

**ANÁLISIS COMPARADO DEL DERECHO
ANTIDISCRIMINATORIO EN EUROPA:
PERSPECTIVAS PARA SU
IMPLEMENTACIÓN EN ESPAÑA**

Autores:

Fernando Rey Martínez (director)

Noemí Serrano Argüello

Camino Vidal Fueyo

Índice

	pág.
I.- INTRODUCCIÓN GENERAL.....	9
PARTE I: LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN A LAS LEYES NACIONALES.....	11
Un estudio de ocho países comunitarios.....	11
I.- INTRODUCCIÓN	13
ALEMANIA	21
Ley de 14 de agosto de 2006, por la que se aplican las Directivas europeas para el establecimiento del principio de igualdad de trato	21
I.- Introducción.....	21
II.- Estructura de la Ley.....	21
III.- Motivos de discriminación.....	22
IV.- Definiciones.....	22
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	23
1.- EMPLEO PRIVADO	24
2.- EMPLEO PÚBLICO	28
3.- ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL	29
VI.- Medidas de acción positiva.....	31
VII.- Organismo de igualdad	32
1.- Organización:.....	32
Composición y Estatuto de sus Miembros	32
2.- Autonomía	33
3.- Competencia(s).....	33
3.1.- Asistencia-asesoramiento a las víctimas	34
3.2.- Otras funciones	34
3.3.- Colaboración con organizaciones e instituciones para la prevención y defensa contra la discriminación.....	35
4.- Consejo Consultivo	35
5.- Encaje de la Oficina con el procedimiento judicial.....	36
6.- Presupuesto.....	37
VIII.- Otros aspectos de interés	37
BÉLGICA	39
Ley de 10 de mayo de 2007, contra ciertas formas de discriminación (bs 30 v 07).	39
I. Introducción	39
II. Estructura de la Ley	39
III.- Motivos de discriminación.....	40
IV. Definiciones	41

V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	44
1.- APLICACIÓN GENERAL	44
2.- EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA	45
V.- Excepciones o causas justificativas de las distinciones	46
VI.- Medidas de acción positiva.....	49
VII.- Organismo de igualdad	49
1.- Competencia(s)	50
VIII.- Procedimientos de protección.....	51
IX.- Ámbito penal.....	54
 BULGARIA.....	 57
 Ley de protección contra la discriminación de 30 de septiembre de 2003.	 57
I.- Introducción.....	57
II.- Estructura de la Ley	58
III.- Motivos de discriminación.....	60
IV.- Definiciones.....	61
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	64
1.- PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO.....	64
2.- PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y A LA FORMACIÓN	68
3.- PROTECCIÓN DE OTROS DERECHOS	69
4.- EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA LEY	70
VI.- Medidas de acción positiva.....	73
VII.- Organismo de igualdad	74
1.- Organización	74
Composición y Estatuto de sus Miembros	74
2.- Autonomía	75
3.- Competencia(s)	75
3.1- Funcionamiento	77
3.2.- Asistencia-asesoramiento a las víctimas	79
3.3.- Implantación de concretas medidas administrativas y multas frente a las acciones discriminatorias.....	81
4.- Informe de actividad de la Comisión.....	83
5.- Encaje del organismo con el procedimiento judicial	83
6.- Presupuesto.....	85
VIII.- Otros aspectos de interés	85
 FRANCIA.....	 87
 Ley nº 2006-396, de 31 de marzo de 2006, de Igualdad de Oportunidades y Ley nº 2004-1486, de 30 de diciembre de 2004, por la que se establece la Alta Autoridad para la lucha contra la Discriminación y en favor de la Igualdad.....	 87
I.- Introducción.....	87
II.- Estructura de la Ley	88
III.- Motivos de discriminación.....	89
IV.- Definiciones.....	89
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	90

1.- EMPLEO JUVENIL.....	90
2.- PERIFERIA URBANA, MARGINACIÓN Y DESEMPLEO.....	92
3.- COHESIÓN SOCIAL Y MEDIOS AUDIVISIOSALES	93
VI.- Medidas de acción positiva.....	93
VII.- Organismo de igualdad	95
1.- Competencias	95
2.- Informe anual.....	97
3.- Organización	97
4.- Presupuesto.....	98
VIII.- Procedimientos de protección y tutela	99
 ITALIA	 105
Decreto legislativo nº 215, de 9 de julio de 2003, para la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente de raza y origen étnico.	105
I.- Introducción.....	105
II.- Estructura de la Ley.....	105
III.- Motivos de discriminación.....	106
IV.- Definiciones.....	106
V.- Ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación.....	107
VI.- Excepciones o causas justificativas de las distinciones.....	108
VII.- Medidas de acción positiva	108
VIII.- Organismo de igualdad	109
1.- Competencias	109
IX.- Procedimientos de protección.....	111
 Decreto legislativo nº 216, de 9 de julio de 2003, para la aplicación de la Directiva sobre no discriminación en el empleo.....	 112
I.- Introducción.....	112
II.- Estructura de la ley	113
III.- Motivos de discriminación.....	113
IV.- Definiciones.....	113
V.- Ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación.....	114
VI.- Organismo de igualdad.....	115
VII.- Procedimientos de protección.....	115
 PAÍSES BAJOS.....	 117
 La Ley, de 2 de marzo de 2004, de igualdad de trato	 118
I.- Estructura de la Ley	118
II.- Motivos de discriminación	118
III.- Definiciones	119
IV.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	119
1.- EMPLEO Y PROFESIONES.....	119
2.- ÁMBITO SOCIO-ECONÓMICO.....	121
3.- EXCLUSIONES GENERALES O CAUSAS JUSTIFICATIVAS PARA LA DIFERENCIA DE TRATO.....	123
V.- Medidas de acción positiva	124

VI.- Instrumentos de protección frente a la discriminación	124
VII.- Organismo de igualdad	125
1.- Organización	126
Composición y Estatuto de sus Miembros	126
2.- Autonomía	127
3.- Competencia	127
3.1.- Asistencia a las víctimas	128
3.2.- Otras funciones	130
3.3.- Colaboración de las instituciones públicas y de terceros para la resolución de los asuntos que conoce la Comisión.....	131
4.- Encaje de la CGB con el procedimiento judicial	131
5.- Presupuesto.....	132
 La Ley, de mayo de 2002, de igualdad de trato en el empleo por razón de edad.	132
I.- Introducción.....	132
II.- Estructura de la Ley.....	133
III.- Motivos de discriminación.....	133
IV.- Definiciones.....	133
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación	133
1.- EMPLEO	133
2.- EXCEPCIONES O CAUSAS JUSTIFICATIVAS DE LA DIFERENCIA DE TRATO.....	134
V.- Medidas de acción positiva	136
VI.- Organismo de igualdad.....	136
VII. Protección y tutela legal	137
 La Ley, de 3 de abril de 2003, de igualdad de trato para los discapacitados y los enfermos crónicos.	138
I.- Estructura de la Ley	138
II.- Motivos de discriminación	139
III.- Definiciones	139
IV.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	139
1.- EMPLEO	139
2.- FORMACIÓN PROFESIONAL	140
3.- TRANSPORTE	140
4.- EXCEPCIONES O JUSTIFICACIONES A LA DIFERENCIA DE TRATO	141
V.- Medidas de acción positiva	142
VI.- Organismo de igualdad.....	142
VII.- Protección y tutela legal	143
 REINO UNIDO	145
 Ley de igualdad de 2006 (c. 3).	145
I.- Introducción.....	145
II.- Estructura de la Ley	147
III.- Motivos de discriminación.....	149
IV.- Definiciones.....	150

V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación en relación con los motivos abordados.....	153
1.- RELIGIÓN Y CREENCIAS	154
2.- ORIENTACIÓN SEXUAL	160
3.- DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO PÚBLICO	161
4.- OTROS MOTIVOS: DISCAPACIDAD Y RAZA	162
VI.- Medidas de acción positiva.....	162
VII.- Organismo de igualdad	163
1.- Organización:.....	163
Composición y Estatuto de sus Miembros	163
2.- Autonomía	165
3.- Competencia(s).....	166
Funcionamiento.....	168
3.1.- Procedimiento de actuación de la Comisión	170
3.2.- Asistencia-asesoramiento a las víctimas	172
3.3.- Otras funciones	174
3.4.-. Análisis del cumplimiento de las obligaciones de igualdad por parte del sector público.....	175
4.- Informe anual	176
5.- Solución de controversias a través de servicios de conciliación	177
6.- Encaje de la CEHR con el procedimiento judicial	177
7.- Presupuesto.....	179
SUECIA	181
Ley de Discriminación (2008:567).....	181
I.- Introducción.....	181
II.- Estructura de la Ley.....	182
III.- Motivos de discriminación.....	182
IV.- Definiciones.....	182
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación	184
1.- ÁMBITO LABORAL	184
2.- ÁMBITO EDUCATIVO	187
3.- INICIO Y DESARROLLO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS, Y LICENCIAS PROFESIONALES	187
4.- AFILIACIÓN A DETERMINADAS ORGANIZACIONES	187
5.- MERCANCÍAS, SERVICIOS, VIVIENDAS, ETC.....	188
6.- ASISTENCIA MÉDICA Y SANITARIA, SERVICIOS SOCIALES, Y OTROS BENEFICIOS	188
7.- SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, SEGURO DE DESEMPLEO Y AYUDAS DE ESTUDIOS	188
8.- SERVICIO MILITAR Y SERVICIO CIVIL DE DEFENSA.....	189
VI.- Medidas de acción positiva.....	189
VII.- Medidas activas.....	190
VIII.- Organismo de igualdad	192
1.- El Defensor contra la Discriminación.....	193

