Unión ofrece algunas certezas conceptuales, subsisten, empero, no pocas zonas de penumbra. Y es importante definir bien los conceptos para conocer exactamente el alcance del mandato antidiscriminatorio. No se trata de una mera discusión terminológica, sino de saber qué conductas se deben prohibir y qué otras no, qué situaciones se han de proteger y potenciar desde los poderes públicos y qué otras no.

A partir de las disposiciones europeas, el esquema de interpretación debiera ser el siguiente: el derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de género, raza, etc. comprendería la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades o mandato o principio de acciones positivas.

La igualdad de trato

Que el derecho fundamental a no sufrir discriminación tiene por contenido la igualdad de trato y la de oportunidades no plantea ningún conflicto doctrinal, pero las novedades en el Derecho europeo se producen en este punto por la ampliación del concepto de la igualdad de trato. Una clasificación completa y actualizada del mismo debería tener en cuenta, como mínimo, que la igualdad de trato conlleva la prohibición de las discriminaciones directas, las indirectas, el acoso y las instrucciones para discriminar. La gran mayoría de Estados sí recogen estas cuatro variedades, de modo similar, si no idéntico, a cómo se recogen en la normativa comunitaria. A este tipo de discriminaciones debemos añadir nuevas manifestaciones como las discriminaciones erróneas, ocultas, por asociación o múltiples.

- Discriminación directa

Una discriminación *directa* se produce cuando una persona sea tratada de modo menos favorable que otra en una situación análoga a causa de su género, raza, etc. Esta definición ya ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por el art. 28.1.b) de la Ley 62/2003, pero se ha incorporado de modo incompleto (y, por tanto, incorrecto) respecto del art. 2.2.a) de la Directiva 43/2000, ya que éste se refiere no sólo a la situación de que una persona sea tratada peor que otra sobre la base de los rasgos protegidos, sino también cuando haya sido tratada peor en el pasado y/o pudiera serlo en relación con un término de comparación hipotético. La definición más precisa de discriminación directa es la de una situación en la que, en función de los rasgos especialmente protegidos (género, edad, etc.), una persona sea, *haya sido o pudiera ser* tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga o comparable. Ésta es la definición que debería adoptar la legislación española.

- Acoso

Según el art. 2.3 de la Directiva de igualdad racial, el *acoso* debe ser juzgado discriminación cuando una conducta no deseada en relación con el origen étnico/racial se produce con el propósito o el resultado de violar la dignidad de una persona creando un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Algunas legislaciones han precisado el sentido de este concepto, como, por ejemplo, la eslovaca, definiéndolo como el trato que una persona pueda percibir razonablemente como acoso. Esta definición pone el acento en la percepción de la víctima, pero los tribunales u otras legislaciones podrían tener en cuenta algún tipo de estándar objetivo. Un aspecto interesante es que alguna legislación, como la alemana, por ejemplo, no sólo prohíbe el acoso de los superiores en la empresa, sino que establece

el deber para los empleadores de proteger a sus empleados de la discriminación producida por sus iguales o por terceros.

- Instrucciones para discriminar

Las instrucciones para discriminar también deben ser consideradas como conductas discriminatorias. Un ejemplo lo proporciona una sentencia de la *Court of Cassation* francesa de 7 de junio de 2005, que estimó como discriminación prohibida la orden dada por un propietario de una vivienda a su gestor inmobiliario para que no arrendara la vivienda a personas con apellidos de “origen extranjero”.

- Discriminación indirecta

Una discriminación *indirecta* se produce, según el art. 2.2.b) de la Directiva de igualdad racial, cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutrales produce una específica desventaja a las personas según su origen étnico/racial en comparación con otras, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse por una finalidad legítima y los medios para conseguirla sean apropiados y necesarios. Esta definición sí ha sido adecuadamente incorporada al ordenamiento español por el art. 28.1.c. de la Ley 62/2003. A las discriminaciones indirectas también se las denomina de “impacto” (frente a las discriminaciones directas que lo serían “de trato”), porque, en definitiva, suponen una comparación del distinto impacto que una diferencia jurídica de trato (en principio neutral, es decir no por los rasgos sospechosos especialmente protegidos) produce sobre los miembros del grupo a proteger –minorías étnicas, mujeres, etc.– respecto de los de la mayoría. A este fin, para valorar el impacto desigual, es preciso utilizar datos estadísticos.

- Deber de acomodo razonable

Una medida dirigida a impedir una clara discriminación indirecta es el *deber de acomodación razonable* que, según el art. 5 de la Directiva de igualdad laboral, consiste en adoptar aquellas medidas apropiadas para posibilitar a una persona con discapacidad tener acceso o participar en el progreso, en el empleo o en la formación, a menos que tales medidas impusieran una carga desproporcionada al empleador. Tratar de modo idéntico a personas con discapacidad y sin discapacidad (es decir, no atender a este deber a favor de las personas con discapacidad) sería una conducta que impactaría negativamente sobre estas últimas. Por ello, la legislación española debería recoger esta obligación a continuación de la prohibición de discriminaciones indirectas. Como resulta evidente, el problema mayor de esta cláusula es su indeterminación, puesto que se establece bajo la reserva de no constituir una carga

desproporcionada para el empleador. El párrafo 21 de la exposición de motivos de la Directiva de igualdad laboral proporciona algunos criterios que, de una u otra forma, sería interesante que incorporara nuestra legislación para acotar la ambigüedad inicial de la cláusula, como el coste económico del deber, los recursos financieros de la empresa u organización de que se trate y la posibilidad de obtener fondos públicos o de otro tipo con esta finalidad. El deber de acomodación razonable juega en el Derecho de la Unión Europea en relación con la discapacidad, pero también podría hacerlo respecto de las convicciones/religiones, como demuestra la interesante experiencia de los ordenamientos anglosajones en este sentido.

- Discriminaciones erróneas, ocultas y por asociación

A las formas de discriminación mencionadas hay que añadir las discriminaciones “supuestas”, “presuntas” o “erróneas”⁸ (las que se basan en una presunción acerca de otra persona que no es fácticamente correcta, por ejemplo, discriminar a una persona por pensar que es lesbiana sin serlo), las “ocultas” (las que disimulan la auténtica voluntad de discriminar, por ejemplo, la negativa a alquilar una vivienda a un gitano que se intenta justificar en que ya ha sido previamente alquilada –sin ser verdad–) y las “discriminaciones por asociación”, esto es, las discriminaciones que pueden sufrir algunas personas por su relación con otras de especiales características (por ejemplo, a una mujer se la podría denegar un trabajo porque es la madre de una persona con discapacidad, pensando que, por los cuidados que éste requerirá, faltará mucho al trabajo). No hay que olvidar que la Sentencia del caso *Coleman*, resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 17 de julio de 2008, ha considerado que la discriminación por discapacidad protege también a aquellas personas que, sin estar ellas mismas discapacitadas, sufran discriminación directa o acoso en el empleo por estar vinculadas a una persona discapacitada⁹. Otro ejemplo reciente: el Tribunal laboral de Caen, confirmando las observaciones de la Alta Autoridad de lucha contra la discriminación francesa, ha reconocido por primera vez en su país la discriminación por asociación, en este caso, el despido discriminatorio de un trabajador a causa de las actividades sindicales de su pareja e impuso una sanción de quince mil euros en concepto de daños a las víctimas. En muchos Estados (entre otros, por el momento, España, pero también Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Italia, Letonia, Malta, Polonia o Eslovenia)

8 Podría traducirse de esas tres maneras la palabra inglesa “assumed”. Habría que elegir una. Habría que descartar la palabra “presunta” porque la discriminación, aunque se funde en un error, se lleva a cabo y por tanto no es presunta sino, por desgracia, muy real. Por la misma razón, es discutible la palabra “supuesta”. Es preferible, por tanto, la expresión “discriminación errónea”.

9 En ese supuesto, el Tribunal de Luxemburgo estimó que había habido discriminación laboral en el caso de un despido de una madre que cuidaba a su hijo discapacitado.

no se contemplan estos supuestos en la legislación, de modo que se remiten a la interpretación judicial futura. En algunos Estados sí se recoge la discriminación *assumed* al establecer que la ley se refiere a la raza “real o supuesta” (por ejemplo, Francia). La Ley austriaca de 2005 extiende su protección a las personas que cuidan a las personas discapacitadas. Pero ninguna legislación contempla, por el momento, todas las nuevas categorías señaladas al mismo tiempo. España podría ser, en este sentido, un país pionero.

- Discriminación múltiple

Otra forma de discriminación que puede ser directa o indirecta pero que, en todo caso, supone una violación de la igualdad de trato y que debiera, por tanto, ser recogida en la legislación española, es la de discriminación múltiple.

El concepto de discriminación múltiple dista de ser claro, pero parece evocar todas aquellas situaciones en las que dos o más factores o rasgos de discriminación interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación. Un ejemplo puede ser el de las mujeres de minorías étnicas, doblemente discriminadas por su género y su etnia, de una manera específica, diferente y más grave, que la que sufren los varones de su mismo grupo étnico.

En realidad, para que el concepto de discriminación múltiple sea operativo como objetivo de políticas públicas y como criterio de interpretación jurídica, es imprescindible acotarlo con precisión. En este sentido, habría que descartar, en primer lugar, la discriminación múltiple para describir las situaciones en las que una persona es discriminada sucesiva y no simultáneamente, en diversas relaciones sociales, por diversos rasgos sospechosos (género, etnia, discapacidad, etc.). Admitido que se trata de una discriminación en la que concurren diversos rasgos al mismo tiempo, tampoco tendría excesivo interés comprender en su contenido cualquier manifestación de este tipo, entre otras razones porque la lista de posibles combinaciones sería demasiado larga (por ejemplo, mujeres de minorías étnicas, mujeres discapacitadas, mujeres homosexuales, bisexuales y transexuales, mujeres mayores, mujeres dentro de confesiones religiosas, discapacitados de minorías étnicas, mayores discapacitados, jóvenes homosexuales, etc.), sobre todo si se toman en consideración no sólo dos rasgos, sino tres o más. Si todo es discriminación múltiple, nada lo es, en realidad. Un concepto demasiado extenso pierde inevitablemente intensidad.

Aunque esta cuestión apenas ha sido estudiada (entre otras cosas porque el concepto es todavía más doctrinal y político que normativo y judicial), y, por tanto,

todavía tampoco hay acuerdo en la literatura jurídica sobre el sentido y alcance de la discriminación múltiple, la utilidad del concepto pasaría por su utilización sólo en los supuestos en los que concurren dos o más rasgos sospechosos configurando una discriminación específica que no sufren ni los miembros del grupo mayoritario, ni (y esto sería realmente lo peculiar del concepto) los miembros de la mayoría “privilegiada” del grupo minoritario. En otras palabras, la discriminación múltiple sólo debería utilizarse para identificar los casos en los que exista “una minoría (invisible y peor tratada) dentro de la minoría”. No es casual, en este sentido, que el concepto haya sido acuñado en la literatura feminista afro-americana de los Estados Unidos en relación precisamente con las mujeres de las minorías étnicas, que sufrirían una discriminación común a la de los varones de la minoría pero también una discriminación por parte de éstos. Esta visión más estricta del concepto de discriminación múltiple provocaría una lista más corta de supuestos, empezando, como se ha dicho, por las mujeres de las minorías étnicas (piénsese en España en las mujeres gitanas y en las mujeres inmigrantes sin recursos). Otro ejemplo podría ser el de los homosexuales (tanto mujeres como varones) de las minorías étnicas. O el de las mujeres mayores en algunas situaciones. Se trata de una propuesta novedosa para el debate.

La igualdad de oportunidades: la acción positiva

Todo ello por lo que se refiere a la igualdad de trato. Mayores problemas conceptuales ofrece la igualdad de oportunidades, esto es, el mandato a los poderes públicos de que promuevan acciones positivas o tratos jurídicos diferentes y favorables a los ciudadanos en situación de desventaja fáctica. En este punto, como ha puesto recientemente de relieve el Informe de la Comisión europea titulado *International perspectives: on positive action measures*, de junio de 2009, (CE, 2009B) “a pesar del reconocimiento legislativo de la noción de acción positiva, se han hecho limitados progresos para definir los parámetros del concepto y su aplicación”. Definitivamente, habría que poner bajo sospecha la inconsistente y recelosa definición de “acción positiva” que procede del Derecho de la Unión, como una excepción de la igualdad de trato (entendiendo, erróneamente, que igualdad de trato significa “identidad de trato”). El art. 5 de la Directiva de igualdad racial (y el equivalente art. 35 de la Ley 62/2003) señala que, para asegurar la igualdad real, el principio de igualdad de trato “no impedirá” a los Estados adoptar medidas específicas (a las que denomina en el encabezamiento de ese artículo “acciones positivas”) para prevenir o compensar las desventajas fácticas que padezcan las minorías. Por supuesto que la igualdad no podrá impedir las acciones positivas que precisamente buscan asegurar esa igualdad. Al revés. La igualdad de trato reclama, como complemento, esa igualdad de oportunidades. Igualdad de trato y de oportunidades son dos caras de

una misma moneda y no una regla y su excepción¹⁰. Por eso, el concepto de acción positiva debería identificarse legalmente con la adopción de medidas específicas a favor de los colectivos que comparten un rasgo sospechoso, como las mujeres, las personas con discapacidad o las minorías étnicas, con el objetivo de luchar contra la desigualdad material que dicho colectivo padece en la sociedad, sin que ello suponga excepción alguna al principio de igualdad de trato, sino su refuerzo.

Restaría por mencionar un último concepto, el concepto más discutido, en atención al temor del cual la definición de “acciones positivas” es tan cautelosa (puesto que no se querría, con ese pretexto, abrirle la puerta inadvertidamente); nos referimos a las cuotas o reglas de preferencia, lo que se ha conocido tradicionalmente como “discriminación positiva o inversa”.

En primer lugar, la definición del concepto como discriminación positiva o inversa no es acertada. Ninguna discriminación puede ser positiva, porque “discriminación” equivale directamente a diferenciación inconstitucional, por lo que si definimos algo como discriminación, por muy inversa o positiva que sea, estamos condenando a esa categoría a la inconstitucionalidad, y éste no es el caso de todas las cuotas o reglas de preferencia.

Sin embargo, merece la pena distinguir este tipo de acciones positivas de las demás, ya que pese a que no todas son inconstitucionales, sí es cierto que requieren un juicio de constitucionalidad específico, al tratarse de un trato jurídico diferente y favorable a los miembros de un grupo fácticamente desaventajado que (a diferencia del resto de acciones positivas, que podemos definir como acciones positivas moderadas) simétricamente produce un trato jurídico *concreto* diferente y peor a uno o varios miembros del grupo mayoritario. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, algunas cuotas o reglas de preferencia sí son admisibles y otras no. Por ejemplo, una regla de preferencia de las mujeres en la promoción dentro del empleo público, siempre que en el nivel de puestos a cubrir exista infra-representación femenina (menos del 50%), que se respeten los principios de mérito y capacidad y que la regla de preferencia no sea absoluta o incondicionada, sino que permita apreciar en el competidor varón ciertos rasgos individuales que

10 Por la misma razón, resulta absurda la previsión contenida en el art. 7.2 de la Directiva de igualdad laboral, que establece que respecto de las personas con discapacidad el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral. ¡Faltaría más que este tipo de medidas constituyeran una excepción a la igualdad de trato! En caso contrario, la igualdad de trato sería un obstáculo insalvable para la igualdad de oportunidades... Se lesionaría la igualdad gravemente en nombre de la igualdad!

hagan inclinar la balanza a su favor, es conforme a Derecho comunitario (Sentencia Marschall, de 11 de noviembre de 1998). Si la regla de preferencia es absoluta, no es conforme con el derecho comunitario (Sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995). Se debería plantear la posibilidad de reconocer en la legislación española las reglas de preferencia o las cuotas a favor de los miembros de los grupos protegidos por ella (de hecho, existen ya estas medidas a favor del acceso al empleo público y privado y al ingreso en la universidad de las personas con discapacidad¹¹), siempre que se respeten garantías como su reconocimiento mediante ley, su transitoriedad, su carácter excepcional, y, sobre todo, su proporcionalidad. Pero siempre teniendo en cuenta que son medidas extremas y excepcionales, por lo que el debate sobre su implantación debe ser mucho más elaborado.

Hay que valorar positivamente, en este sentido, la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2009, de 19 de enero. El Tribunal examina tres asuntos en cuanto a la función pública. La Ley vasca impugnada ordenaba, en primer lugar, a la Administración seguir la valoración del cumplimiento del mandato de una representación equilibrada (entendiendo por tal un porcentaje por género indistinto del 60/40%) en la composición de todos los órganos de la Administración (el Tribunal no lo considera inconstitucional porque se trata tan sólo de un mandato, no de una regla); en segundo lugar, establecía que los miembros de los órganos encargados de los procesos de acceso, provisión y promoción en el empleo público de la comunidad autónoma vasca también respetaran esa composición equilibrada (la Sentencia tampoco lo considera inconstitucional porque los miembros de tales órganos deben reunir los requisitos de mérito y capacidad y porque esta regla se puede excepcionar si se justifica debidamente su no pertinencia); y, por último, se estipulaba que los jurados de premios y de adquisición de fondos culturales y/o artísticos también fueran equilibrados (lo cual, como es obvio, tampoco ha sido estimado inconstitucional).

El Tribunal también examina en esa misma Sentencia algunos aspectos controvertidos en relación con el sistema electoral del Parlamento vasco y de las instituciones forales, ya que la Ley impugnada establecía que las listas de candidatos estuvieran integradas por, al menos, un 50% de mujeres (en el conjunto de cada lista y en cada tramo de seis nombres). El Tribunal, basándose en la doctrina de la Sentencia 12/2008, de 29 de enero, sobre composición equilibrada de mujeres y hombres en listas electorales (que había sostenido la constitucionalidad de la exigencia de una “composición equilibrada” en cuanto al género en las listas electorales (es decir, que ninguno

11 Y no sólo en España, sino en la mayoría de los países: Austria, Bélgica, Chipre, Chequia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal o Eslovenia, por ejemplo.

de los dos sexos tuviera más del 60% de candidatos), considera, en primer término, que esta disposición no vulnera lo dispuesto en la normativa básica estatal, que exige la presencia de un 40% de mujeres o de hombres, pero que permite “incrementos autonómicos”. Es más, la disposición vasca es razonable porque, leída conjuntamente con la estatal, se garantiza que como mínimo el 40% de los candidatos sean varones. Ciertamente, la disposición impugnada determina que la presencia mínima de hombres en las listas electorales sea del 40% y la de las mujeres del 50%, pero el Tribunal encuentra esta diferencia plenamente justificada por dos razones: (1ª) con ella se pretende corregir una situación histórica de discriminación de las mujeres en la vida pública; y (2ª) la medida es adecuada porque no comporta un sacrificio innecesario de derechos fundamentales: ni la diferencia de porcentaje es excesiva, ni está en cuestión alguna un derecho de los varones o de los partidos políticos.

3.4 Ámbitos de aplicación personal y material de las legislaciones antidiscriminatorias

A españoles y extranjeros

Las Directivas de igualdad racial y de igualdad laboral son aplicables a todas las personas que se encuentren en el territorio de la Unión con independencia del país al que pertenezcan. La protección contra la discriminación en los Estados miembros no se puede condicionar a la nacionalidad, la ciudadanía o la residencia. Éste es un punto importante. El nuevo impulso a las políticas antidiscriminatorias en España debería lanzar un mensaje potente contra la xenofobia, entre otras razones porque los inmigrantes suelen ser víctimas frecuentes de ataques a la dignidad. Una cosa es la política de inmigración, que, de modo legítimo, puede ser más o menos restrictiva, porque remite a la idea de soberanía, de fronteras estatales, de recursos escasos, etc., y otra bien distinta la política de derechos fundamentales, que es tendencialmente cosmopolita. Los extranjeros no tienen el derecho a entrar ni a residir ni a trabajar en España sino en los términos en que la legislación se lo reconozca, pero cualquier extranjero dentro de nuestras fronteras nacionales debe poder gozar del derecho a no sufrir discriminación por cualquiera de los rasgos mencionados de un modo idéntico a los propios nacionales. No sólo no debería existir, pues, razón alguna para una eventual distinción de trato entre nacionales y extranjeros, sino que, por el contrario, los inmigrantes debieran ser una de las minorías a las que la nueva legislación prestara mayor atención en este sentido.

Por poderes públicos y particulares

Del otro lado, el del comportamiento discriminatorio, es evidente que éste puede provenir de los poderes públicos o de otros particulares. Ahora bien, ninguna de las Directivas europeas indica con exactitud quiénes pueden ser responsables del comportamiento discriminatorio, cuestión que es importante en el ámbito del empleo, donde la discriminación puede provenir de otros compañeros o de clientes y habría que determinar si por estas conductas debe o no responder el empresario. En general, es menos común hacer responsable al empresario de hechos discriminatorios protagonizados por terceros, aunque en ocasiones el empleador ha podido faltar a su deber de cuidado.

Ámbito material: más allá del empleo

El art. 3 (1) de la Directiva de igualdad laboral contiene la lista de las áreas en las que el principio de igualdad de trato debe ser asegurado: (1º) condiciones de acceso al empleo, autoempleo o profesión, incluyendo criterios de selección y reclutamiento; (2º) acceso a la orientación profesional y/o formación profesional; (3º) condiciones de empleo y trabajo, incluidos despido y remuneración; y (4º) afiliación y participación en organizaciones empresariales, profesionales y sindicales. El empleo es, sin duda, un aspecto fundamental de la vida de un ciudadano, pero no el único.

La Directiva de igualdad racial extiende su ámbito de protección a la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; beneficios sociales¹²; la educación; y el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. La propuesta de Directiva de igualdad religiosa, por discapacidad, etc., de julio de 2008 extiende, también en su art. 3.1, la protección por discriminación a esos rasgos, con importantes excepciones respecto de la discriminación por edad (por ejemplo, en relación con las Fuerzas Armadas, el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere

12 Un concepto poco preciso. En el documento explicativo de la Ley General de Igualdad de Trato holandesa, por “beneficios sociales” (a veces se traduce como “ventajas sociales”) hay que entender las ventajas económicas o culturales que puedan ser otorgadas tanto por entidades públicas como privadas: becas, reducciones del precio del transporte público, reducciones de entrada a museos, a cines, etc. La Ley belga (art. 4.16) precisa que por ventajas sociales hay que entender las que alude el art. 7.2 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo de 15 de octubre relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; o el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación).

El art. 4.2 de la Directiva de igualdad laboral permite a los Estados mantener o establecer una disposición que, respecto de las actividades profesionales de las confesiones religiosas y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o en ciertas convicciones, establezca una diferencia de trato por religión o convicciones cuando, por la naturaleza de las actividades o el contexto en el que se desarrollen, la religión o las convicciones constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato deberá respetar las disposiciones constitucionales y los principios generales del Derecho comunitario y no podrá justificar una discriminación por otro motivo (a mi juicio, por ejemplo, por orientación sexual). El art. 4.2 de la Directiva permite a este tipo de organizaciones, en el marco antes citado, exigir a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización.

Como mínimo, España debería cubrir en su legislación estos ámbitos materiales señalados en el Derecho Comunitario.

3.5 Garantías procesales de la tutela antidiscriminatoria

Sin duda, el aspecto más novedoso y relevante del Derecho europeo, que es el manejo de modo más insuficiente en España hasta ahora, es el relativo no tanto al reconocimiento de la prohibición de la discriminación, cuanto al de que sus garantías procesales aseguren su cumplimiento. Es importante particularmente en España, donde el problema se detecta más que en las carencias legislativas en la ejecución del Derecho antidiscriminatorio ya existente. El abanico de garantías contempladas es amplio y algunas de ellas ya han sido, por supuesto, incorporadas a nuestro ordenamiento, pero otras, clamorosamente, no.

3.5.1 Procedimientos judiciales y administrativos

El art. 7.1 de la Directiva de igualdad racial, el art. 9.1 de la Directiva de igualdad laboral y el art. 7.1 de la propuesta de Directiva establecen que los Estados deberán velar por que haya procedimientos judiciales o administrativos e incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento

de las obligaciones de las Directivas, a disposición de todas las personas que se consideren perjudicadas por la ausencia de aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

En ningún Estado europeo los conflictos sobre discriminación se resuelven exclusivamente ante los tribunales de justicia. Todos los Estados combinan procedimientos judiciales (ya sean civiles, penales, laborales o contencioso-administrativos) con procedimientos no judiciales. En España hay instituciones que garantizan la aplicación del principio de igualdad de trato (inspección de trabajo o, desde luego, los tribunales), pero como parte de sus funciones generales y no en el contexto de procedimientos específicos de lucha contra la discriminación. Probablemente como resultado de esto, en España apenas hay litigación en algunos ámbitos, como los de la discriminación racial/étnica o por orientación sexual, aunque sí en relación con otros factores (género o discapacidad). En gran medida, y como ponen de relieve los informes periódicos del tercer sector especializado, discriminar por razón de raza/etnia (y por otros factores) no suele acarrear sanción alguna. La falta de casos ante los tribunales por estos motivos puede producir en las víctimas la impresión de que el éxito de su pretensión es improbable y en los discriminadores la sensación de que su conducta va a quedar impune.

3.5.2 Legitimación procesal de asociaciones

Las Directivas también exigen a los Estados que garanticen que las asociaciones, organizaciones o personas jurídicas con interés legítimo puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo para exigir el cumplimiento de las obligaciones de las Directivas. Los Estados tienen en este punto un amplio margen de configuración, evidentemente, pero es más común que las asociaciones “apoyen” al demandante a que participen en un procedimiento “en su nombre”. El art. 31 de la Ley 62/2003 ya transpuso para el ordenamiento español esta obligación (aunque sólo por motivos raciales/étnicos), pero no en el resto de supuestos.