A) Obligación de información:.....	193
B) Sanciones	193
C) Prohibición de recurso de apelación.....	194
2.- El Comité contra la Discriminación	194
3.- El Comité de apelación para la Educación Universitaria.....	194
IX.- Procedimientos de protección y tutela	194
1. Procedimientos administrativos.....	194
2. Procedimientos judiciales.....	196
X.- Indemnizaciones y nulidad de cláusulas contractuales.....	196
PARTE II: ANÁLISIS COMPARADO.....	199
I.- Introducción.....	201
II.- Los factores, criterios o rasgos de discriminación.....	205
a) Origen racial o étnico.....	207
b) Religión o creencia.....	211
c) Discapacidad.....	211
d) Orientación sexual.....	212
e) Edad.....	212
f) Género.....	212
g) Otros rasgos	213
III.- Definiciones de la discriminación	215
IV.- Ámbitos de aplicación personal y material de las legislaciones antidiscriminatorias.....	223
A) Ámbito personal	223
B) Ámbito material.....	225
C) Excepciones al principio de igualdad de trato	226
V.- Garantías	231
A) Procedimientos judiciales y administrativos.	231
B) Legitimación procesal de asociaciones.....	232
C) Carga de la prueba.....	233
D) Protección frente a represalias.....	233
E) Sanciones	234
VI.- Garantías institucionales: los organismos de igualdad	238
A) Introducción. Situación general de los organismos de igualdad en Europa y requerimientos normativos sobre su organización y funcionamiento.	238
B) La función de asistencia a las víctimas.	247
C) Las funciones de conducir investigaciones independientes sobre la discriminación y de emitir recomendaciones e informes.	255
D) Otras competencias	256
I.- INTRODUCCIÓN GENERAL.....	15
PARTE I: LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN A LAS LEYES NACIONALES.....	17
Un estudio de ocho países comunitarios.....	17

I.- INTRODUCCIÓN	19
ALEMANIA	27
Ley de 14 de agosto de 2006, por la que se aplican las Directivas europeas para el establecimiento del principio de igualdad de trato	27
I.- Introducción.....	27
II.- Estructura de la Ley.....	27
III.- Motivos de discriminación.....	28
IV.- Definiciones.....	28
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	29
1.- EMPLEO PRIVADO	30
2.- EMPLEO PÚBLICO	34
3.- ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL.....	35
VI.- Medidas de acción positiva.....	37
VII.- Organismo de igualdad	38
1.- Organización:.....	38
Composición y Estatuto de sus Miembros	38
2.- Autonomía	39
3.- Competencia(s).....	39
3.1.- Asistencia-asesoramiento a las víctimas	40
3.2.- Otras funciones	40
3.3.- Colaboración con organizaciones e instituciones para la prevención y defensa contra la discriminación	41
4.- Consejo Consultivo	41
5.- Encaje de la Oficina con el procedimiento judicial	42
6.- Presupuesto.....	43
VIII.- Otros aspectos de interés	43
BÉLGICA	45
Ley de 10 de mayo de 2007, contra ciertas formas de discriminación (bs 30 v 07).	45
I. Introducción	45
II. Estructura de la Ley	45
III.- Motivos de discriminación.....	46
IV. Definiciones	47
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	50
1.- APLICACIÓN GENERAL	50
2.- EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA	51
V.- Excepciones o causas justificativas de las distinciones	52
VI.- Medidas de acción positiva.....	55
VII.- Organismo de igualdad	55
1.- Competencia(s).....	56
VIII.- Procedimientos de protección.....	57
IX.- Ámbito penal.....	60
BULGARIA.....	63
Ley de protección contra la discriminación de 30 de septiembre de 2003.	63
Modificada por Ley de 22 de agosto de 2006.....	63
I.- Introducción.....	63
II.- Estructura de la Ley.....	64
III.- Motivos de discriminación.....	66

IV.- Definiciones.....	67
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	70
1.- PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO.....	70
2.- PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y A LA FORMACIÓN.....	74
3.- PROTECCIÓN DE OTROS DERECHOS.....	75
4.- EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA LEY.....	76
VI.- Medidas de acción positiva.....	79
VII.- Organismo de igualdad.....	80
1.- Organización.....	80
Composición y Estatuto de sus Miembros.....	80
2.- Autonomía.....	81
3.- Competencia(s).....	81
3.1- Funcionamiento.....	83
3.2.- Asistencia-asesoramiento a las víctimas.....	85
3.3.- Implantación de concretas medidas administrativas y multas frente a las acciones discriminatorias.....	87
4.- Informe de actividad de la Comisión.....	89
5.- Encaje del organismo con el procedimiento judicial.....	89
6.- Presupuesto.....	91
VIII.- Otros aspectos de interés.....	91
FRANCIA.....	93
Ley nº 2006-396, de 31 de marzo de 2006, de Igualdad de Oportunidades y Ley nº 2004-1486, de 30 de diciembre de 2004, por la que se establece la Alta Autoridad para la lucha contra la Discriminación y en favor de la Igualdad.....	93
I.- Introducción.....	93
II.- Estructura de la Ley.....	94
III.- Motivos de discriminación.....	95
IV.- Definiciones.....	95
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	96
1.- EMPLEO JUVENIL.....	96
2.- PERIFERIA URBANA, MARGINACIÓN Y DESEMPLEO.....	98
3.- COHESIÓN SOCIAL Y MEDIOS AUDIVISIOSALES.....	99
VI.- Medidas de acción positiva.....	99
VII.- Organismo de igualdad.....	101
1.- Competencias.....	101
2.- Informe anual.....	103
3.- Organización.....	103
4.- Presupuesto.....	104
VIII.- Procedimientos de protección y tutela.....	105
ITALIA.....	111
Decreto Legislativo nº 215, de 9 de julio de 2003 y Decreto Legislativo nº 216, de 9 de julio de 2003.....	111
Decreto legislativo nº 215, de 9 de julio de 2003, para la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente de raza y origen étnico.....	111
I.- Introducción.....	111
II.- Estructura de la Ley.....	111
III.- Motivos de discriminación.....	112

IV.- Definiciones.....	112
V.- Ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación.....	113
VI.- Excepciones o causas justificativas de las distinciones.....	114
VII.- Medidas de acción positiva	114
VIII.- Organismo de igualdad	115
1.- Competencias	115
IX.- Procedimientos de protección.....	117
Decreto legislativo nº 216, de 9 de julio de 2003, para la aplicación de la Directiva sobre no discriminación en el empleo.....	118
I.- Introducción.....	118
II.- Estructura de la ley	119
III.- Motivos de discriminación.....	119
IV.- Definiciones.....	119
V.- Ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación.....	120
VI.- Organismo de igualdad.....	121
VII.- Procedimientos de protección.....	121
PAÍSES BAJOS	123
La Ley, de 2 de marzo de 2004, de igualdad de trato (modificada el 9 de septiembre de 2004).....	124
I.- Estructura de la Ley	124
II.- Motivos de discriminación	124
III.- Definiciones	125
IV.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	125
1.- EMPLEO Y PROFESIONES	125
2.- ÁMBITO SOCIO-ECONÓMICO.....	127
3.- EXCLUSIONES GENERALES O CAUSAS JUSTIFICATIVAS PARA LA DIFERENCIA DE TRATO.....	129
V.- Medidas de acción positiva	130
VI.- Instrumentos de protección frente a la discriminación	130
VII.- Organismo de igualdad	131
1.- Organización	132
Composición y Estatuto de sus Miembros	132
2.- Autonomía	133
3.- Competencia	133
3.1.- Asistencia a las víctimas	134
3.2.- Otras funciones	136
3.3.- Colaboración de las instituciones públicas y de terceros para la resolución de los asuntos que conoce la Comisión.....	137
4.- Encaje de la CGB con el procedimiento judicial	137
5.- Presupuesto.....	138
La Ley, de mayo de 2002, de igualdad de trato en el empleo por razón de edad. 138	
I.- Introducción.....	138
II.- Estructura de la Ley.....	139
III.- Motivos de discriminación.....	139
IV.- Definiciones.....	139
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	139
1.- EMPLEO	139

2.- EXCEPCIONES O CAUSAS JUSTIFICATIVAS DE LA DIFERENCIA DE TRATO.....	140
V.- Medidas de acción positiva.....	142
VI.- Organismo de igualdad.....	142
VII. Protección y tutela legal.....	143
La Ley, de 3 de abril de 2003, de igualdad de trato para los discapacitados y los enfermos crónicos.....	144
I.- Estructura de la Ley.....	144
II.- Motivos de discriminación.....	145
III.- Definiciones.....	145
IV.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	145
1.- EMPLEO.....	145
2.- FORMACIÓN PROFESIONAL.....	146
3.- TRANSPORTE.....	146
4.- EXCEPCIONES O JUSTIFICACIONES A LA DIFERENCIA DE TRATO.....	147
V.- Medidas de acción positiva.....	148
VI.- Organismo de igualdad.....	148
VII.- Protección y tutela legal.....	149
REINO UNIDO.....	151
Ley de igualdad de 2006 (c. 3)......	151
I.- Introducción.....	151
II.- Estructura de la Ley.....	153
III.- Motivos de discriminación.....	155
IV.- Definiciones.....	156
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación en relación con los motivos abordados.....	159
1.- RELIGIÓN Y CREENCIAS.....	160
2.- ORIENTACIÓN SEXUAL.....	166
3.- DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO PÚBLICO.....	167
4.- OTROS MOTIVOS: DISCAPACIDAD Y RAZA.....	168
VI.- Medidas de acción positiva.....	168
VII.- Organismo de igualdad.....	169
1.- Organización:.....	169
Composición y Estatuto de sus Miembros.....	169
2.- Autonomía.....	171
3.- Competencia(s).....	172
Funcionamiento.....	174
3.1.- Procedimiento de actuación de la Comisión.....	176
3.2.- Asistencia-asesoramiento a las víctimas.....	178
3.3.- Otras funciones.....	180
3.4.-. Análisis del cumplimiento de las obligaciones de igualdad por parte del sector público.....	181
4.- Informe anual.....	182
5.- Solución de controversias a través de servicios de conciliación.....	183
6.- Encaje de la CEHR con el procedimiento judicial.....	183

7.- Presupuesto.....	185
SUECIA.....	187
Ley de Discriminación (2008:567).....	187
I.- Introducción.....	187
II.- Estructura de la Ley.....	188
III.- Motivos de discriminación.....	188
IV.- Definiciones.....	188
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	190
1.- ÁMBITO LABORAL.....	190
2.- ÁMBITO EDUCATIVO.....	193
3.- INICIO Y DESARROLLO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS, Y LICENCIAS PROFESIONALES.....	193
4.- AFILIACIÓN A DETERMINADAS ORGANIZACIONES.....	193
5.- MERCANCÍAS, SERVICIOS, VIVIENDAS, ETC.....	194
6.- ASISTENCIA MÉDICA Y SANITARIA, SERVICIOS SOCIALES, Y OTROS BENEFICIOS.....	194
7.- SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, SEGURO DE DESEMPLEO Y AYUDAS DE ESTUDIOS.....	194
8.- SERVICIO MILITAR Y SERVICIO CIVIL DE DEFENSA.....	195
VI.- Medidas de acción positiva.....	195
VII.- Medidas activas.....	196
VIII.- Organismo de igualdad.....	198
1.- El Defensor contra la Discriminación.....	199
A) Obligación de información:.....	199
B) Sanciones.....	199
C) Prohibición de recurso de apelación.....	200
2.- El Comité contra la Discriminación.....	200
3.- El Comité de apelación para la Educación Universitaria.....	200
IX.- Procedimientos de protección y tutela.....	200
1. Procedimientos administrativos.....	200
2. Procedimientos judiciales.....	202
X.- Indemnizaciones y nulidad de cláusulas contractuales.....	202
PARTE II: ANÁLISIS COMPARADO.....	205
I.- Introducción.....	207
II.- Los factores, criterios o rasgos de discriminación.....	211
a) Origen racial o étnico.....	213
b) Religión o creencia.....	217
c) Discapacidad.....	217
d) Orientación sexual.....	218
e) Edad.....	218
f) Género.....	218
g) Otros rasgos.....	219
III.- Definiciones de la discriminación.....	221
IV.- Ámbitos de aplicación personal y material de las legislaciones antidiscriminatorias.....	229
A) Ámbito personal.....	229
B) Ámbito material.....	231
C) Excepciones al principio de igualdad de trato.....	232

V.- Garantías	237
A) Procedimientos judiciales y administrativos.	237
B) Legitimación procesal de asociaciones.....	238
C) Carga de la prueba.....	239
D) Protección frente a represalias.....	239
E) Sanciones	240
VI.- Garantías institucionales: los organismos de igualdad ^{45F}	244
A) Introducción. Situación general de los organismos de igualdad en Europa y requerimientos normativos sobre su organización y funcionamiento.	244
B) La función de asistencia a las víctimas.	253
C) Las funciones de conducir investigaciones independientes sobre la discriminación y de emitir recomendaciones e informes.	261
D) Otras competencias	262

I.- INTRODUCCIÓN GENERAL

El presente texto tiene por objetivo ofrecer, a solicitud del Ministerio de Igualdad, un marco de análisis comparativo del Derecho Antidiscriminatorio en la Unión Europea y, de modo particular, en algunos de los principales países de referencia. El objeto de estudio es, por tanto, el Diagnóstico completo del actual marco normativo europeo, en materia de lucha contra la discriminación por razón de raza o etnia, origen nacional, religión o creencias, orientación sexual, identidad sexual, edad y discapacidad, con consideración de modo particular a la creación del organismo de igualdad al que se refiere el Derecho de la Unión Europea, y su encaje más adecuado con entidades ya creadas.

En la primera parte del estudio se expone la reciente legislación de transposición del Derecho de la Unión Europea contra la discriminación de ocho Estados: Alemania, Bélgica, Bulgaria, Francia, Italia, Países Bajos, Reino Unido y Suecia¹. En la segunda, se lleva a cabo un análisis comparativo de esta normativa, haciendo especial hincapié en los aspectos de interés que pudieran ser tenidos en cuenta por el legislador español en el momento de elaborar su nueva Ley de garantías de la igualdad de trato y de oportunidades².

¹ Esta parte del estudio ha sido redactada por las profesoras Noemí Serrano Argüello, profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valladolid y Camino Vidal Fueyo, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Burgos.

² Capítulo elaborado por Fernando Rey Martínez, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, que también ha escrito la introducción a la parte primera.

**PARTE I: LA TRANSPOSICIÓN DE LAS
DIRECTIVAS COMUNITARIAS CONTRA LA
DISCRIMINACIÓN A LAS LEYES
NACIONALES.**

Un estudio de ocho países comunitarios.

I.- INTRODUCCIÓN

Se analizan a continuación las recientes Leyes contra la discriminación de ocho Estados: Alemania, Bélgica, Bulgaria, Francia, Holanda, Italia, Reino Unido y Suecia. La primera pregunta que cabría formular es: ¿por qué se han elegido precisamente estos países y no otros? Lo cierto es que la mayoría de países miembros de la Unión Europea (pero también otros, bajo su inspiración, como, por ejemplo, Noruega) se han dotado en los últimos cinco años de disposiciones que transponen a sus respectivos ordenamientos los nuevos requerimientos que el Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea han venido exigiendo, sobre todo a partir de las Directivas del “paquete igualdad” del año 2.000. Se ha seleccionado esos ocho Estados por considerarlos representativos de diversos modelos de transposición del Derecho europeo: de un lado, algunos países de tradición jurídica más próximos al nuestro con interesantes avances en la lucha contra la discriminación (Francia, Italia, Alemania, Bélgica y Holanda); de otro, modelos muy experimentados en esta materia, como el británico o el sueco, donde la lucha contra la discriminación es más antigua que en el resto y que han servido de inspiración incluso para el establecimiento del modelo europeo comunitario general; finalmente, un Estado del Este europeo, Bulgaria, con una legislación reciente y modélica, y que puede servir de exponente de las transposiciones del Derecho europeo que se han venido efectuando en esta zona de Europa.

Como se verá, en Europa hay un solo objetivo, la lucha contra las discriminaciones, pero muchos caminos. El troquel común admite muchas variantes. Hay elementos comunes (que inevitablemente habrán de ser adoptados por el ordenamiento español), pero también

no pocas ni menores especificidades nacionales, entre otras razones porque cada Estado dispone ya de numerosas instituciones y disposiciones de lucha contra la discriminación. El legislador español habrá de reconstruir, a partir de la experiencia europea, su propio modelo.

Los ocho Estados que aquí se consideran proporcionan sistemas diferentes de lucha contra la discriminación. La Ley alemana (de 14 de agosto de 2.006), es una Ley corta (33 artículos), de transposición pura y dura del Derecho de la Unión Europea, con escasas innovaciones, referida sobre todo al ámbito laboral y sólo a los seis rasgos del Derecho de la Unión, con bastantes excepciones de la igualdad de trato y un organismo de igualdad de escasas competencias (sólo las tres de las Directivas y, en relación con la asistencia de las víctimas, por ejemplo, tan sólo puede informarla de sus derechos, prestarla asesoramiento y procurar un acuerdo extrajudicial entre las partes). Resulta interesante la mención expresa (aunque un tanto críptica) a la discriminación múltiple (art. 4); la obligación de los empleadores (art. 12.1) de adoptar medidas preventivas contra la discriminación, como la formación en este campo, así como de proteger a sus empleados de la discriminación que pudieran recibir de sus compañeros, a través de medidas como la amonestación, el traslado, la recolocación en otro puesto o el despido del trabajador (art. 12.3), o de terceros (art. 12.4); el derecho del trabajador que sufra acoso o acoso sexual a no acudir al puesto de trabajo sin pérdida de salarios siempre que sea preciso para su protección (art. 14); la obligación de indemnización del empleador en caso de infracción de la prohibición de discriminación (art. 15); la acción de cese de la discriminación (art. 21.1).