La Ley Orgánica de igualdad efectiva también ha incorporado la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos sociales que versen sobre la defensa del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres a las personas jurídicas con interés legítimo (art. 12.2). El art. 181 de la Ley de Procedimiento Laboral reconoce esa legitimación a los sindicatos en nombre y representación de los trabajadores afiliados, siempre que éstos lo autoricen. Sólo en caso de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se restringe la legitimación a la persona acosada (art. 12.3 de la Ley

Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres), sin perjuicio de plantear un conflicto colectivo sobre acoso por razón de sexo.

Sería muy positivo que la futura legislación española hiciera una revisión integral que favoreciera este tipo de legitimación procesal.

3.5.3 Carga de la prueba

Como consecuencia de las dificultades inherentes a la obtención de pruebas en los casos de discriminación, las Directivas requieren a los Estados que adopten las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación de dicho principio alegue ante un tribunal hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. La inversión de la carga de la prueba no juega, obviamente, en los procesos penales, por el juego del principio de presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución. En relación con los procedimientos civiles y contencioso-administrativos, esta garantía se introduce en la Ley 62/2003 (arts. 32 y 36); en el ámbito laboral: art. 40. La inversión de la carga de la prueba en relación específicamente con la igualdad de género se recoge en el art. 13 de la Ley Orgánica 3/2007.

3.5.4 Protección frente a represalias

Los Estados miembros deben también asegurar que las personas que han reclamado o exigido el cumplimiento del principio de igualdad de trato puedan recibir cualquier trato adverso o consecuencia negativa por ello. Diversos Estados no han transpuesto adecuadamente esta exigencia porque, o bien protegen sólo a las víctimas en el ámbito de los procesos laborales (y no en otros), o bien protegen sólo a las víctimas y no a otras personas que hayan podido participar en el caso y que pudieran ser adversamente tratados, como, por ejemplo, los testigos. Según la Comisión del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (en adelante, ECRI) en su informe de recomendación nº 7 (ECRI, 2002), apartado 27, la protección contra las represalias debería asegurarse a las personas que aportan pruebas, información u otro tipo de asistencia vinculadas con los procedimientos judiciales o con la denuncia. En España, la disposición básica que ha transpuesto la normativa europea se halla en el art. 17.1, *in fine*, del Estatuto de los Trabajadores¹³.

13 “Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

3.5.5 Sanciones

Las Directivas ordenan a los Estados establecer un régimen de sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por ellas que deberán ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias” y que podrán incluir la indemnización a la víctima. El concepto de sanción “efectiva, proporcionada y disuasoria” fue acuñado en primer lugar por el Tribunal de Justicia en relación con los casos de discriminación por razón de género. Su significado debe determinarse en cada caso concreto, a la luz de las circunstancias individuales que puedan concurrir.

En la práctica, existe un rango de posibles remedios muy amplio, dependiendo de la rama del ordenamiento (civil, administrativa, laboral o penal), de su carácter punitivo o no, etc. La sanción podrá ser compensadora, o punitiva o preventiva (estableciendo, por ejemplo, una indemnización ejemplar para el discriminador), etc. Casi todos se basan en una aproximación individualista y remediadora más que preventiva. A veces se incluye el daño moral o personal. Con la excepción de Gran Bretaña, sin embargo, las sanciones económicas por discriminación no suelen ser muy altas. Además de la multa o la indemnización, algunos ordenamientos imponen sanciones como la publicación de la decisión¹⁴, la prohibición de ejercicio de una profesión o actividad que dependa de la autorización pública, la orden de recolocar al trabajador arbitrariamente despedido, o de revisar los procedimientos de reclutamiento o promoción en la empresa, o de formar en temas de igualdad a los directivos¹⁵, suspensión de licencias, etc. Éste es, sin duda, un capítulo muy interesante a analizar por el legislador español: la posibilidad de incluir un catálogo amplio y más fino de sanciones (que mire no sólo al pasado, compensando el daño, sino también al futuro, de manera preventiva).

En algunos Estados, como Gran Bretaña, por ejemplo, el organismo de igualdad está autorizado para imponer sanciones en caso de que aprecie la existencia de discriminación. En otros, la decisión del organismo puede ser utilizada después ante un tribunal para exigir una indemnización. Es interesante el hecho de que algunos organismos de igualdad, como el británico, puedan ordenar, de modo inmediato, preventivo o cautelar y vinculante, a cualquier organización que cese en su actividad discriminatoria. Un mecanismo similar, una acción preventiva de cesación de la discriminación, existe también en Bélgica.

14 Según el punto 12 de la Recomendación nº 7 de la ECRI, tal y como se especifica en el Memorando explicativo, las formas de reparación no económicas, como la publicación de toda o parte de una decisión judicial, puede ser importante para hacer justicia en casos de discriminación.

15 Una medida también sugerida por la Recomendación citada en la nota anterior (apartado 12). Según este texto, una reparación de esa naturaleza es importante si se pretende promover cambios a largo plazo en una organización. El organismo de igualdad debería participar en la elaboración y supervisión de tales programas.

En el ordenamiento español se ha producido un interesante desarrollo del capítulo de garantías en relación con la igualdad de género a partir de la Ley Orgánica 3/2007, que quizá podría trasladarse a todos los factores de discriminación en una futura legislación integral. Así, a modo de ejemplo, cabe recordar que el art. 10 de la Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres decreta la nulidad de los actos y negocios jurídicos que causen discriminación por razón de sexo, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones y sanciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias. Este precepto busca garantizar la indemnidad de la víctima de la discriminación en todos los campos del ordenamiento, mezclando remedios de muy distinto régimen.

En cuanto a la acción de cesación de una situación discriminatoria que podría reclamar la víctima, quizá cabría exigirse con carácter general a partir del art. 5.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶, pero sería interesante reconocerla en la futura legislación integral de igualdad de trato de modo expreso y general (dado que se prevé en numerosos supuestos, pero específicos).

El art. 72.1 de la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres sanciona la discriminación por género en el ámbito del suministro de bienes y servicios con la indemnización por los daños causados. Se trata de una responsabilidad de naturaleza objetiva que surge con independencia de la intención o del grado de diligencia del autor de la discriminación. La indemnización por daño moral se recoge expresamente en el art. 8.2 de la Ley 51/2003 en relación con la discriminación a personas con discapacidad.

Por su parte, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que transpone la Directiva 2004/18/CE, permite establecer prohibiciones de contratar, tanto en la fase de selección del contratista (art. 49), como en la de ejecución del contrato público (art. 102), a quienes hubieran incumplido la normativa sobre igualdad entre mujeres y hombres o sobre discapacidad. Diversas normas autonómicas han incorporado también estas medidas (País Vasco, Baleares, Andalucía, etc.). Hay que recordar, de igual modo, que el informe de Recomendación nº 7 de la ECRI (ECRI, 2002), en su punto noveno, sugiere imponer a las autoridades el deber de garantizar que los beneficiarios de contratos, préstamos, subvenciones u otras prestaciones públicas respeten y promuevan una política de no discriminación. En

16 “Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley”.

particular, la legislación debería estipular que las autoridades otorguen contratos, préstamos, subvenciones u otras prestaciones a condición de que el beneficiario respete y promueva una política de no discriminación. Y, por el contrario, la legislación debería estipular que la violación de tal condición pueda suponer la terminación del contrato, subvención o cualquier otra prestación. También se recomienda, en el punto 16, que se suprima toda financiación pública de cualquier organización que promueva el racismo, incluidos partidos políticos.

El artículo 4.5 de la Ley Orgánica 1/2002 Reguladora del Derecho de Asociación (LODA) establece que los poderes públicos no facilitarán ningún tipo de ayuda a las asociaciones que en su proceso de admisión o en su funcionamiento discriminen por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Habría que plantearse, incluso, ir más allá, y prohibir directamente las asociaciones que discriminan arbitrariamente por razones como el género, la identidad de género o la orientación sexual.

En definitiva, la futura legislación española habrá de articular un sistema de garantías y de responsabilidad global y coherente a partir de las diferentes manifestaciones de la misma que han ido reconociéndose en nuestro ordenamiento.

3.6 Garantías institucionales: los organismos de igualdad¹⁷

El art. 13 de la Directiva de igualdad racial requiere que los Estados miembros designen “organismos” para asistir a las víctimas de discriminación racial o étnica, realicen investigaciones sobre las formas y prevalencia de la discriminación y emitan informes y recomendaciones. La Directiva de igualdad de género (art. 8) y las propuestas de Directivas de 2008 (igualdad de trato por razón de edad, discapacidad, orientación sexual, creencias o convicciones, art. 12; trabajo autónomo e igualdad de género, art. 10) establecen la misma obligación en relación con los demás rasgos protegidos por el Derecho europeo. La configuración en cada Estado de este organismo de igualdad forma parte, por consiguiente, del esquema obligatorio europeo de lucha contra la discriminación. Estamos en presencia de uno de

17 Además del análisis más focalizado de algunos Estados europeos, se trae a estas páginas las conclusiones del Informe de Rikki Holtmaat para la Dirección General para el Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, de marzo de 2006, titulado: *Catalyst for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC - existence, independence and effectiveness*. Este Informe analiza todos los organismos de igualdad europeos hasta el final del año 2005, lo cual sugiere que no está completamente actualizado, ya que se produce un gran dinamismo de cambios en esta materia, aunque sí ofrezca algunas líneas orientativas de la realidad europea. Las referencias en este epígrafe al “Informe” deben entenderse que se refieren al Informe de Holmaat.

los contenidos principales, de una futura regulación española. La creación de esta institución no es una elección. Nos viene dada. Por otro lado, parece bastante claro que el Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico, creado por el art. 33 de la Ley 62/2003, no supone una transposición cabal de lo dispuesto en las Directivas: ni por composición, ni por funciones, ni porque sólo se refiere a la discriminación racial/étnica y a ninguna más. No es un órgano ejecutivo, sino deliberativo. No tiene nada que ver con lo que se pretende. Habrá que re-situar este Consejo en relación con el nuevo organismo a crear.

De hecho, según el Informe anual de la Agencia de la UE para los Derechos Fundamentales en su edición de 2009 (AUEDF, 2009), España es, junto con la República Checa y Polonia, el único país que no tiene este organismo creado y operativo, ya que el Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas con origen racial o étnico, ni por sus funciones ni por su composición, se puede considerar una transposición cabal de lo dispuesto en el Derecho Comunitario.

La creación de este organismo no es sólo una obligación comunitaria, es una necesidad acuciante si queremos implementar con éxito la legislación antidiscriminatoria. Sin un órgano especializado, con amplias funciones, se hace bien difícil pensar en que los avances en política antidiscriminatoria pasen de las musas al teatro, del papel a la realidad cotidiana. En todo caso, es comprensible que el momento de creación de este nuevo organismo se condicione en todo momento, lógicamente, a las posibilidades presupuestarias del Estado.

A lo dispuesto por las Directivas de la Unión sobre el organismo de igualdad, hay que añadir lo indicado por el informe de Recomendación nº 2 de política general de la ECRI, de 13 de junio de 1997 (ECRI, 1997), titulada “Los órganos especializados en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel nacional”. En este documento, fundamentalmente, se recomienda:

- A) Crear, en la Constitución o en una ley, un órgano especializado en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia.

- B) Sus funciones debieran ser: fomentar la eliminación de las diferentes formas de discriminación y fomentar la igualdad de oportunidades y las buenas relaciones entre los miembros de todos los diferentes grupos que componen la sociedad; hacer un seguimiento del contenido y los efectos de la legislación y los actos administrativos de su competencia y elaborar propuestas con objeto de modificar la legislación; prestar asesoramiento a los poderes legislativo

y ejecutivo para mejorar la reglamentación; prestar asistencia a las víctimas, incluida la asistencia jurídica, con vistas a defender sus derechos ante instituciones y tribunales; litigar, si procede, acudiendo a los tribunales cuando se considere necesario; atender quejas y peticiones sobre casos excepcionales y adoptar decisiones jurídicamente vinculantes o resolver mediante conciliación amistosa; estar debidamente habilitada para recopilar pruebas e informaciones en el desempeño de sus funciones; facilitar información y asesoramiento a las instituciones y organismos interesados; emitir dictámenes sobre las normas de práctica antidiscriminatoria en ámbitos específicos, que pueden ser coercitivas o de aplicación voluntaria; fomentar y reforzar los programas de formación de grupos específicos, sin menoscabar la función primordial en materia de formación que corresponde a las organizaciones interesadas; fomentar la sensibilización del público en general sobre las cuestiones relativas a la discriminación y elaborar y publicar informaciones y documentos pertinentes; apoyar y fomentar las actividades de las organizaciones con objetivos similares a los de las organizaciones especializadas; y considerar, si procede, atender las preocupaciones de estas organizaciones.