En *Bélgica* se creó en 1.993 el Centro para la igualdad de oportunidades y la lucha contra el racismo (Ley de 15 de febrero) y la Ley analizada es de 10 de mayo de 2.007 contra ciertas formas de discriminación. El modelo belga se refiere a más rasgos de

discriminación de los seis previstos por las Directivas europeas, pero eso le obliga a tener que distinguir, en el articulado, el diferente régimen jurídico de las excepciones que ese mismo Derecho opone a la igualdad de trato (por ejemplo, en el art. 12, que incorpora las excepciones de las disposiciones europeas en relación con la edad). El Centro se regula en su Ley propia y en los desarrollos reglamentarios (por ejemplo, el *Arrêtè royal* de 28 de febrero de 1.993 que fija su estatuto orgánico) y puede llegar a tener funciones de mediación voluntaria, pero no de investigación ni de resolución de los casos. Sin embargo, sí puede emprender acciones judiciales en relación con la aplicación de la Ley (si hay una víctima identificable, previo su consentimiento), salvo en los casos de discriminación por la lengua (que tiene su procedimiento específico) La Ley alberga un título, (el IV), de disposiciones penales.

El modelo búlgaro es mucho más incisivo, sobre todo en la configuración de la Comisión para la protección contra la discriminación y su función de asistencia a las víctimas. La Ley búlgara es de 30 de septiembre de 2.003, pero ha sido modificada cuatro veces, la última en 2.006. Es innovadora en el capítulo de definiciones: alude, por ejemplo, a la noción de discriminación múltiple –disposición suplementaria, quizá traducible por “adicional”, octava; acoge un concepto amplio e interesante de la conducta de la “persecución” –disposición suplementaria tercera; o de “segregación racial”, o de discriminación por asociación, etc. La lista de rasgos de discriminación es amplia (lo cual vuelve a provocar el problema de que más tarde tiene que proceder a establecer un listado de excepciones al principio de igualdad de trato diferenciado según los rasgos), aunque su ámbito de aplicación material se ciñe a tres espacios: el trabajo (público y privado), la educación y otros (discriminar en la afiliación a un sindicato o la asociación a una organización profesional, o en el acceso a un servicio público, etc.). En el primero de los ámbitos hay soluciones interesantes: la

extensión de la responsabilidad de la discriminación de un trabajador al empresario si éste no cumple sus funciones de prevenir o impedir esa discriminación, por ejemplo. En el ámbito educativo, se habilita a los directores de los centros para detener inmediatamente una situación de acoso escolar denunciado y sancionar, en su caso al autor (en caso contrario, será él también responsable). La Comisión cuenta con una importante potestad sancionadora y de investigación (puede incluso entrar en los domicilios y lugares privados con autorización judicial).

El sistema francés es también muy potente en cuanto a las posibilidades de intervención del organismo de igualdad, la Alta Autoridad para la lucha contra la discriminación y a favor de igualdad. La estructura de la Ley es la más original y la que más se aparta de la transposición normal (podríamos decir incluso rutinaria) de las Directivas comunitarias. Prácticamente toda la Ley se refiere a la Alta Autoridad: composición y procedimiento. El objeto de la Ley es el más amplio posible: afecta a todas las discriminaciones que puedan producirse en Francia que estén prohibidas por la Ley o por un tratado del que Francia forme parte. Al analizar los organismos de igualdad, nos detendremos especialmente en el procedimiento de asistencia de las víctimas de la Alta Autoridad porque, sin duda, se trata de un modelo de referencia.

El marco normativo/institucional de lucha contra la discriminación en Holanda presenta algunas peculiaridades significativas. Por un lado, se trata de un marco normativo disperso, porque hay tres leyes de aplicación (la Ley de 2 de marzo de 2.004 de igualdad de trato, la Ley de mayo de 2.002 de igualdad de trato en el empleo por razón de edad y la Ley de 3 de abril de 2.003 de igualdad de trato para los discapacitados y los enfermos crónicos), pero un solo organismo de igualdad, la Comisión de igualdad de trato. Por otro lado, es un modelo de transposición bastante básico, muy semejante al alemán, de Ley breve, en la que gran parte de su

contenido refleja sin más lo dispuesto en el Derecho europeo, aunque introduce algunas variantes originales. Por ejemplo, la extraordinaria ampliación de la legitimación para reclamar, ya que, junto con la víctima, pueden hacerlo (art. 12) cualquier persona física o jurídica que dude sobre si ha discriminado a alguien en los términos de la Ley, la propia Comisión de oficio, un grupo de trabajadores o un trabajador que en una empresa u organización hayan sido designados encargados de la lucha contra la discriminación y las asociaciones del sector. Otro ejemplo es que la legislación se refiere fundamentalmente a los seis rasgos del Derecho europeo, pero añade otros dos: el estado civil y la enfermedad crónica. El organismo de igualdad tiene ciertas potestades de investigación, pero sus decisiones no son vinculantes (aunque, al parecer, suelen ser seguidas en la práctica). Pero puede plantear una acción ante los tribunales. El modelo de organismo de igualdad holandés es, sobre todo, persuasivo.

El caso de Italia es llamativo. Su transposición está claramente en la línea más endeble de los requerimientos europeos. No es casual que se hayan producido precisamente allí algunos de los fenómenos racistas y de pasividad (sino connivencia por parte de altas autoridades del Estado) más recientes e importantes de los últimos años. Su legislación transpuso de una manera muy tosca las dos Directivas comunitarias de igualdad del año 2000. No hay ninguna aportación (positiva) relevante. No crea ningún organismo de igualdad independiente, sino que su legislación se remite a un órgano (la oficina para la lucha contra la discriminación) enclavado en el departamento ministerial correspondiente. El examen del caso italiano en este estudio muestra un modelo de lo que no debe hacerse, nos refleja que no basta conformarse con una transposición formal de las Directivas.

El caso británico es, sin embargo, digno de estudio. En Reino Unido disponen de legislación antidiscriminatoria desde 1.970, que

se estudia como una asignatura específica en las Facultades de Derecho. La Ley de Igualdad de 2.006 refunde los organismos anteriores (la Comisión de igualdad de oportunidades, la Comisión de igualdad racial y la Comisión de los derechos de los discapacitados), creando una única institución, la Comisión para la Igualdad y los Derechos Humanos. Se trata de una Ley muy extensa que, en este punto, tiene vocación de generalidad e integralidad en la materia. Si las leyes alemana y holandesa son las que más se parecen a las Directivas comunitarias, junto con la francesa, es la británica la que más se aparta de ese patrón, aunque, por supuesto, sí procede a su transposición. Los rasgos protegidos son los seis del Derecho europeo. El procedimiento de asistencia a las víctimas se describe brevemente en este estudio, pero cabe retener que la Comisión puede determinar si una situación es discriminatoria y, en ese caso, se exige al autor que redacte un plan para poner freno a la discriminación, que será supervisado, en su elaboración y aplicación, por la Comisión. También está previsto un procedimiento de conciliación.

La Ley de Discriminación sueca (que también refunde o “codifica” muchas normas anteriores, a la vez que transpone la nueva normativa comunitaria) se ha promulgado el 5 de junio y entrará en vigor el 1 de enero de 2.009. En algunos aspectos se trata de una Ley “de última generación” y, por tanto, también deberá ser tenida en cuenta de modo especial. Entre ellos, la precisa y amplia delimitación de los ámbitos de aplicación materiales de la Ley (que, por otro lado, sólo se refiere a los seis rasgos del Derecho europeo más el de la identidad sexual/transexualidad) y el capítulo tercero, dedicado a las “medidas activas” (acciones positivas), como la aprobación de planes de igualdad en las empresas, reclamando la colaboración en este sentido de empleadores y empleados, el chequeo cada tres años de los diferentes salarios y otras condiciones laborales de mujeres y hombres en el seno de la empresa, valorando por qué se producen y cómo eliminarlas, etc. La Ley configura un organismo de igualdad, el

Defensor contra la Discriminación, muy potente en cuanto a posibilidades de intervención. El Defensor puede, bajo amenaza de sanción, recabar información relevante, entrar en los lugares donde se produce o ha producido la discriminación, tomar declaraciones, etc. El Defensor puede dictar una orden de sanción por incumplimiento de la Ley, que será examinada por el denominado Comité contra la Discriminación, que resolverá tras una vista oral, normalmente.

En definitiva, el modelo común europeo admite diversas formas de implantación en los ordenamientos nacionales. Veámoslo con mayor detalle.

ALEMANIA

Ley de 14 de agosto de 2006, por la que se aplican las Directivas europeas para el establecimiento del principio de igualdad de trato

(La Ley fue modificada posteriormente el 2 de diciembre de 2006).

I.- Introducción

La norma germana acoge de manera conjunta y global todos los supuestos de discriminación prohibidos por las Directivas comunitarias, incluida la discriminación por razón de sexo. Así se otorga desde el ordenamiento alemán un tratamiento uniforme a todo tipo de discriminación -por origen racial o étnico, género, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual-.

Aunque la Ley del año 2006 de establecimiento del principio de igualdad de trato principalmente se dedica a la creación de herramientas jurídicas que permitan erradicar la discriminación la misma está dirigida no sólo a las Administraciones públicas sino también a la Sociedad, en concreto incorpora algunas llamadas a la sociedad civil para que colabore de manera activa en la lucha contra la discriminación.

II.- Estructura de la Ley

La Ley se divide en las siguientes siete partes: 1. Disposiciones generales, 2. Protección de los trabajadores contra la discriminación (a su vez, cuenta con cuatro capítulos referidos a la prohibición de discriminación, obligaciones del empleador, derechos del trabajador y disposiciones comunes finales), 3. Protección contra la discriminación en el Derecho civil, 4. Defensa de los derechos, 5. Regulación especial aplicable a las relaciones laborales de derecho público, 6. Oficina contra la discriminación y 7. Disposiciones finales.