- C) La composición del organismo especializado debería reflejar la sociedad en su conjunto y sus diferencias.
- D) Debería funcionar sin interferencia del Estado, con plena independencia política y con todas las garantías necesarias para su independencia, en particular la libertad de elegir a su propio personal (que tendría que estar protegido frente a destituciones o no renovaciones arbitrarias), administrar sus recursos como estime oportuno y expresar públicamente sus opiniones. Debe disponer de fondos suficientes y su financiación debería someterse a la aprobación anual del Parlamento. Tendría que presentar informes sobre sus acciones sobre la base de unos objetivos claros y evaluables para su debate en el Parlamento. Un Informe reciente de Yesilkagi editado por Equinet (Yesilkagi, 2008) muestra que la independencia de los organismos de igualdad varía mucho de unos países a otros, que cuanto mayor es la independencia financiera y de personal, más eficaces son y que la mayoría de los Estados han venido considerando que la independencia del organismo se refiere más a su funcionamiento que a su estatus.
- E) El organismo debe ser accesible para las personas cuyos derechos deben ser defendidos por él. Deben establecer agencias locales para facilitar el acceso y aumentar la eficacia de sus funciones educativas y formativas.

- F) El organismo especializado debería esforzarse para que sus investigaciones y dictámenes sean de la máxima calidad, de modo que aumente su credibilidad ante las autoridades nacionales y ante las comunidades cuyos derechos defiende y refuerza.

El organismo de promoción de la igualdad previsto por el Derecho de la Unión Europea y el organismo especializado de la ECRI se inspiran en el mismo modelo¹⁸. Se trata de previsiones perfectamente complementarias (con la diferencia de que aquél vincula y éste simplemente orienta). Parece bastante claro qué tipo de organismo se impone/recomienda desde Europa. Sobre ese troquel debería configurarse el organismo en España.

Casi todos los Estados han creado ya este organismo, pero se produce una gran diversidad entre ellos. El Informe de R. Holmaat (Holmaat, 2006) muestra que algunos se dedican sólo al Derecho Antidiscriminatorio, pero otros a todos los derechos humanos en general; que en algunos países hay un solo organismo y en otros más de uno; que algunos (aunque pocos, sólo cuatro, entre ellos el español) se refieren sólo a la discriminación racial/étnica; que los fondos económicos de los que disponen varían mucho de unos a otros y en varios casos carecen de autonomía presupuestaria; que el número de personas que trabajan en ellos también es llamativamente desigual (de 3 empleados a 168); que muchos organismos no son transparentes en cuanto a su organización y funcionamiento; que las tres funciones que les asignan las Directivas distan de estar claras e incluso varios organismos no cumplen el mandato de asistir a las víctimas de discriminación, aunque dos tercios de todos ellos tienen alguna potestad para investigar y resolver quejas (aunque no hay acuerdo general sobre lo que significa este requerimiento); algunos organismos llegan a funcionar casi como organismos “cuasi-judiciales”, pero la mayoría no.

En cuanto a la independencia de estos organismos, el Informe concluye que:

- A) Un número importante de ellos no se establecen por Constitución o ley, sino por reglamento, con lo cual su posición es vulnerable a los cambios de políticas gubernamentales. En España habría que crearlo por ley.
- B) Un cierto número de ellos tienen vínculos oficiales con el Gobierno en el sentido en que miembros de éste forman parte del Consejo del organismo o pueden

18 Al que habría que añadir los “Principios de París” de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, adoptados por la Asamblea General en diciembre de 1993, recomendando a los Estados que establezcan comités de derechos humanos independientes que puedan desempeñar el papel de implementar y supervisar derechos humanos universales en el país respectivo.

intervenir de alguna u otra forma sobre la política de la institución, o influir de modo indebido sobre las investigaciones y documentos. La composición del organismo debe asegurar su independencia del Gobierno.

- C) También bastantes de ellos guardan vínculos oficiales con las ONG implicadas y no siempre está claro cómo se mantiene su independencia frente a ellas (por ejemplo, respecto del nombramiento o relevo de “representantes” de esas ONG en el Consejo de la institución). Hay que asegurar también la independencia del organismo frente al tercer sector (aunque deba implicársele como actor principal¹⁹). Es importante que los organismos de igualdad guarden una cierta distancia respecto de las organizaciones que son activas en la lucha contra la discriminación, sobre todo con vistas a mantener una apariencia de neutralidad y objetividad. El organismo de igualdad no puede ser visto como un *lobby*. Para evitar esto, el Informe propone varias vías a elegir para el equipo de gobierno a expertos independientes (académicos, jueces y fiscales, etc.), sobre todo para asistir a las víctimas; ser transparentes sobre las reglas de procedimiento en la asistencia e investigación; asegurar que el consejo del organismo represente un espectro amplio de organizaciones sociales (incluyendo representantes de asociaciones empresariales, sindicatos, ONG, expertos en derecho, representantes del Gobierno, etc.). Los Principios de París recomiendan pluralismo en la composición del órgano.
- D) Los contactos no oficiales con el Gobierno y con las ONG plantean un dilema: si por una parte, tales contactos difuminan la apariencia de independencia que requiere el mandato del organismo, por otra parte pueden ser deseables para unir fuerzas en la lucha contra la discriminación. No todos los organismos de igualdad en Europa logran adecuadamente este equilibrio.
- E) La mayor parte de directores y empleados de los organismos de igualdad son empleados públicos, lo que, bajo ciertas condiciones, puede significar que están de algún modo obligados a seguir instrucciones gubernamentales.

19 No olvidemos que las Directivas exigen a los Estados un diálogo con los agentes sociales y con el tercer sector especializado para promover el principio de igualdad de trato. Las Directivas sobre “igualdad racial” e “igualdad en el empleo” mencionan explícitamente la importancia del papel desempeñado por los interlocutores sociales y las organizaciones no gubernamentales en la aplicación y el cumplimiento de la legislación en materia de lucha contra la discriminación. Como ha reconocido el Libro Verde de la Comisión sobre “Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada” (de 28 de mayo de 2004), “las ONG continúan siendo los principales defensores del desarrollo de las políticas de no discriminación en la Unión Europea”. Según la Comisión, “les corresponde un papel importante, que consiste en apoyar la transposición de la legislación comunitaria en materia de no discriminación, aumentar el conocimiento de los nuevos derechos y obligaciones y prestar asistencia a las víctimas”.

- F) La posición de los organismos de igualdad en relación con su presupuesto y su contabilidad en un considerable número de casos no es cierta y no es completamente transparente.
- G) En no pocos países parece existir una seria carencia de recursos humanos adecuadamente formados y entrenados. Un bajo nivel retributivo es la principal causa de esta situación.

El Informe de Holtmaat propone una serie de indicadores relevantes para determinar la independencia de la institución: la existencia de una base jurídica sólida para la existencia del organismo, su mandato, objetivos y competencias; sólida autonomía presupuestaria; recursos financieros suficientes para ejercitar las competencias de modo autónomo y reunir un equipo de personas suficientemente experimentado y entrenado; la existencia de un estatus seguro de los miembros del consejo del organismo y de su director y el respeto de la independencia en la toma de decisiones; un edificio propio, separado de los edificios del Gobierno; la autonomía del organismo frente a las interferencias de las organizaciones no gubernamentales; la transparencia del organismo frente al público, el Parlamento, la prensa, etc., sobre cómo ejerce sus competencias y gasta su presupuesto.

De todos estos requisitos, que deben ser tenidos en cuenta a la hora de configurar el organismo de igualdad español, se ha de retener la idea de que la autonomía y suficiencia presupuestaria es garantía de la independencia que le exigen las normas europeas y, por tanto, condición necesaria de su existencia.

El Informe se pregunta también sobre la efectividad de estas instituciones, que es muy difícil de medir, por otro lado. Para valorar esta efectividad haría falta, sugiere el Informe, un “documento cero” que analizara la situación anterior a la actividad del organismo, y una evaluación posterior de los efectos de su trabajo. Con la excepción del Reino Unido, tal documento cero no parece existir en ningún país. Parece sugerente, sin embargo, la idea de elaborarlo en España, tomando la temperatura de la situación de discriminación y también del estado normativo y real de la lucha contra ella a esta fecha.

El Informe de Holtmaat constata también que la insuficiencia de fondos y la carencia de un *staff* bien entrenado es un dato corriente. De ahí se puede inferir que quizá varios organismos no pueden desempeñar adecuadamente sus funciones. La Alta Autoridad francesa, un buen modelo, según su Informe de 2009, tiene contratados a 81 personas de modo permanente, de los cuales el 67% son mujeres, y los gastos

anuales (2008) de la Institución ascendieron a once millones y medio de euros. De los resultados de la encuesta efectuada a todos los organismos de igualdad europeos, se constata que en la mayoría de países la tarea de asistencia a las víctimas de discriminación es la más importante y la que mejor se asegura. Las formas de esta asistencia varían ampliamente. Respecto de las otras dos funciones asignadas por el art. 13 de la Directiva de igualdad racial, el balance es menos positivo. Pocas investigaciones sobre las formas y prevalencia de la discriminación racial han sido hechas y pocos informes y recomendaciones acerca de estas cuestiones han sido publicados.

La principal conclusión del Informe sobre la situación de los organismos de igualdad en Europa es que, a pesar de que la fecha máxima de transposición de la Directiva de igualdad racial acabó el 19 de julio de 2003, no existe todavía consenso sobre el significado y alcance del fundamental art. 13 de la Directiva. Las palabras “asistencia”, “investigaciones” e “informes” no han sido definidas y no está claro qué significa exactamente “independiente”, ni criterios para evaluar la efectividad de la institución. No todos los organismos de los Estados llevan a cabo siquiera las tres funciones de la Directiva, lo cual supone un flagrante incumplimiento de la misma. Por el contrario, bastantes organismos de igualdad asumen otras funciones diferentes (aunque próximas) de esas tres.

En cualquier caso, el Informe de Holtmaat constata que en Europa hay dos modelos estratégicos diferentes. De un lado, hay organismos de igualdad que se concentran casi exclusivamente en la tarea de la asistencia a las víctimas; se pueden calificar como de “rol reactivo” (o defensivo). De otro lado, hay organismos que enfatizan sobre todo su “rol proactivo” (por ejemplo, intentando prevenir las discriminaciones futuras), y priorizan sus actividades en el campo de la realización de investigaciones y la emisión de recomendaciones (por ejemplo, diseñando códigos de buenas prácticas y jugando un papel en la supervisión de la implementación de acciones positivas). Ambas funciones, reactiva y proactiva, son mencionadas por la Directiva. El legislador europeo no quiso elegir entre ellas y requiere ambos aspectos.

El examen comparado de los organismos de igualdad interesa especialmente en relación con sus funciones, dado que la composición y organización es una cuestión que depende mucho de las condiciones concretas de cada ordenamiento, y, sobre todo, en relación con la principal, la de asistencia a las víctimas. En cuanto a la composición del organismo, es frecuente que el órgano directivo sea nombrado por el Gobierno (por ejemplo, en Alemania, el Jefe de la Oficina Federal contra la Discriminación es nombrado por el Ministro Federal de la Familia, Personas Mayo-

res, Mujer y Juventud; en Bélgica, los miembros del Centro son elegidos por el Primer Ministro, diez de entre la comunidad de habla francesa, diez de la valona y uno alemana, aunque tampoco es infrecuente la designación parlamentaria de parte del órgano (por ejemplo, en Bulgaria, cinco de los nueve miembros los elige la Asamblea Nacional –entre ellos, el Presidente y Vicepresidente, y los otros cuatro el Presidente de la República–). En Francia, los once miembros son elegidos (art. 2): 2 por el Presidente de la República (uno de ellos será el Presidente); 2 por el Presidente del Senado; por el Presidente de la Asamblea Nacional; 2 por el Primer Ministro; 1 por el Vicepresidente del Consejo de Estado; 1 por el Primer Presidente del Tribunal de casación y 1 por el Presidente del Consejo Económico y Social. En Holanda los nueve miembros de la Comisión de Igualdad de Trato son elegidos por el/la Ministro/a de Justicia, (oídos otros miembros del Gabinete) En el Reino Unido, los comisionados son nombrados por el Secretario de Estado.

También es frecuente que exista un Consejo consultivo, sin funciones ejecutivas, sino de asesoramiento, en el que estén representados miembros de las principales organizaciones no gubernamentales que trabajan en el sector y expertos (así, por ejemplo, en Alemania, el Consejo Consultivo estará integrado por 10 personas, 5 hombres y 5 mujeres, designados por el Ministro del ramo; también se prevé un Comité Consultivo en Francia “con el fin de asociar a sus tareas a personalidades cualificadas elegidas entre representantes de las asociaciones, de los sindicatos, de las organizaciones profesionales y de otras personas que ejerzan actividades en el ámbito de la lucha contra las discriminaciones y por el fomento de la igualdad”, art. 2). Las legislaciones suelen indicar que en los organismos de igualdad haya una representación equilibrada de mujeres y de hombres y también de las minorías (raciales/étnicas, de personas discapacitadas –así, por ejemplo, en el Reino Unido uno de los comisionados ha de ser discapacitado–, etc.).

Internamente, los organismos de igualdad suelen organizarse en secciones según los rasgos protegidos. La Comisión para la igualdad de Reino Unido, por ejemplo, alberga en su seno un Comité especializado en derechos de las personas discapacitadas.

3.6.1 La función de asistencia a las víctimas

Proporcionar asistencia a las víctimas de discriminación es la función clave de cualquier organismo de igualdad. La experiencia muestra que muy pocas personas que se han sentido víctimas de una discriminación plantean demandas por sí solas, presumiblemente porque la acción judicial es demasiado estresante, cara, dilatada en el tiempo y sin claras expectativas de éxito.

En Europa hay dos modelos de asistencia, uno que considera que debe incluir la investigación y resolución de quejas o reclamaciones (otorgando al organismo un estatus cuasi-judicial con capacidad de dictar resoluciones vinculantes o no), y otro que no lo hace, limitándose a proveer información a la víctima sobre las normas y sus derechos, derivarlo a la organización que sí pueda ayudarlo en la formulación de una demanda judicial, o asistirlo directamente en casos de litigación estratégica, o ayudar a la víctima y al presunto agresor de su igualdad a alcanzar un acuerdo amistoso (mediación). Ésta es la decisión más importante que se deber adoptar en España sobre el modelo de organismo: ¿queremos un organismo que investigue las quejas de modo neutral y adopte decisiones vinculantes u opiniones no-vinculantes, o un organismo que represente a las víctimas?

El Informe de Holtmaat se muestra partidario de dar a los organismos de igualdad la potestad de oír e investigar reclamaciones de discriminación, lo cual sucede en la mayoría de países (concretamente, en dos de cada tres). El alcance de la potestad investigadora varía de unos países a otros, desde vagas provisiones (como en Italia) a situaciones en las que el organismo tiene una posición semejante a la de un fiscal o un juez de instrucción (como en Francia). En algunos casos, tiene la potestad de sancionar a quienes se nieguen a proporcionar la información solicitada (como en Hungría).

Si se optara por un modelo de organismo con funciones cuasi-judiciales de decisión de asuntos, entonces, como ha observado un Informe de la Comisión Holandesa de Igualdad de Trato de 1999, para investigar y resolver un caso de discriminación de modo neutral y objetivo y dar un juicio u opinión independiente, un organismo de igualdad no debería tener la competencia de asistir a las víctimas (no podría ser juez y parte). Además, habría que tener en cuenta que el presunto autor de la discriminación tiene el derecho fundamental, reconocido por el Derecho europeo y los nacionales, a no declarar contra sí mismo, de modo que la potestad de investigación del organismo de igualdad se vería comprimida por él, así como por el resto de garantías frente a los procedimientos sancionadores administrativos.

La situación a este respecto varía mucho en Europa. 12 organismos de igualdad no tienen la competencia de asistir a las víctimas de discriminación y 18 sí y, de éstos, 11 sí pueden resolver e investigar reclamaciones. Aparentemente, la combinación de estas competencias no siempre se juzga problemática, porque en algunos ordenamientos no se considera, a diferencia de lo sostenido por el organismo holandés, que resolver e investigar casos pueda implicar funciones cuasi-judiciales. En Chipre, Bulgaria y Hungría, por ejemplo, la potestad de resolver e investigar quejas llega hasta el punto de otorgar un juicio vinculante y de imponer sanciones al perpetrador de la discriminación.

En cuanto a la eficiencia de este tipo de labor, el Informe concluye que aunque se presentan un gran número de reclamaciones ante los organismos de igualdad, muy pocos casos llegan, sin embargo, finalmente a ser decididos. En Dinamarca, entre 2003 y mediados de 2005 el Comité examinó 142 casos, pero (debido a obstáculos procedimentales) sólo en 11 decidió a favor del reclamante. En Francia, la situación es bastante mejor ya que, a diferencia de Dinamarca, los poderes de investigación de la institución están regulados legalmente y son potentes. Otros Estados están más cerca de la situación danesa (Grecia, Estonia, Letonia o Portugal, por ejemplo). Existe una política de algunos organismos de igualdad que no considera necesario invertir mucho tiempo y dinero en casos individuales (lo que en el Reino Unido se llama *named person investigation*), cuya solución remite más bien a los tribunales de justicia. Prefieren informes y recomendaciones generales.

Pero se producen otros obstáculos en relación con esta función de asistencia a las víctimas, como, por ejemplo, los siguientes: la lentitud de las investigaciones o del procedimiento; la carencia de potestad investigadora y de establecer las pruebas (en Dinamarca el Comité no tiene la potestad de solicitar información del “acusado” y no puede escuchar a testigos; si el “acusado” no contesta o discute la versión del Comité, el caso no puede progresar); la carencia de la potestad de adoptar decisiones vinculantes (lo que puede provocar que la intervención del organismo no suponga otra cosa que retrasar su planteamiento y resolución por el órgano judicial correspondiente).

Un modelo de procedimiento de asistencia a las víctimas que puede resultar particularmente atractivo como fuente de inspiración para el ordenamiento español es el francés:

- A) La víctima presenta la reclamación de discriminación. Cualquier asociación (con existencia de al menos 5 años anterior a los hechos) que exprese en sus estatutos su propósito de luchar contra la discriminación o de asistir a sus víctimas, podrá también acudir solidariamente con la víctima (si ésta consiente).
- B) La Alta Autoridad hace acuse de recibo y, tras investigar los hechos (recabando información, pidiendo explicaciones a cualquier persona implicada –que podrá declarar con asistencia letrada–, los cargos y empleados públicos también están obligados a declarar, haciendo estudios, comprobaciones o investigaciones, verificando comprobaciones *in situ* –previa habilitación de la Fiscalía y bajo control judicial– etc.), puede:
 - a. rechazarla por manifiestamente infundada;
 - b. derivarla a la autoridad competente (si ella carece de competencia);

- c. proceder a un arreglo amistoso (*réglement amiable*), que no puede durar más de tres meses (prorrogable otros tres por una sola vez); la Alta Autoridad propone un mediador, que debe ser aceptado por las dos partes, y que, tras entrevistarse previamente por separado con ellas, las reúne para intentar alcanzar un acuerdo;
- d. o puede instruir el caso. Si hace esto, el procedimiento continúa así:

C) La Alta Autoridad puede:

- a. rechazar la reclamación por razones de fondo
- b. resolverla, de varias maneras:
 - i. Con una recomendación dirigida a modificar el comportamiento de la situación que origina la discriminación, proponiendo su reforma o supresión. La recomendación puede ser general (tanto para el sector público como para el privado) o dirigida a particulares (una empresa, por ejemplo). Los afectados deben rendir cuentas en un plazo determinado de la ejecución de la recomendación, porque, si no lo hacen, la Alta Autoridad podrá hacerlo constar en un informe especial publicado en el Boletín oficial de la República francesa.
 - ii. A través de mediación.
 - iii. Si los hechos son constitutivos de una discriminación sancionada por determinados preceptos del Código de Trabajo y el Penal, puede proponer una transacción al autor de la discriminación (con una indemnización no superior a tres mil euros si se trata de una persona física o de quince mil si es persona jurídica, más la publicidad), que debe ser aceptada por autor y víctima y validada por la Fiscalía. Si no se cumple, la Alta Autoridad podría ejercer directamente la acción penal contra el autor de la discriminación.
 - iv. Intervenir ante los órganos judiciales a petición de las partes o del juez.
 - v. Remitir las actuaciones a la Fiscalía en caso de delito grave.

En el año 2007, según el Informe de la propia Alta Autoridad disponible en su página web (www.halde.fr), se presentaron 6.222 reclamaciones (una media de 518 al mes). Más de la mitad de ellas versaban sobre el empleo, público o privado. El tiempo medio para tramitar una reclamación es de 190 días. La Alta Autoridad tiene potestades de investigación: puede solicitar documentos, tomar declaraciones (las

partes pueden asistirse de abogado), efectuar verificaciones sobre el terreno (a través de sus agentes, que tienen que estar autorizados por la Fiscalía) y llevar a cabo análisis comparativos. En 2007, la Alta Autoridad emitió 332 recomendaciones, propició 49 mediaciones, 28 transacciones penales, intervino ante las jurisdicciones en 115 ocasiones y remitió actuaciones a la Fiscalía en 2. Los rasgos de discriminación más invocados fueron el origen nacional (35%), la salud y discapacidad (19%), la edad (6%), el género (5%), la actividad sindical (4%) y la orientación sexual (2%).

El Informe de 2008 también arroja datos de interés. Las demandas presentadas fueron 7.788. De ellas, la mitad versaron sobre origen nacional (29%) y salud/discapacidad (21%). También la mitad, justamente, versaron sobre empleo público o privado (contratación, promoción, etc.). Durante el año 2008 se concluyeron 6.414 casos, de los cuales 3.522 fueron inadmitidos, 737 se derivaron a otras autoridades, 1.153 fueron desistidos por los reclamantes y 1.002 se sometieron a investigación. De ellos, en 278 casos el Consejo adoptó una deliberación y 457 medidas: la Alta Autoridad presentó observaciones ante los tribunales en 64 casos; hubo 42 mediaciones, 17 acuerdos penales, 197 recomendaciones generales y 135 individuales, 4 notificaciones al ministerio fiscal. Los porcentajes de éxito son altos: el 70% para las recomendaciones generales, el 77% para las individuales, el 82% para las observaciones ante los tribunales y el 54% para los casos de mediación.

Una peculiaridad interesante de la Alta Autoridad francesa es que puede actuar de oficio en los casos de discriminación de los que tenga conocimiento (aunque si existe una víctima identificable, ésta deberá prestar su consentimiento: art. 4). También la Comisión holandesa de igualdad puede iniciar investigaciones de oficio para identificar discriminaciones “sistemáticas” (art. 12.1, Ley de 2 de marzo, modificada en 2004).

Otro modelo especialmente activo e incisivo de organismo de igualdad es el búlgaro. Recibida la queja, la Comisión podrá solicitar documentos e informaciones, pedir explicaciones a los implicados o interrogar a los testigos. El ponente del caso deberá preparar unas conclusiones. Se lleva a cabo la vista; al iniciarse, el jefe de la sección correspondiente (hay tres: género, raza/etnia, otros) invitará a las partes a reconciliarse. Si alcanzan un acuerdo, la Comisión lo aprobará y dará por concluido el expediente (la Comisión vigilará su cumplimiento). Si no se alcanza un acuerdo, la Comisión resolverá, determinada la infracción cometida, la persona responsable, el tipo de sanción, duración e intensidad, o bien, que no ha existido infracción. Esta decisión podrá ser recurrida ante el tribunal contencioso-administrativo supremo. La víctima puede elegir entre acudir directamente a un juez o a la Comisión.

Hay que tener en cuenta que ya está disponible en el ordenamiento español un sistema, no de mediación, sino arbitral, de resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, previsto por el art. 17 de la Ley 51/2003 y desarrollado mediante R.D. 1417/2006. Como es sabido, el sistema arbitral para las reclamaciones en materia de discapacidad descansa sobre los siguientes elementos:

- Del sistema se excluyen los arbitrajes laborales y las quejas que presenten indicios racionales de delito o sobre las que ya haya recaído resolución judicial firme.
- Por supuesto, el arbitraje es voluntario. Las entidades del sector y los representantes de las personas con discapacidad también pueden presentar las quejas y reclamaciones.
- Se constituyen juntas arbitrales por comunidad autónoma y una central para quejas que afecten a un ámbito territorial superior al de una comunidad o para materias que sean de competencia estatal.
- Los principios del procedimiento son: gratuidad, voluntariedad, igualdad entre las partes, audiencia, contradicción, ausencia de formalismos, normalización y accesibilidad. El árbitro (cuando la pretensión sea inferior a tres mil euros) o colegio arbitral decidirá en equidad, salvo que las partes optaran por la decisión en derecho.
- El colegio examinará la documentación presentada por el reclamante, señalará un plazo para alegaciones y prueba (de 15 días) al reclamante y después al reclamado, convocará, en su caso, una audiencia. Las partes podrían alcanzar un acuerdo que resolviera la controversia (laudo conciliatorio). Si no, el colegio dictará un laudo arbitral (en un plazo máximo de cuatro meses desde el día siguiente al acuerdo de inicio del procedimiento).