Se compone de 33 artículos y, como parte de aquel articulado concluye con 2 disposiciones finales y 4 disposiciones transitorias relativas al momento temporal en que será aplicable la nueva Ley en atención a las obligaciones y relaciones jurídicas entabladas. (La normativa alemana fija distintos momentos, en atención al concreto ámbito afectado por la Ley; en particular demora varios meses la entrada en vigor de algunas de sus disposiciones en relación con las obligaciones derivadas del Derecho civil y en particular su aplicación frente al Derecho de seguros).

III.- Motivos de discriminación

El objeto de la norma es la prevención o eliminación de la discriminación por origen racial o étnico, género, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 1). Se configura como una norma ‘integral’ o global de la igualdad de trato, transponiendo al ordenamiento alemán las últimas Directivas comunitarias relativas a la igualdad de trato y prohibición de discriminación; en concreto las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE y 2004/113/CE.

IV.- Definiciones

La Ley alemana incorpora, en los mismos términos de las Directivas comunitarias, las nociones de discriminación directa, discriminación indirecta, acoso y acoso sexual (art. 3). También, siguiendo la normativa comunitaria, recoge que se considerarán discriminatorias las órdenes de discriminar a una persona por cualquiera de los motivos protegidos por la Ley (origen racial o étnico, género, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual).

La Ley dedica su art. 4 a la discriminación ‘combinada’, esto es, a la diferencia de trato por varios de los motivos prohibidos. Sin embargo, tan sólo se detiene en recordar que únicamente estará justificado el trato diferente en aquellos casos y en los mismos

términos de autorización legal de las causas justificativas admitidas para un solo motivo, pero únicamente cuando la diferencia de trato sea permisible. Lo que quiere decir que se admite la diferencia de trato atendiendo a los requisitos requeridos por la Ley o si aquélla se fundamenta en motivos objetivos (sean profesionales -art. 8 de la Ley-, por razón de edad -art. 10-, u otros, en particular en el ámbito civil y con especial atención a motivos religiosos y a las diferencias de trato basadas en el sexo -art. 20-).

V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación

El art. 2 prohíbe la discriminación en relación con el empleo por cuenta propia y ajena y para al ejercicio de cualquier profesión (concretando singularmente esa prohibición en la selección, acceso, las condiciones de contratación, la promoción o ascensos, condiciones de empleo y trabajo, remuneración, causas de despido – con matizaciones a su régimen jurídico general-). La discriminación está vetada con independencia del concreto origen de aquélla, sin importar que las actuaciones discriminatorias provengan del propio contrato, de lo estipulado en convenio colectivo o sean consecuencia de las condiciones de contratación. También veta la discriminación en el acceso a la formación profesional y en sus distintos niveles o la referida a la afiliación y participación en distintas organizaciones, en particular, las asociaciones de trabajadores (sindicatos) o empleadores, o cualquier otra asociación constituida para el ejercicio de una profesión concreta (asociaciones o colegios profesionales), incluidas las prestaciones o ventajas que éstas concedan a sus miembros. No serán tampoco posibles las discriminaciones en el ámbito de la protección social, que incluye tanto la Seguridad Social como la asistencia sanitaria. Esta regla se extiende a los sistemas de pensiones de empresa. La Ley afecta igualmente a las ventajas sociales, la educación, el acceso a bienes y servicios disponibles al público y su provisión, incluida la vivienda.

La Ley alemana para el establecimiento del principio de igualdad de trato no afecta -y expresamente excluye su aplicación- a otras prohibiciones de discriminación distintas de las razones del origen racial o étnico, género, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, ni afecta a las disposiciones de Derecho público que protegen a determinados grupos.

Pautas fijadas para el empleo privado, empleo público, Derecho civil:

1.- EMPLEO PRIVADO

La mayor parte de la Ley se detiene en la protección de los trabajadores frente a la discriminación, arts. 6 a 18. Esta sección cuenta con cuatros capítulos.

El capítulo I de carácter general está referido a la prohibición de discriminación (arts. 6 a 10). Presenta el ámbito personal de aplicación, incorporando en el contexto de la Ley las nociones de trabajador y empresario. Define qué se entiende por trabajador utilizando un concepto inclusivo, que incorpora además del trabajador asalariado a otros que se encuentren en situación de dependencia económica y al trabajo doméstico. Igualmente, la Ley alemana contiene la definición de empleador. La protección contra los motivos de discriminación se extiende así mismo al trabajo autónomo y a los altos cargos de las empresas (directivos y miembros del consejo de dirección) cuando afecte al acceso al empleo y a la promoción o ascensos.

En aras a la efectividad real de la Ley se incorpora la prohibición de discriminación y la nulidad de cualquier acción que suponga discriminación por cualquiera de los motivos en ella prohibidos. Se enmarca la discriminación en el plano de las relaciones laborales considerándola como una infracción de las obligaciones contractuales de la parte (incumplidora).

No permite ninguna diferencia de salario que origine en el trabajador una menor remuneración por la realización de trabajos iguales o equivalentes en atención a cualquiera de los motivos de discriminación previstos en la Ley (art. 8.2). En ningún caso está justificada una diferencia retributiva por aplicar las distintas disposiciones especiales que en la Ley admiten o toleran la diferencia de trato.

La Ley recoge los casos en que están autorizadas diferencias de trato en el empleo, son las **excepciones o causas justificativas** que, ya desde las Directivas comunitarias, permiten/admiten la divergencia. Los arts. 8, 9 y 10 se detienen en determinar cuándo es posible el trato diferenciado por algunos de los motivos recogidos en el texto de la Ley, expresando que está justificada la diferencia de trato atendiendo a requisitos profesionales esenciales y determinantes, siempre que en cada caso el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Concretamente la legislación alemana atiende a estas circunstancias cuando se vinculan con la religión o convicción (requisito profesional justificado para una religión concreta, en todo caso exige siempre para que quienes trabajen para las organizaciones religiosas que actúen con buena fe y lealtad a la ética de la organización) o por razón de la edad (siempre que se basen en una finalidad legítima pudiendo favorecerse las condiciones laborales –desde el acceso al empleo hasta el despido– para los jóvenes o los trabajadores de mayor edad; en relación con la experiencia y antigüedad, fijación de una edad máxima para la contratación, fijación en los Sistemas de Seguridad Social de un límite superior de edad para la obtención de pensiones, acuerdos sobre el fin de la relación laboral sin que aquél pueda constituir un despido si el trabajador puede acceder a la pensión de jubilación,...).

El capítulo II se centra en las obligaciones del empleador. Prohíbe que las vacantes que se oferten sean discriminatorias. Introduce como obligación principal del empresario adoptar medidas

necesarias para asegurar la protección contra la discriminación, lo que incluye la acción preventiva, informar sobre la prohibición de discriminación y formar a los empleados para evitar la presencia de discriminación en la empresa. Ante las discriminaciones producidas la empresa debe adoptar las medidas necesarias que las frenen, el empresario es legalmente el responsable de ponerlas fin mediante la imposición de acciones disciplinarias frente el trabajador que discrimina –pero siempre bajo el criterio de la proporcionalidad- en el uso de sus facultades sancionadoras podrá desde amonestar, trasladar o despedir, según corresponda a la gravedad de la lesión causada por la discriminación. En los casos de discriminación por tercero ajeno a la empresa el empresario debe proteger a sus trabajadores mediante medidas apropiadas, necesarias y adecuadas.

Los mecanismos y procedimientos arbitrados en la empresa para tramitar las quejas por discriminación han de ser conocidos por todos, mediante publicidad realizada al efecto (carteles, folletos, canales de información habituales, etc.). Publicidad que corresponderá realizar a la propia empresa o, en su caso, al organismo de igualdad (Oficina Federal contra la discriminación).

El capítulo III se detiene en los derechos que asisten al trabajador, es un capítulo que nos ofrece cuál es la protección legal, en particular su ordenación (en los niveles empresariales pero también fuera de la empresa) y su extensión. Por ello recoge, en primer lugar, el derecho a recurrir o presentar reclamaciones ante el departamento de la empresa u otro órgano e, incluso, ante el organismo de igualdad, en segundo lugar, indica cómo el trabajador goza del derecho a ser comunicado del resultado de su reclamación. Como garantía reforzada en casos de acoso (por cualquiera de los motivos: convicciones, religión, orientación sexual, edad, discapacidad...) o acoso sexual al trabajador se le va a permitir la inasistencia al trabajo sin pérdida de salario si el empresario no toma medidas o éstas, aún implantadas, son inadecuadas. Incorpora el

derecho a obtención de indemnización por daños y perjuicios, que con carácter general corresponderá abonar al empresario, pero sólo si es él el responsable de la infracción. La negociación colectiva puede fijar sus criterios y por lo que respecta al empresario hacerle responsable del pago si actúo de forma intencional o hubo grave negligencia.

La Ley alemana tasa la indemnización que habrá de abonarse en caso de producirse la discriminación en el acceso al empleo, esto es, por constatarse que la ausencia de contratación tuvo que ver con cualquiera de los motivos prohibidos (origen racial o étnico, género, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual), aquélla indemnización no podrá ser superior a tres mensualidades de salario. Aspecto permitido por las Directivas comunitarias precisamente en este punto; ya que, como es suficientemente conocido, en los restantes de supuestos la indemnización no puede ser establecida *a priori*.