Así pues, la función de asistencia a las víctimas se puede desarrollar de diversos modos: estableciendo procedimientos de resolución y/o arbitraje y/o mediación, por ejemplo, pero la simple asistencia a víctimas individuales, con significar un gran avance, podría, sin embargo, dejar en la penumbra otras formas de discriminación; la sistemática, por ejemplo, para luchar contra la cual se requerirían medidas como la de permitir a los organismos de igualdad actuaciones e investigaciones de oficio o la de enfatizar la denominada litigación estratégica. Varios de los más

experimentados organismos de igualdad han adoptado la política de focalizar sus limitados recursos en algunos casos concretos que pudieran producir cambios significativos y que pudieran tener un beneficio público mayor (por cambiar una doctrina jurídica, afectar a muchas personas o tener una fuerte probabilidad de éxito). Este enfoque es más lógico en los organismos de igualdad que se ponen de parte de la víctima²⁰.

3.6.2 La función de conducir investigaciones independientes sobre la discriminación

El Informe constata que esta función, aunque reconocida en la mayoría de las legislaciones, apenas se está ejercitando, entre otras razones porque el organismo no tiene un equipo de personas expertas en ello (los miembros de los organismos suelen ser juristas y, por tanto, no son expertos en estudios sociológicos ni empíricos), ni presupuesto (en 2005, de 26 organismos que podían realizar investigaciones, sólo 12 lo hicieron).

En ocasiones, se “externaliza” la tarea de la investigación a las universidades, aunque tampoco demasiado. Algunos países tienen la política de no encargar este tipo de investigaciones a los organismos de igualdad, como Finlandia y Suecia, donde no se considera necesario que se lleve a cabo esta tarea (quizá porque sí se hace por otras instituciones). Por otro lado, cuando se realizan los trabajos de investigación, suelen hacerse públicos por escrito y en la página web del organismo, pero no siempre se elevan a las autoridades.

3.6.3 La función de emitir recomendaciones e informes

Tampoco la emisión de informes y recomendaciones es una tarea popular en exceso. Entre 2003 y 2005, 13 organismos de igualdad en Europa no emitieron ni uno solo. La principal razón alegada fue la carencia de recursos para ello. Casi siempre estos informes y recomendaciones son publicadas y se remiten a los medios, al Parlamento o al Gobierno, pero en Francia no se permite identificar a la parte “que haya perdido” a menos que la Alta Autoridad adopte una decisión posterior observando no cumplimiento de la recomendación individual efectuada.

La Alta Autoridad francesa está emitiendo interesantes recomendaciones generales. En el Informe de 2008, por ejemplo, relata como “áreas de progreso más significativo”,

20 Véase B. Dilou Jacobsen y E.O. Rosenberg: “Legal assistance to individuals powers and procedures of effective and strategic individual enforcement”, en *Strategic enforcement Powers and competences of equality bodies*, Equinet, 2006, p. 15.

entre otras, las siguientes: el reconocimiento de límites de edad como discriminatorios (por ejemplo, para la contratación en determinados trabajos; la jubilación forzosa tendrá carácter discriminatorio si no persigue objetivos legítimos, etc.); la no previsión de un menú en los comedores escolares disponible para los alumnos que sufran alergias es discriminatorio, etc.

3.6.4 Otras competencias

Bastantes organismos de igualdad asumen otras competencias, además de las tres previstas por las Directivas. Muchas de ellas son ejemplos del otorgamiento al organismo de un papel proactivo en la lucha contra la discriminación. En Francia, por ejemplo, la Alta Autoridad contra la Discriminación puede contribuir a establecer la posición de la República Francesa en las negociaciones internacionales del Estado en relación con cualquier tipo de discriminación. El *ombudsman* de Chipre tiene la potestad de publicar estadísticas y códigos de buenas prácticas tanto en el sector público como en el privado. En el Reino Unido e Irlanda, este tipo de Códigos no son formalmente vinculantes, pero los tribunales son requeridos a tenerlos en cuenta a la hora de decidir casos de discriminación.

El Informe de Bell y otros, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe* (Bell, 2007) enumera algunas competencias no catalogadas expresamente en las Directivas que, sin embargo, son “interesantes y útiles”: (1ª) El organismo belga tiene la competencia de emprender acciones judiciales en nombre del interés público. Si la violación alegada tiene una víctima identificable, esta competencia del Centro belga para la Igualdad de Oportunidades y la Lucha contra el Racismo se condiciona al previo consentimiento de dicha víctima. (2ª) La Alta Autoridad francesa juega el papel de “auxiliar de los Tribunales” en la medida en que los tribunales penales, civiles y administrativos pueden utilizar sus observaciones en los casos que estén resolviendo. (3ª) Los empleadores pueden preguntar a la Comisión holandesa de Igualdad de Trato si una determinada práctica empresarial contraviene o no el Derecho Antidiscriminatorio. (4ª) En el supuesto de que en el curso de una investigación pudiera descubrirse una discriminación directa e intencionada que constituya delito, la Autoridad francesa puede proponer una “transacción penal” (una clase de sanción penal negociada) al perpetrador, que puede aceptarla o rechazarla. Ésta podría ser una multa o una publicación (por ejemplo, en prensa). Si la medida es rechazada o, después de aceptada, no cumplida, la Alta Autoridad puede emprender una acción penal, en lugar del ministerio fiscal, ante un tribunal penal.

El Informe citado propone clasificar las funciones de los organismos de igualdad de este modo:

- a) Protección jurídica contra la discriminación, sea en forma cuasi-judicial o en forma de ayuda a las víctimas a encontrar su camino en el sistema judicial.
- b) Trabajo de consultoría respecto del desarrollo de nueva legislación y monitorización de los efectos del Derecho Antidiscriminatorio.
- c) Investigación sobre la prevalencia, formas y causas de la discriminación.
- d) Campañas de información dirigidas al público en general y a las potenciales víctimas de la discriminación en particular. Se trata de una obligación impuesta en las Directivas (art. 10 de la Directiva de igualdad racial, 12 de la Directiva de igualdad laboral y 10 de la propuesta de Directiva). Esta información debe difundirse de manera accesible a las personas discapacitadas y a las minorías que no comprendan las lenguas oficiales. El Informe sobre el progreso realizado en materia de igualdad de oportunidades y no-discriminación en la Unión Europea del Parlamento Europeo (PE, 2008) constata que la legislación antidiscriminatoria es escasamente conocida entre los ciudadanos europeos y llama a las autoridades europeas y nacionales a cumplir con su deber de divulgar la información por todos los medios apropiados a su alcance.
- e) Trabajo cooperativo con otras entidades (públicas y privadas) en el desarrollo de estrategias y políticas proactivas de lucha contra la discriminación, incluyendo códigos de buenas prácticas, esquemas o planes de acciones positivas, formación a sujetos significativos: jueces, fiscales, empleadores, sindicatos, proveedores de servicios, etc.

Éstas son, básicamente, las funciones que debería asumir el organismo de igualdad español, sin olvidar la de monitoreo o evaluación continua de la actividad.

Por último, es preciso reseñar que la mayoría de las legislaciones imponen a su organismo de igualdad el deber de rendir un Informe periódico (normalmente anual) ante el Gobierno y/o el Parlamento. Sin duda, a efectos de la mayor visibilidad social del Informe, resulta preferible la audiencia parlamentaria.

4

El principio de no discriminación en el Tribunal Constitucional: una jurisprudencia mejorable en materia de discriminación por motivos étnicos

Es evidente que el Tribunal Constitucional ha construido una doctrina jurisprudencial sobre el principio de igualdad (art. 14 CE) parangonable con cualquier otro Alto Tribunal de los países de nuestro entorno. Y son evidentes los avances que ha propiciado o avalado en la no discriminación de la mujer: STC 128/1987 (caso *complemento guarderías*); STC 12/2008 (caso *paridad en listas electorales*); STC 59/2008 (caso *ley violencia de género*); las personas homosexuales, STC 41/2006 (caso *Alitalia*); o las personas con discapacidad, STC 269/1994 (caso *cuotas de discapacitados en acceso a la función pública*).

Pero también es indudable que en lo referente a la discriminación por motivos étnicos/raciales su jurisprudencia es francamente mejorable. Es altamente significativo, en este sentido, que los dos únicos casos que han llegado ante el Tribunal Constitucional de discriminación étnica/racial hayan sido objeto de revisión por parte de tribunales y organizaciones internacionales defensoras de los derechos humanos.

De un lado, el famoso caso *Williams*, resuelto por la STC 13/2001, de 29 de enero, que desestima el recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación a una mujer tan sólo por ser negra, por considerar que dicho requerimiento no obedeció ni a una discriminación patente ni a una encubierta (a pesar de que sólo a ella, de entre todos los pasajeros que descendieron del tren, se le exigió).

Tan sorprendente decisión ha sido, como cabía esperar, declarada por el Comité de Derechos Humanos (Comunicación nº 1493/2006), de 27 de julio de 2009, contraria al art. 26 leído conjuntamente con el art. 2.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. El Comité no impide efectuar controles de identidad genéricos con el fin de proteger la seguridad ciudadana o para controlar la inmigración ilegal, sino que tales controles se realicen con las características étnicas como el único indicio de su posible situación irregular en el país, que es precisamente lo que sucedió en el caso en examen. A juicio del Comité, “la responsabilidad del Estado está claramente comprometida... El Comité no puede sino concluir que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal”. El Estado español está obligado a proporcionar a la Sra. Williams un recurso efectivo, incluidas las disculpas públicas, además de adoptar medidas para evitar que sus funcionarios incurran en el futuro en un caso como el presente. La petición de disculpas públicas a la que se ve obligado el Estado es una magnífica oportunidad para mostrar, con la mayor publicidad posible, el nuevo impulso y el nuevo enfoque de las políticas de igualdad (desde la idea de la lucha contra la ciudadanía debilitada). Estas disculpas, de hecho, se han producido a través de una carta del Ministro del Interior a la interesada, fechada el 20 de enero de 2010, y de una reunión con el Ministro de Asuntos Exteriores. Tanto por carta como personalmente, el Estado español ha aprovechado para pedir disculpas por su actuación y ha asegurado que está tomando todas las medidas para que situaciones como ésta no se vuelvan a repetir. Se presenta, de hecho, una muy buena oportunidad para prohibir expresamente la utilización del criterio racial por parte de la policía española, alejando cualquier tipo de duda sobre su actuación.

La otra Sentencia sobre discriminación racial tampoco es para felicitarse. Se trata de la Sentencia 69/2007, de 16 de abril de 2007, que ha sido impugnada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resuelta por éste, el 8 de diciembre de 2009, asunto María Luisa Muñoz vs. España, en un sentido diametralmente contrario al del Tribunal español. La Sentencia de Estrasburgo falla a favor de una mujer española gitana a la que las autoridades nacionales, incluido el Tribunal Constitucional, denegaron una pensión de viudedad por no haber contraído matrimonio por el rito legalmente válido en su momento (el católico, en 1971), sino por los usos y tradiciones gitanos. El Tribunal Constitucional español consideró que tal denegación no constituía discriminación étnica alguna, ya que el requisito de contraer matrimonio válido según las normas del momento (1971) para tener acceso a la pensión afectaba por igual a payos y a gitanos. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art.

14 CEDH) en combinación con el derecho al respeto de los bienes del art. 1 del Protocolo Adicional Primero.

El Tribunal europeo se niega a considerar que el no reconocimiento de la forma tradicional del matrimonio gitano como matrimonio con efectos civiles supone una violación del derecho a contraer matrimonio del art. 12 del Convenio de Roma, o una forma de discriminación racial prohibida por el art. 14 de ese mismo Convenio. El matrimonio civil estaría abierto en España a los gitanos de idéntica forma que a los no gitanos. La Sentencia no puede leerse, por tanto, como un reconocimiento jurídico al matrimonio gitano, asunto que se remite a la legislación interna de cada país.

La Sentencia no tiene, por tanto, un efecto general u objetivo que previsiblemente pueda desplegarse en muchos otros casos posteriores; más bien se trata de un fallo que intenta ofrecer una solución más justa a un caso concreto.

El Tribunal estima que la denegación de la pensión de viudedad es una diferencia discriminatoria porque supone un trato distinto respecto de otras situaciones que deben ser tenidas como equivalentes en lo que concierne a los efectos de la buena fe matrimonial, como son la existencia de buena fe en los matrimonios nulos (art. 174 LGSS) o el precedente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004, en la que el Tribunal sí entendió que existía el derecho a la pensión de viudedad en el caso de un matrimonio celebrado conforme a las disposiciones legales (por el rito matrimonial católico), pero no inscrito en el Registro Civil por motivos de conciencia. Aquí está el punto. Las autoridades españolas han tratado a María Luisa Muñoz de modo distinto a como han tratado otras situaciones comparables a la suya, de buena fe matrimonial. Según el Tribunal, la buena fe de la demandante respecto de la validez de su matrimonio contraído según la tradición gitana, se prueba en el hecho de que las autoridades españolas fueron reconociendo en diversos documentos la validez o la apariencia de validez al menos de ese matrimonio: el libro de familia, el título de familia numerosa, la cartilla de la seguridad social, documentos oficiales todos ellos. Afirma con vigor la Sentencia: “Resulta desproporcionado que el Estado español que ha conferido a la demandante y su familia (todos esos documentos oficiales), no reconozca ahora los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad”. También tiene en cuenta el Tribunal que en el año 1971, cuando se unieron, sólo había un rito válido, el católico (para eximirse del cual había que apostatar previamente). En realidad, la clave de las diferencias entre las Sentencias del Tribunal Constitucional español y del Tribunal de Estrasburgo es el distinto valor que se concede como precedente a la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004: el Tribunal español niega que exista semejanza alguna,

mientras que, por el contrario, para el Tribunal europeo la diversa resolución de tal asunto supone precisamente el trato diferente y peor prohibido por el Convenio de Roma.