En el aspecto formal se exige que la reclamación sea formulada por escrito, siendo posible el ejercicio de esa petición o queja por discriminación en un plazo de dos meses (la negociación colectiva puede aumentar o reducir el plazo). Fija el *dies a quo*, para los casos vinculados a posibles discriminación en el momento de la solicitud de empleo o de la promoción o ascenso cuando se reciba la negativa (donde se indique al trabajador que no selecciona o no promociona), para el resto de los supuestos el plazo comienza a transcurrir cuando se tenga conocimiento por el trabajador de la discriminación. No obstante, la existencia de discriminación no justifica la pretensión del trabajador de iniciar una relación laboral o la promoción, salvo que esta exigencia se sustente sobre otro fundamento (otra base jurídica distinta). Por lo cual al empresario no se le podrá exigir que efectivamente seleccione al discriminado o que automáticamente lo ascienda.

En último lugar, de acuerdo con las reglas de victimización de las distintas Directivas comunitarias antidiscriminatorias, se alude a la prohibición de ser represaliado tanto el trabajador como los testigos (que auxilién al reclamante) por denunciar los supuestos de discriminación sufrida. La protección se extiende al trabajador afectado por la discriminación en todos los sentidos o reacciones posibles de la víctima, pues no se permite que se fundamente la decisión de discriminación ni en caso de rechazo u oposición firme a aquélla ni, tampoco, si la tolera o consiente.

El capítulo IV, de disposiciones finales de esta sección de la Ley dedicada al empleo, realiza una llamada a todos los implicados en el mundo laboral para que eviten la presencia de discriminaciones en él (empresarios, trabajadores, sus respectivos representantes y a la negociación colectiva); se regula como una obligación legal que concierne a todos esos sujetos o actores, obligación de involucrarse de manera activa en la prevención y eliminación de la discriminación por los motivos previstos en la Ley. También extiende la prohibición de discriminación a las organizaciones y asociaciones de empresarios y trabajadores así como en cuanto a la afiliación y a la participación en ellas.

2.- EMPLEO PÚBLICO

Por exigencias del propio marco comunitario la Ley, en su art. 24, extiende su aplicación al personal de la Administración pública en el sentido más amplio, incluyendo a funcionarios públicos de los distintos entes territoriales (Administración federal, Länder, local) no territoriales (entes y organismos de derecho público, instituciones o fundaciones), a los jueces y a quienes realizan el servicio civil alternativo y a los objetores de conciencia que deban realizar este último.

La única matización que realiza respecto de los funcionarios públicos es que se tendrá en cuenta su especial condición jurídica.

3.- ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL

Los arts. 19 a 21 reflejan la ilegalidad de las conductas de discriminación por cualquiera los motivos que contiene la Ley si aquéllas se presentan en el establecimiento, cumplimiento, ejecución o la extinción de las obligaciones derivadas de Derecho civil. En particular, la Ley germana declara la nulidad de las discriminaciones producidas frente a un número impreciso de supuestos o, lo que es igual, un número elevado de afectados cuando para el contrato celebrado no se tome en cuenta la condición del sujeto o ésta sea de importancia secundaria, o acontezca en el marco del seguro privado. Declara expresamente la prohibición de discriminación de origen étnico o racial en la concertación de contratos civiles, remarcando esta prohibición (sin duda, por su trascendencia, en la Historia reciente de Alemania).

Como causa de justificación o **excepción** autorizada de diferencias de trato, no considera discriminación la diferencia de trato en los supuestos de arrendamientos de vivienda cuando la diferencia busque crear o mantener estructuras sociales estables a los arrendatarios o inquilinos y estructuras de población equilibradas, o condiciones económicas, sociales y culturales equilibradas. El legislador alemán permite reequilibrar la composición de la población de los lugares con esta autorización que admite la diferencia de trato, en este caso, mediante políticas públicas; sin duda en la excepción se ve la sombra de la política de vivienda como mecanismo de integración social y de no exclusión, marginación o ghetto.

La Ley para el establecimiento del principio de igualdad de trato también exceptúa de la aplicación de las reglas de prohibición de discriminación el Derecho de familia y sucesiones. Del mismo modo no es de aplicación la presente Ley para las relaciones civiles en el caso de que las partes o sus familiares tengan estrechas relaciones o exista entre ellos una relación de confianza. En particular, se

entiende que concurren esas circunstancias ante la celebración de contratos de arrendamientos cuando la utilización de viviendas ubicadas en una misma parcela se produce por las partes o por sus familiares. Finalmente, no se entiende que el arrendamiento de vivienda para uso permanente es un negocio jurídico sometido a la Ley alemana contra la discriminación, salvo que el arrendador se dedique mercantilmente a este negocio, en el sentido de que alquile en total más de 40 viviendas.

Igual que sucede en el ámbito del empleo no se considera la presencia de un motivo de discriminación si la diferencia de trato se fundamenta en motivos objetivos (nuevamente se incorporan las pautas fijadas por parte de las Directivas comunitarias antidiscriminatorias). La Ley teutona ejemplifica algunas de esas excepciones en aquellos supuestos que servirían para evitar amenazas o prevenir otros daños, cuando se dirijan a satisfacer necesidades de protección de la intimidad o seguridad personal, para el otorgamiento de ventajas particulares cuando no exista interés (legal y público) en hacer cumplir la igualdad de trato. Expresamente indica admitidas: (1) las diferencias de religión si éstas están justificadas en relación con el ejercicio de libertad religiosa o el derecho a la autonomía de las comunidades religiosas y centros asociados a ellas u organizaciones comprometidas a la práctica de una religión o determinadas convicciones. (2) Las diferencias basadas en el sexo en el caso de contratos de seguros, pero sólo si el sexo es verdaderamente un factor determinante en la valoración de los riesgos tomando en cuenta bases estadísticas y actuariales pertinentes y exactas. Pero en ningún caso tolera la diferencia de primas o subsidios relacionados con el embarazo o la maternidad. (3) Respecto a la discapacidad, edad, orientación sexual o motivos de religión sólo se admite distinto trato en los contratos de seguros si se basan en principios de cálculo adecuados al riesgo (siempre con apoyo en cálculos actuariales y estudios estadísticos).

Respecto a las reclamaciones en la vía civil el art. 21 introduce el procedimiento que se debe seguir, indicando qué hacer para tramitar la petición que ponga fin a la discriminación. Ante conductas discriminatorias en el ámbito civil se faculta al perjudicado a ejercitar la petición de cese de la conducta discriminatoria (se puede presumir que será directamente ante la parte que esté discriminando). Además de (o sin perjuicio de) poder hacer valer sus derechos mediante otras reclamaciones (ante otras instancias). En todo caso, si el reclamante temiera una mayor discriminación como resultado de su denuncia podrá acudir a los Tribunales para obtener el correspondiente mandamiento judicial de cese de la discriminación. Quien sea el responsable de la discriminación se verá obligado a resarcir mediante la indemnización que corresponda los daños y perjuicios ocasionados y efectivamente sufridos (no por pérdida económica). Pero si quien produjo la discriminación no coincide con el responsable del incumplimiento de las obligaciones contractuales no se podrá demandar a éste (protege el Derecho en este punto al contratante –que actúa de buena fe- a quién la actuación discriminatoria de terceros le impide cumplir con lo obligado). Será posible en esos casos el ejercicio de acciones por responsabilidad extracontractual.

No se admite que la discriminación se escude en la existencia de un Acuerdo que reste validez a la prohibición de discriminación.

La Ley, también en estos asuntos civiles, determina un plazo para el ejercicio de las acciones de dos meses, más allá de ese tiempo o transcurrido ese periodo perentorio sólo será admisible la demanda o reclamación si se impide a la persona discriminada cumplir en aquel plazo sin que concurra responsabilidad por su parte.

VI.- Medidas de acción positiva

Define la acción positiva desde la perspectiva de una excepción admitida a la diferencia de trato. Aspecto éste que también aparece

enfocado así por el Derecho comunitario. Las acciones positivas se consienten como medidas específicas y, además, se exige que sean adecuadas, encaminadas a evitar o compensar los motivos de discriminación (origen racial o étnico, género, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual).

VII.- Organismo de igualdad

Es la **Oficina Federal contra la discriminación** (OCD) se adscribe al Ministerio de Familia, personas mayores, mujer y juventud³. Pero esa adscripción no refleja dependencia, es, como luego veremos, una oficina independiente y sólo está sujeta al ordenamiento jurídico. Su regulación se contiene en los arts. 25 a 30 de la Ley germánica. Su denominación en lengua alemana es *Antidiskriminierungsstelle des Bundes*.

1.- Organización:

Composición y Estatuto de sus Miembros

A su cabeza estará un jefe de la OCD, nombrado por el Ministerio con la encomienda de dirigir la Oficina según la propuesta presentada por el Gobierno Federal de Alemania.

El mandato del Jefe de la Oficina coincidirá con el de cada legislatura (por lo que cesará en sus funciones el Jefe de la OCD al constituirse un nuevo Bundestag); igualmente se prevé el cese por otros motivos previstos con carácter general por las Leyes para el personal al servicio de la Administración Federal, así como cuando proceda su relevo, el cumplimiento de la edad máxima para continuar en su cargo los funcionarios públicos o porque su titular dimita. Se regula la posibilidad de nombramiento de un funcionario como Jefe de la Oficina, disponiendo que mientras el funcionario ostente este cargo quedarán suspendidos sus derechos y obligaciones inherentes a su condición funcional. La vinculación del Jefe de la Oficina con

³ Su página web, donde se puede consultar cómo desarrolla su actividad es la siguiente <http://www.antidiskriminierungsstelle.de/>

la OCD se realizará mediante contrato con el Ministerio, contando siempre con la previa y preceptiva aprobación del Gobierno Federal.

La norma no se detiene en el estatus del resto de sus miembros ni tampoco expone cuáles son las reglas de funcionamiento de la Oficina (probablemente exista un desarrollo reglamentario al respecto).

2.- Autonomía

Como ya se ha indicado es una Oficina totalmente independiente a pesar de su adscripción a un Ministerio federal; ya que la adscripción no significa dependencia. La Ley declara solemnemente que es una Oficina independiente y sólo está sujeta al ordenamiento jurídico (art. 26). La relación entre la Administración Federal y la OCD será una relación administrativa regida por el Derecho público.

3.- Competencia(s)

Se crea esta OCD para la protección contra la discriminación por cualquiera de los motivos previstos en la Ley (origen racial o étnico, género, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual). Todas las autoridades Federales tienen por expreso mandato legal la obligación de asistir a la OCD en el desempeño de sus funciones, en especial deberán suministrar la información que ésta les reclame para el correcto desenvolvimiento de la OCD en sus tareas. (Sin embargo, se prevé la debida protección de datos personales en los términos previstos por la legislación de protección de datos).

El art. 27 delimita con precisión sus funciones. La iniciación de las quejas frente a la OCD corresponde efectuarla a las personas que se consideren discriminadas por cualquiera de los motivos previstos en la Ley. La norma distingue entre (1) funciones de asesoramiento-asistencia y (2) el encargo de otras tareas.

3.1.- Asistencia-asesoramiento a las víctimas

La asistencia prestada a las víctimas de discriminación es, en todo caso, una asistencia independiente. A través del art. 27.2 se enuncian algunas de las posibles actuaciones en las que podrá consistir la asistencia prestada por la OCD (es decir, la Ley fija unas competencias de mínimos para esta Oficina): (1) informar sobre reclamaciones recibidas y las posibles acciones legales (2) derivar la queja a otra autoridad para que preste asesoramiento, textualmente la Ley indica que se trata en este caso de “lograr que otra autoridad presta asesoramiento” y (3) mediar para alcanzar un acuerdo extrajudicial entre las partes, esta función importantísima de la Oficina se expresa de la siguiente manera “procurar la obtención de un acuerdo extrajudicial entre las partes”.

Para el tercer supuesto se prevé la posibilidad de que la parte presente por escrito su propuesta, siempre que consienta en ello quién formuló la queja por discriminación ante la OCD (se viene a sobreentender que aceptar propuestas supone implícitamente aceptar/consentir la mediación extrajudicial de la Oficina, ante la que, además, se ha presentado la denuncia de discriminación cosa que ha de implicar reconocer su ‘jurisdicción’ voluntaria).

En los casos que la responsabilidad por discriminación fuera de un miembro parlamentario o del gobierno se prevé la comunicación inmediata a esos órganos (porque -según se puede presumir- ambos son aforados en el Derecho alemán), siempre que se cuente con el previo consentimiento del sujeto que presentó la denuncia de discriminación.

3.2.- Otras funciones

Con carácter subsidiario, siempre que las tareas no sean de la competencia de las Comisiones Parlamentarias del Bundestag o de las Comisiones del gobierno Federal se le encomienda a la OCD:

1º Darse a conocer a la población, mediante acciones de publicidad de su existencia, explicando su concreto cometido o encomienda.

2º Adopción de aquellas medidas necesarias para prevenir la discriminación por cualquiera de los motivos previstos en la Ley (pero no se nos indica el margen de actuación posible en este apartado).

3º La realización de estudios sobre los distintos tipos o motivos de discriminación legalmente prohibidos.

4º La Oficina, OCD, juntamente con el Bundestag (a través de sus respectivas Comisiones Parlamentarias) y el Gobierno Federal debe redactar un Informe conjunto. Informe que se presentará cada cuatro años al Parlamento (Bundestag). En dicho Informe también se presentará una Memoria de las actuaciones seguidas por la OCD y se realizarán recomendaciones para la eliminación y prevención de la discriminación (se entiende que atendiendo a lo actuado por la Oficina en los años precedentes).

La lucha contra la discriminación ha de ser conjunta por parte de todas las instituciones que conforman el Estado, por ello se requiere la cooperación en sus actuaciones entre los miembros del Parlamento, del Gobierno Federal y de la Oficina para luchar contra las discriminaciones prohibidas.

3.3.- Colaboración con organizaciones e instituciones para la prevención y defensa contra la discriminación

La OCD está llamada a cooperar tanto con las organizaciones privadas (ONG's) como con las instituciones públicas que se ocupan de trabajar en contra la discriminación, en cualquier ámbito territorial (europeo, estatal, de los Länder o regional).

4.- Consejo Consultivo

El art. 30 de la Ley adscribe a la OCD un Comité consultivo. Es un órgano de diálogo contra la discriminación del que forman parte

colectivos y organizaciones sociales empeñados en esta tarea. De manera que la Oficina Federal contra la discriminación estará auxiliada por aquel Consejo Consultivo.

El Comité consultivo se compone por representantes de los colectivos y organizaciones sociales y por especialistas en la lucha contra la discriminación. Su número no podrá ser superior a 10 personas, su configuración ha de ser paritaria en cuanto a la representación de los sexos (con idéntico número de mujeres y de hombres, por lo que se exige indirectamente que el número de sus miembros siempre sea par). Se nombrarán titulares y sustitutos. La designación de los miembros del Comité consultivo se hará previo acuerdo entre el Jefe de la OCD y el Comisario competente del Gobierno o del Bundestag.

Las labores que tiene legalmente encomendadas son de asesoramiento a la OCD, en particular colabora para la presentación de sus informes periódicos y recomendaciones ante el Bundestag, pudiendo también formular sugerencias de realización de estudios contra la discriminación. En su actuación esos estudios contra la discriminación podrían ser solicitados a petición propia del Comité (también se podría encomendar la elaboración de estudios al Comité consultivo).

El propio Comité Consultivo redactará su Reglamento de funcionamiento interno. Las funciones que tiene encomendadas son desarrolladas por sus miembros con carácter voluntario, aunque se permite que soliciten el reembolso de los gastos realizados (viaje, dietas, alojamiento). Lo que hace de este Comité que sea un órgano relativamente económico para el presupuesto Estatal de la OCD.

5.- Encaje de la Oficina con el procedimiento judicial

Aunque no existen concretas referencias a esta cuestión la Ley, en varios de sus artículos viene a fijar la compatibilidad de acciones

legales ante los Tribunales con la actuación de la OCD. En todo caso queda en manos de la persona perjudicada acudir a esta OCD planteando su correspondiente queja por discriminación (opción que es siempre de carácter facultativo, art. 27.1). Por lo que respecta a las acciones contra la discriminación sean extrajudiciales o judiciales, en aras a la seguridad jurídica se viene a fijar el plazo de ejercicio de la acción por discriminación cuando se reclama una indemnización, tanto en demandas/quejas que afectan al ámbito laboral y profesional como el civil (ese plazo se fija en 2 meses, salvo que la negociación colectiva determine otro distinto).

6.- Presupuesto

El art. 25.2 exige que a la Oficina se la dote de los medios materiales y personales necesarios para el cumplimiento de sus cometidos. En el presupuesto del Ministerio al que se adscribe (Familia, personas mayores, mujer y juventud) tendrá su propio capítulo.

VIII.- Otros aspectos de interés

La Ley alemana en su art. 23 se detiene en las organizaciones para la lucha contra la discriminación, califica a estas organizaciones como colaboradoras en la defensa de los Derechos y en contra de las discriminaciones prohibidas y las faculta para actuar ante los Tribunales como asesores jurídicos de las personas perjudicadas, siguiendo las reglas fijadas en sus propios estatutos internos, en la medida en que en éstos se les autorice y según las condiciones allí fijadas. A estas organizaciones para la lucha contra la discriminación se les permite acudir a juicio sin necesidad de asistencia letrada.

Por mandato de la normativa comunitaria, como en todas las legislaciones procesales nacionales acontece, se introduce la inversión de la carga de la prueba cuando existan indicios discriminatorios exigiendo a la parte a la que se le imputa la

discriminación la prueba de que no existió tal discriminación (art. 22).

BÉLGICA

Ley de 10 de mayo de 2007, contra ciertas formas de discriminación (bs 30 v 07).

I. Introducción

La Ley Belga, de 10 de mayo de 2007, contra ciertas formas de discriminación (BS 30 V 07) transpone la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El objetivo de la Ley es crear un marco general de lucha contra la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. Aunque centrada en el ámbito laboral, sus preceptos son de muy variada naturaleza, pues además de introducir un buen número de modificaciones en algunos preceptos del Código Penal, crea *ex novo* disposiciones penales específicas, tipificando nuevos delitos a lo largo de su Título IV, lo que la convierte en una norma de legislación penal especial. Asimismo, fija pautas procesales en relación con la carga de la prueba en todos los procedimientos jurisdiccionales (excepto en los penales), y regula una acción procesal específica para el cese de una acción de discriminación contraria a la Ley.