A todo esto el Tribunal europeo añade otro argumento, el argumento étnico. La Sentencia subraya, en primer lugar, que la creencia de la demandante en que su matrimonio era válido se demostraba también por su pertenencia a la comunidad gitana, “que tiene sus propios valores dentro de la sociedad española”. El Tribunal recuerda “el consenso internacional” en el seno del Consejo de Europa “por reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y modos de vida, no sólo para proteger los intereses de los miembros de dichas minorías, sino también para preservar la diversidad cultural que beneficia a toda la sociedad en su conjunto”. Si bien, sostiene la Sentencia, la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las leyes relativas al matrimonio, puede, sin embargo, influir sobre la manera de aplicar las leyes. El Tribunal recuerda la afirmación anterior de que “la vulnerabilidad de los gitanos implica prestar una atención especial a sus necesidades y modo de vida propio, tanto con carácter general como en los casos particulares”. Esta afirmación es la que cuestiona el único magistrado discrepante, el juez Myjer, para quien el Estado español no sería de ningún modo responsable de la ignorancia de la señora Muñoz (más bien se trataría de un error), y el caso perseguiría más bien reconocer la validez del matrimonio gitano (tal como habrían reflejado algunos medios de comunicación).

Las (sensibles) frases en relación con la minoría gitana no sirven, sin embargo, en la lógica de la argumentación, más que para apuntalar la buena fe de la demandante (ya probada por otras vías, como se ha visto). Quizá no hubieran sido necesarias, en realidad, para alcanzar el mismo fallo. Y, en cualquier caso, no guardan apenas relación con el curso de la argumentación principal, porque si se aprecia que se ha tratado de modo diferente sin justificación a la señora Muñoz respecto de otros casos comparables, estamos en presencia de un supuesto de discriminación general prohibida y no se aprecia de qué modo habría aquí una influencia de la vulnerabilidad de los gitanos en la aplicación de las leyes (se supone, de modo más favorable para ellos). No, no se trata de aplicar más favorablemente las leyes a los gitanos, sino de que no se les trate peor.

Así pues, el Tribunal de Estrasburgo argumenta desde la cláusula general de igualdad de trato y no desde la prohibición de discriminación racial/étnica. No le hizo falta al Tribunal ir más lejos para alcanzar el fallo. El conflicto planteaba, sin embargo, interesantes posibilidades de interpretación a partir de las categorías del Derecho Antidiscriminatorio (sobre todo si, como sostuvo el Tribunal español, se está de

acuerdo en que la Sentencia 199/2004 no es un supuesto comparable). En efecto, podría argumentarse que la denegación de la pensión en este caso constituía una discriminación por indiferenciación, una discriminación indirecta por razón de etnia y una discriminación múltiple.

En definitiva, retomando nuestra argumentación principal, a la vista de algunas sentencias judiciales, la discriminación por motivos étnicos en España no es motivo de alarma: las actuaciones de los poderes públicos en este ámbito se han convalidado sin mayor problema. Sin embargo, cuando estos casos han llegado a instancias internacionales, la decisión ha sido justo la contraria. Este hecho es profundamente revelador del estado de cosas. Nuestro Tribunal Constitucional no es una excepción: se echa en falta un mayor pulso en la lucha contra la discriminación por motivos étnico/raciales en el conjunto de la política criminal de nuestro país.

5

Una política criminal seria contra las discriminaciones

Ciertamente, la igualdad de trato debe proponerse (de forma persuasiva, a través de la información, la educación, la sensibilización, etc.), pero, al mismo tiempo, debe imponerse (utilizando el derecho sancionador aplicable) porque la igualdad no se alcanzará nunca por un proceso natural o espontáneo (que más bien suele beneficiar al que ya es fuerte), no cae como la fruta madura de un árbol, sino que requiere un esfuerzo sostenido en el tiempo a favor de cualquier minoría en desventaja socio-económica. La igualdad resulta de una lucha civilizadora cotidiana. Hacen falta, por tanto, la prevención en las políticas de igualdad tanto como, en su caso, la represión.

Y, en este punto, hay que advertir, inmediatamente, que España debe profundizar en el establecimiento y desarrollo de una política criminal clara contra todas las formas de discriminación, pues actualmente se ha detectado que hay normas que rara vez se aplican de manera efectiva.

Como ha puesto de relieve en numerosas ocasiones la Fiscalía Coordinadora del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, un órgano, por cierto, innovador y cuya implantación en todo el territorio nacional sería altamente recomendable, algunos de los principales problemas detectados en la lucha penal contra la discriminación son los siguientes:

Desconocimiento del número de hechos

Por un lado, porque muchos de los delitos cometidos no se denuncian. Esta presumiblemente alta cifra negra podría explicarse por diversas razones, como la desconfian-

za de las víctimas en la policía y/o en la justicia, el temor a que la denuncia les acarree consecuencias adversas (la publicidad de su orientación sexual o la expulsión del país en casos de situación administrativa irregular, por ejemplo), u otras.

Por otro lado, la organización de los sistemas estadísticos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, de las Fiscalías y de los Tribunales de Justicia no cuentan con etiquetas específicas que permitan clasificar ni cuantificar las infracciones penales en las que pueda existir un motivo de discriminación de los especialmente protegidos (género, etnia, orientación/identidad sexuales, edad, discapacidad, religión/convicciones). El Informe sobre *El estado de los Derechos Humanos en el mundo* de Amnistía Internacional en su edición de 2009 (AI, 2009) sitúa a nuestro país entre los únicos cinco Estados de la Unión Europea que no dispone de datos oficiales sobre la discriminación. Esto provoca que se desconozca la cifra real y exacta de los delitos de odio o discriminación, lo que impide, *a limine*, el establecimiento de una política criminal adecuada para combatirlos.

Por ello, una reforma legislativa debería prever expresamente que tanto los sistemas informáticos policiales como los de los diferentes órganos de la administración de justicia sean ajustados para poder contabilizar todos los delitos de odio y discriminación que son denunciados. Habría que analizar también la cifra negra de estos delitos, es decir, los delitos cometidos pero no denunciados.

Aplicación insuficiente o incorrecta de las disposiciones penales

Este problema cursa de diversos modos. En ocasiones, la respuesta penal proporcionada a conductas en las que estaba presente una motivación fundada en el rechazo a la persona “diferente” con la finalidad de menoscabar su dignidad no captó toda la gravedad del hecho al contemplar sólo la integridad física y no la integridad moral de la persona agredida. A menudo, se observa una cierta tendencia de jueces y fiscales a restar gravedad a los hechos denunciados como amenazas, coacciones, injurias o lesiones, considerándoles faltas y no delitos.

A veces, las víctimas de discriminación han percibido que no se les ha tratado en comisarías y juzgados del modo adecuado, sobre todo por desconocimiento y falta de formación en Derecho Antidiscriminatorio, aunque tampoco faltan denuncias de tratos claramente inadecuados e incluso vejatorios, entre los que destacan, por su gravedad, los comportamientos de exceso o extralimitación policial. Mención específica merece dicha extralimitación respecto de vigilantes y guardas de seguridad privados, sobre todo en el ejercicio discriminatorio del derecho de reserva de admisión en establecimientos públicos.

Otro problema común es que los atestados policiales suelen ser incompletos y faltos de rigor. Se suelen describir las agresiones discriminatorias como una simple agresión más. La descripción de la motivación discriminatoria (a través de los datos que se deriven de las declaraciones de víctimas e implicados, y la recogida de vestigios como símbolos, anagramas, vestimenta o tatuajes de los presuntos autores) es crucial para la correcta calificación jurídico-penal de los hechos, sobre todo para la apreciación de la agravante de motivación racista o discriminatoria y también para la adopción de medidas cautelares, como la prisión provisional o la prohibición de acercamiento del autor a la víctima. Tampoco se profundiza en la averiguación de la posible pertenencia de los implicados a grupos organizados cuyo objetivo es la comisión de actos de violencia, odio y discriminación, impidiendo por ello introducir el delito de asociación ilícita.

Lógicamente, se trata de un diagnóstico que viene a incidir en la necesidad de que tanto los cuerpos y fuerzas de seguridad como los jueces y fiscales adquieran un mayor conocimiento, sensibilización e implicación en la persecución de este tipo de delitos. De hecho, se aprecia un insuficiente conocimiento del Derecho Antidiscriminatorio no sólo por parte de miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad, jueces, fiscales, sino también en los secretarios judiciales, forenses, funcionarios de la Administración penitenciaria y abogados, así como en vigilantes y guardias de empresas de seguridad privadas. Sería recomendable que la formación en igualdad de trato y no discriminación fuera obligatoria, tanto para acceder a estas funciones, como en los programas de formación inicial y permanente.

Mejor regulación penal

El catálogo de causas discriminatorias del art. 22.4 del Código Penal (CP) no guarda conexión sistemática con otros preceptos del Código relativos a conductas atentatorias del derecho fundamental a no sufrir discriminación; por ello, sería preciso establecer un catálogo unitario de causas discriminatorias común para todos los delitos de discriminación. En dicho catálogo, deberían introducirse ciertas formas nuevas de discriminación como la aporofobia (odio al pobre) o la transfobia, que hoy no aparecen como causa de circunstancia agravante. Yendo un poco más allá, hay una jurisprudencia vacilante sobre su aplicación en los supuestos de error en los que el sujeto comete el delito guiado por móviles discriminatorios y se equivoca con la condición de la víctima (por ejemplo, una agresión a una persona por ser homosexual, sin que en realidad lo sea). Podría ser interesante la alternativa de tipificar un nuevo delito “de odio”, que abarque todos aquellos actos o comportamientos (aislados o reiterados) de violencia gratuita ejecutada por móviles discriminatorios, con la finalidad de

humillar y vejar a la víctima, creando un sentimiento de terror, angustia o inferioridad, sin necesidad de referirnos a ningún catálogo concreto de causas ni de víctimas. El delito de provocación al odio, la violencia y la discriminación del art. 510 CP también debería ser modificado para evitar las dudas de interpretación en relación con el concepto de “provocación” (sería preferible emplear los términos más precisos de “promover” o “incitar”) y, asimismo, debería dejarse claro que el sujeto pasivo del delito no son sólo los colectivos, sino también las personas físicas, pertenezcan o no a tales grupos, siempre y cuando la motivación del delito sea la discriminación o el odio a su condición personal.

Otra idea interesante sería la de reformar el delito de discriminación en el ámbito laboral del art. 314 CP porque las condiciones actuales a las que se encuentra sometida su aplicación le convierten prácticamente en inservible²¹.

En cuanto a los delitos de denegación de prestaciones, bien de servicios públicos (art. 511 CP), bien de actividades profesionales o empresariales (art. 512 CP), habría que afinar su redacción porque el concepto de “prestación” plantea problemas de interpretación y debería ser más extenso para abarcar todo tipo de bienes, mercancías o servicios. La expresión “prestaciones a las que se tenga derecho” suscita problemas en muchos sectores profesionales y empresariales en los que no existe regulación alguna, dejando impune muchos casos de denegación de las mismas por motivos discriminatorios. Igualmente, sería interesante establecer una previsión específica para poder acordar en los delitos de los arts. 510 a 512 las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP, es decir, la posibilidad de poder clausurar, disolver o suspender empresas, locales o establecimientos, así como sociedades, asociaciones o fundaciones y prohibir realizar en el futuro actividades, operaciones o negocios en cuyo ejercicio se hayan cometido, favorecido o encubierto los mencionados delitos. Un hecho que pone de manifiesto el carácter perentorio de esta medida es que la librería “Europa” de Barcelona, a pesar de tener una condena firme y otras imputaciones de la Fiscalía pendientes de juicio por delitos de provocación al odio, la violencia o la discriminación del art. 510 CP, no ha podido ser clausurada. En ella siguen celebrándose conferencias de la extrema derecha europea, del Ku Kux Klan, y siguen vendiéndose libros que justifican el holocausto nazi.

21 En efecto, en la actualidad para poder aplicar el tipo penal se requiere la concurrencia simultánea de cinco requisitos: (1º) un acto de discriminación laboral; (2º) la presencia de uno de los móviles descritos en la Ley (que no abarca, por cierto, todas las formas de discriminación); (3º) una intervención previa de la administración con un requerimiento o sanción al empleador; (4º) que el empleador no haya restablecido las condiciones de igualdad ante la ley tras el requerimiento por parte de la Administración y (5º) que tampoco repare los daños económicos causados.

Por último, en los delitos de genocidio del art. 607 y de lesa humanidad del art. 607 bis deberían incluirse otros grupos susceptibles de exterminio o ataque generalizado, como lo son las personas por razón de su orientación sexual o su identidad de género.

Falta de respuesta ante nuevas formas de ataque a la igualdad de trato

Están creciendo, por ejemplo, los grupos y organizaciones que se constituyen con la finalidad de propagar discursos de odio, violencia y discriminación, muchos de ellos aprovechándose de las nuevas posibilidades que les abre Internet, en especial las redes de comunicación social tipo Facebook. Podría decirse que empieza a haber un nuevo “fascismo 2.0”. No hay, sin embargo, unidades especializadas de la policía, como sí las hay, con éxito, para la pornografía infantil en la red o los fraudes económicos. Sería deseable, en este sentido, la creación de tales unidades especializadas. Podría pensarse, además, en otorgar al juez la potestad de acordar cautelarmente la instrucción o bloqueo de páginas web, blogs, correos masivos, etc. con incitación al odio o la discriminación, además de prever la posibilidad de imponer dicha medida como pena o consecuencia accesoria en el Código Penal.

Posibilidad de crear la Fiscalía Especial contra los delitos de odio y discriminación

Sería especialmente interesante y oportuna su creación por las siguientes razones, además de las ya expuestas: (1ª) Otras fiscalías especializadas han resultado extraordinariamente eficaces en su campo. (2ª) Diversas entidades que trabajan en el ámbito de la prevención y lucha contra la discriminación lo vienen reclamando. (3ª) La creciente complejidad de la investigación de los delitos de odio y discriminación como consecuencia de la proliferación en Internet de materiales racistas, xenófobos, homofóbicos, etc., así como por la actividad de diversos grupos o tribus urbanas peligrosas en este sentido.

6

Referencias

AI (Amnistía Internacional) (2009): *Informe 2009 Amnistía Internacional. El estado de los Derechos Humanos en el mundo*. Editorial Amnistía Internacional.

<http://thereport.amnesty.org/sites/report2009.amnesty.org/files/documents/air09-es.pdf> (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

AUEDF (Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales) (2009): *Annual Report 2009*.

http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-AnnualReport09_en.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

Bell, Mark; Chopin, Isabelle y Palmer, Fiona Palmer (2007): *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*, Dirección General para el Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea en julio de 2007.

http://www.google.es/url?sa=t&source=web&ct=res&cd=1&ved=0CAkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D2012%26langId%3Den&rct=j&q=Developing+Anti-Discrimination+Law+in+Europe%2C&ei=GGbZS_XNoL5-AakxeTYDQ&usq=AFQjCNELmwSc1ztW9r0x3DIB7M5qqsHYA (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

BMFSFJ (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend), (2003): *Betriebswirtschaftliche Effekte familienfreundlicher Maßnahmen*.

<http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Betriebswirtschaftliche-Effekte.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf> (Fecha de acceso: 28 abril de 2010).

CE (Comisión Europea) (2009.A): *Eurobarómetro sobre Discriminación en la Unión Europea, especial 317*.

http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_317_en.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

CE (Comisión Europea) (2009.B): *International perspective on positive action measures. A comparative analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa*.

<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2723&langId=en> (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010)

CE (Comisión Europea) (2005): *The Business case for Diversity. Good Practices in the Work Place, 2005*.

<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1428&langId=en>. (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

Cea D'Ancona, M^a Ángeles y Valles Martínez, Miguel S.(2009): *Evolución del racismo y la xenofobia en España [Informe 2009]*, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Ministerio de Trabajo e Inmigración.

<http://www.oberaxe.es/files/datos/4b26574eb2f66/Informe2009.pdf> (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

CEMR (Centro de Estudios sobre Migraciones y Racismo) (2008): *Actitudes ante la Inmigración y Cambio de Valores*.

http://www.gitanos.org/upload/97/08/Racismo_Ante_la_Inmigracion_Encuestas_Escolares_1986-2008_.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

CSES (Centre for Strategy & Evaluation Services) (2005) *European Business Test Panel*

http://ec.europa.eu/yourvoice/ebtp/evaluation/report-2008_en.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

COGAM (Colectivo de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales de Madrid) (2006): *Comisión de Educación: Homofobia en el sistema educativo español*.

http://www.cogam.org/cogam/archivos/1437_es_Homofobia%20en%20el%20Sistema%20Educativo%202005.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

DTI (Department of Trade and Industry) (2003): *Business case for diversity and equality*, Women & Equality Unit.

http://www.intellectuk.org/component/option,com_docman/task,doc_download/gid,252/ (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

ECRI (Comisión del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (1997): *Recomendación n° 2 de política general de la ECRI: los órganos especializados en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel nacional*.

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N2/REC2-1997-36-ESP.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

ECRI (Comisión del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (2002): *General Policy Recommendation N°7: National legislation to combat racism and racial discrimination*. 13 de Diciembre de 2002.

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

FSG (Fundación Secretariado Gitano) (2009): *Discriminación y comunidad gitana. Informe anual FSG*.

<http://www.gitanos.org/publicaciones/discriminacion06/informe.pdf> (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

Gallofre, Guillem; Generelo, Jesús y Pichardo, José Ignacio (2006): *Adolescencia y Sexualidades minoritarias*. COGAM/Ed. Alcalá (Alcalá, C. Real, 2006). Se puede acceder al resumen de este estudio cualitativo en:

<http://www.cogam.org/secciones/educacion/documentos-sin-orden/i/24720/154/adolescencia-y-sexualidades-minoritarias-voces-desde-la-exclusion>. (Fecha de acceso: 7 de mayo de 2010).

Garchitorena González, Marta (2009): *Informe Jóvenes LGTB*, (FELGTB Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales) con subvención del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<http://www.felgtb.org/files/docs/1792078d307b.pdf> (Fecha de acceso: 7 de mayo de 2010).

Holtmaat, Rikki (2006): *Catalyst for Change? Equality bodies, according to Directive 2000/43/EC –existence, independence and effectiveness*. Dirección General para el Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea.

http://www.non-discrimination.net/content/media/Catalysts%20for%20Change_en.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

INJUVE (Instituto de la Juventud) (2008): *Jóvenes e Inmigración. Sondeo de opinión y situación de la gente joven*.

<http://www.injuve.migualdad.es/injuve/contenidos.item.action?id=725399650> (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

Jacobsen, Dilou y Rosenberg, E.O. (2006): *Legal assistance to individuals powers and procedures of effective and strategic individual enforcement*, en Strategic enforcement Powers and competences of equality bodies, Equinet.

http://www.equineteurope.org/2204_EQUNET_REPORT_JAN_2006.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

Merkel, Wolfgang (2009): *Inclusión y diversidad: ¿repensar la democracia*. Fundación Ideas para el Progreso.

http://fundacionideas.es/sites/default/files/pdf/Merkel_Inclusion_y_diversidad_Repensar_la_democracia_castellano.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

MCI (Movimiento contra la Intolerancia) (2009): *Informe Raxen. Crisis Económica, Xenofobia y Neofascismo en España*.

<http://www.movimientocontralaintolerancia.com/download/raxen/especial2009/RAXENespecial09.zip> (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

OEC (Observatorio Estatal de la Convivencia) (2008): *Estudio estatal sobre la convivencia escolar en la Educación Secundaria Obligatoria*.

<http://www.csi-csif.es/ense/modules/debatedigital/003304.pdf> (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

OEP (Oficina Económica del Presidente) (2006): *Inmigración y economía española. 1996-2006*.

<http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/0A0CB2F0-97AB-4F7D-8915-136A678022AE/78629/Resumen.pdf> (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

PE (Parlamento Europeo). Comisión de Empleo y Asuntos Sociales (2008): *Informe sobre los progresos realizados respecto a la igualdad de oportunidades y la no discriminación en la Unión Europea*.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2008-0159&language=ES&mode=XML> (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

Pettit, P (2009): *Programa para una política progresista: nota para el debate*. Fundación Ideas para el Progreso.

http://fundacionideas.es/sites/default/files/pdf/Pettit_Programa_para_una_politica_progresista_castellano.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

Pichardo, José Ignacio; Molinuevo, Belén; Rodríguez, Pedro; Martín, Nuria y Romero, Marta (2007): Actitudes ante la diversidad sexual de la población adolescente de Coslada (Madrid) y San Bartolomé de Tirajana (Gran Canaria). FELGTB (Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales).

<http://www.felgtb.org/files/docs/8f89dbfd6b16.pdf>. (Fecha de acceso: 7 de mayo de 2010).

WLW (Women's Link Worldwide) (2007): *Acción contra la discriminación*. ACODI, 2007.

http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_pubs/es_pub_acodi_intro_toc.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

Yesilkagit, Kutsal (2008): *Equality Bodies and Practices of Independence*, Universidad de Utrecht, Equinet.

http://www.equineteurope.org/practices_of_independence_to_print_1.pdf (Fecha de acceso: 28 de abril de 2010).

Anexo 1

Legislación utilizada

Legislación internacional

A. Directivas

1. Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.
2. Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
3. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
4. Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.
5. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de Julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).
6. Propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 2 de julio de 2008 sobre la protección contra la discriminación por motivos de edad, discapacidad, orientación sexual y religión o convicciones fuera del lugar de trabajo.

7. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008, para modificar la Directiva 92/85/EEC del Consejo relativa a la introducción de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz recientemente en el ámbito laboral.

B. Reglamentos y recomendaciones

1. Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad Europea.
2. Recomendación nº 2 (ECRI) contra el racismo y la intolerancia, del 13 de junio de 1997.
3. Recomendación nº 7 (ECRI) contra el racismo y la intolerancia, del 13 de diciembre de 2002.

C. Tratados y Convenios

1. Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Roma 1957.
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entrado en vigor el 23 de marzo de 1976.
3. Tratado de la Unión Europea, Maastricht, 1992.
4. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000/C 364/01.
5. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo nº 11, completado por los Protocolos nº 1 y 6, septiembre de 2003.
6. Comunicación nº 1493/2006 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 17 de agosto de 2009.

Legislación española

1. BOE 010 12.01.2000: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre.
2. BOE 26.03.2002: Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.
3. BOE 289 de 03/12/2003: Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

4. BOE 313 de 31.12.2003: Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.
5. BOE 13.12.2006: Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.
6. BOE 71 de 23.03.2007: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Anexo 2

Cuadro de Sentencias utilizadas del Tribunal Constitucional (STC)

Sentencia	Sala y fecha	Recurso	Publicado
STC 128/1987	2ª, 16.07.1987	R.A 1123/1985	BOE 191 - 1987
STC 269/1994	1ª, 03.10.1994	R.A. 3170/1993	BOE 267 -1994
STC 13/2001	2ª, 29.01.2001	R.A. 490/1997	BOE 52 - 2001
STC 199/2004	2ª, 14.11.2004	R.A. 2365-2002	BOE 306 -2004
STC 41/2006	2ª, 13.02.2006	R.A. 5038-2003	BOE 125-2006
STC 69/2007	1ª, 16.04.2007	R.A. 7084/ 2002	BOE 123 - 2007
STC 12/2008	Pleno. 29.01.2008	R.I 4069/2007	BOE 52 -2008
STC 59/2008	Pleno, 14.05.2008	R.I. 5939-2005	BOE 135-2008
STC 62/2008	1ª, 26.05.2008	R.A 3912-2005	BOE 154- 2008
STC 176/2008	1ª, 22.12.2008	R.A. 4595-2005	BOE 21-2009
STC 13/2009	Pleno, 13.01.2009	R.I. 4057-2005	BOE 38-2008

Fuente: elaboración propia

Anexo 3

Cuadro de Sentencias utilizadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Asunto	Fecha	Interpretación	Partes
C-450/93	17.10.1995	Directiva 76/207	Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen
C-409/95	11.11.1997	Directiva 76/207/CEE	Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen
C-303/06	17.07.2008	Directiva 2000/78/CE	Employment Tribunal (R.U.) c. S. Coleman

Fuente: elaboración propia

Anexo 4

Cuadro de Sentencias utilizadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Asunto	Fecha	Interpretación	Partes
49151/07	08.12.2009	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	Muñoz Díaz c. España

Fuente: elaboración propia

Documentos de trabajo publicados

1/2009. ¿Cómo votan los españoles en las elecciones europeas?

Antonio Estella y Ksenija Pavlovic

2/2009. ¿Por qué es necesario limitar las retribuciones de los ejecutivos? Recomendaciones para el caso de España. Carlos Mulas-Granados y Gustavo Nombela

3/2009. El Tratado de Lisboa. Valores progresistas, gobernanza económica y presidencia española de la Unión Europea. Daniel Sarmiento



Fernando Rey Martínez y David Giménez Glück (coordinadores)

POR LA DIVERSIDAD, CONTRA LA DISCRIMINACIÓN
LA IGUALDAD DE TRATO EN ESPAÑA: HECHOS, GARANTÍAS, PERSPECTIVAS