Por el contrario, no crea nuevos organismos en defensa de la igualdad, sino que se remite a la Ley de 15 de febrero de 1993, por la que se crea un Centro para la Igualdad de Oportunidades y para la Lucha contra el Racismo, como tampoco introduce ninguna medida específica de acción positiva, aunque si fija algunas pautas a tener en cuenta si en un futuro se legisla en dicho sentido.

II. Estructura de la Ley

La Ley consta de X Títulos, divididos en Capítulos, a lo largo de los cuales se desarrollan un total de 52 artículos. Se trata de un texto bastante pormenorizado, con una sistemática razonable, aunque se

detecta cierta redundancia en lo que se refiere a definiciones, pues además de dedicar un precepto específico a ello (art. 4), se reitera el contenido de diversas definiciones al inicio de algunos de los Títulos.

El Título I, define los principales conceptos manejados a lo largo del texto, así como el ámbito de aplicación de la Ley. El Título II, establece una justificación de *las distinciones* (tanto de las directas como de las indirectas), y fija un conjunto de motivos generales y específicos de justificación. El Título III, reitera la prohibición de discriminación en las materias que pertenecen al ámbito de aplicación de la Ley y describe algunos dispositivos de protección. El Título IV, tipifican como delito un conjunto de acciones y concreta la pena que llevan aparejada. El Título V, fija la carga de la prueba en todos los procedimientos jurisdiccionales, excepto en los penales. El Título VI, enumera la relación de instancias competentes para emprender acciones en los litigios derivados de la aplicación de la Ley. El Título VII, bajo el epígrafe “varios”, incluye una serie de preceptos difíciles de encajar sistemáticamente, en relación con funcionarios, pensiones complementarias, etc. El Título VIII, se centra en las Disposiciones modificativas que afectan a las siguientes normas: Código Penal; Ley de 15 de febrero de 1993 por la que se crea un Centro para la Igualdad de Oportunidades y para la Lucha contra el racismo; la Ley de 5 de marzo de 2002 relativa la principio de no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial, etc. El Título IX regula las disposiciones derogatorias. Finalmente, el Título X, recoge una Disposición final en la que insta a las Cámaras legislativas a evaluar la aplicación y eficacia de la Ley.

III.- Motivos de discriminación

En el art. 3 se especifican, de forma taxativa y sin añadir ninguna cláusula residual, los siguientes factores de discriminación prohibidos: edad, orientación sexual, estado civil, nacimiento, patrimonio, creencias religiosas o filosofía, ideologías políticas,

lengua, estado de salud actual o futuro, discapacidad, características físicas o genéticas o extracción social.

Todos se reiteran en el apartado de definiciones como “*criterios protegidos*”.

En ningún momento se hace referencia a la discriminación múltiple o “combinada”, esto es, a la diferencia de trato por varios de los motivos prohibidos.

IV. Definiciones

El art. 4 dedica un total de 17 apartados a concretar una serie de definiciones que se podrían agrupar en dos grandes sectores. Por un lado, aquellas relacionadas con el ámbito laboral y, por otro, aquellas en las que se especifica el contenido de los principales términos derivados de los matices conceptuales existentes entre igualdad, diferencia y discriminación.

Empezando por este segundo grupo, la Ley sigue, en esencia, las definiciones contenidas en la normativa comunitaria:

Distinción directa, la situación que se produce cuando, sobre la base de los criterios protegidos, una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en una situación comparable;

Discriminación directa, la distinción directa, basada en alguno de los criterios protegidos, que no se puede justificar sobre la base de las disposiciones del título II.

Distinción indirecta, la situación que se produce cuando una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas caracterizadas por uno de los criterios protegidos, respecto de otras personas.

Discriminación indirecta, la distinción indirecta sobre la base de alguno de los criterios protegidos, que no tenga justificación sobre la base de las disposiciones del título II;

Acoso, el comportamiento no deseado relacionado con alguno de los criterios protegidos, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Acción positiva, las medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas vinculadas con alguno de los criterios protegidos, con vistas a garantizar la plena igualdad en la práctica;

Ajustes razonables, medidas adecuadas, tomadas en función de las necesidades en situaciones concretas, que permitan a personas discapacitadas acceder, tomar parte y progresar en los ámbitos en que es aplicable la presente ley, salvo que esas medidas supongan una carga desproporcionada para la persona que deba tomarlas. Dicha carga no será desproporcionada cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en el marco de la política pública relativa a personas discapacitadas;

Inducción a la discriminación, cualquier comportamiento que consista en inducir a alguien a realizar una discriminación, sobre la base de alguno de los criterios protegidos, contra alguna persona, grupo o comunidad o alguno de sus miembros.

En cuanto al segundo grupo, las definiciones principales se pueden sintetizar.

En cuanto al conjunto de definiciones relacionadas con distintos aspectos del ámbito laboral, la Ley baja al detalle de definir los siguientes conceptos:

Por *relaciones laborales* se entenderán las relaciones que incluyan, entre otras, el empleo, las condiciones de acceso al empleo, las

condiciones laborales y las reglamentaciones de despido. Todo ello, tanto en el sector público como en el privado; tanto por trabajo remunerado como por trabajo no remunerado, así como por trabajo desempeñado en el marco de acuerdos de prácticas, aprendizaje, inmersión profesional o de primer empleo o el trabajo por cuenta propia. A todos los niveles de la jerarquía profesional y para todas las ramas de actividad; independientemente del régimen estatutario o contractual de la persona que desempeñe el trabajo.

Por *disposiciones* se entenderán los actos administrativos, las cláusulas que figuran en convenios individuales o colectivos y reglamentos colectivos, así como las cláusulas que figuran en documentos establecidos de manera unilateral;

Por *criterios protegidos* se entenderá la edad, la orientación sexual, el estado civil, el nacimiento, el patrimonio, las creencias religiosas o filosóficas, la ideología política, la lengua, el estado de salud actual o futuro, las discapacidades, las características físicas o genéticas, la extracción social;

Por *centro* se entenderá el Centro para la Igualdad de Oportunidades y la Lucha contra el Racismo, creado mediante la ley de 15 de febrero de 1993;

Por *Seguridad Social* se entenderán los regímenes legales del seguro de desempleo, del seguro médico de invalidez, de la pensión de jubilación y de supervivencia, de las ayudas familiares, de accidentes de trabajo, de enfermedades profesionales y de vacaciones anuales aplicables a los trabajadores asalariados, a los trabajadores por cuenta propia y a los agentes de la función pública;

Por *regímenes complementarios de Seguridad Social* se entenderán regímenes cuyo objeto sea proporcionar trabajadores, asalariados o por cuenta propia, agrupados en el marco de una empresa o de una agrupación de empresas, de una rama económica o de un sector

profesional o interprofesional, de prestaciones destinadas a completar o sustituir las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social, independientemente de que la afiliación a dichos regímenes sea obligatoria o voluntaria.

Por *ventajas sociales* se entenderán las ventajas sociales con arreglo al artículo 7 §2 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad;

A lo largo del texto, y al hilo de las distintas disposiciones legales, se van intercalando otras definiciones de carácter más técnico como la de *reclamación* (art. 17), etc. Es, en este sentido, una ley con cierta vocación didáctica.

V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación

Se dedica un muy extenso art. 5 a esta materia.

1.- APLICACIÓN GENERAL

Por un lado, la Ley se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

- 1° el acceso a los bienes y servicios y al suministro de bienes y servicios a disposición del público;
- 2° la protección social, incluida la seguridad social y los cuidados sanitarios;
- 3° los beneficios sociales;
- 4° los regímenes complementarios de seguridad social;
- 5° las relaciones laborales;
- 6° la anotación en un documento oficial o en un atestado;
- 7° la afiliación y la pertenencia a una organización de trabajadores o empleadores o a cualquier otra organización cuyos miembros ejerzan

una profesión concreta, incluidos los beneficios que proporciona ese tipo de organización;

8º el acceso, la participación y cualquier otro ejercicio de una actividad económica, social, cultural o política accesible al público.

2.- EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA

Por otro lado, especifica (sólo a título de ejemplo, sin carácter exhaustivo) una serie de campos de aplicación que conectan con distintos aspectos de la relación laboral, así como con los regímenes complementarios de Seguridad Social. Aunque el precepto recoge una lista abierta, es muy detallado en lo que se refiere a las disposiciones y prácticas relativas a las condiciones laborales y a la remuneración, así como en materia de ruptura de relaciones laborales. Pero quizá el campo más innovador se encuentra en su aplicación a las condiciones de acceso al empleo y, por tanto, en un momento previo a la relación laboral propiamente dicha. Más concretamente, la Ley se aplicará:

1. A las ofertas de empleo o los anuncios de empleo y de posibilidades de promoción, independientemente de la manera en que se publiquen o difundan;
2. Al establecimiento y la aplicación de los criterios de selección y las vías de selección utilizadas en el proceso de contratación;
3. Al establecimiento y la aplicación de los criterios de contratación utilizados durante la contratación o el nombramiento;
4. Al establecimiento y la aplicación de los criterios utilizados para la promoción;
5. A la afiliación como asociados, a sociedades o asociaciones de profesiones independientes.

También se puede considerar una ampliación del ámbito de protección, la tipificación como delito de la *incitación a la discriminación*, sobre la que se volverá más adelante.

V.- Excepciones o causas justificativas de las distinciones

Mientras el Título III prohíbe cualquier forma de discriminación en las materias que pertenecen al ámbito de aplicación de la Ley (entendiendo por discriminación la directa, la indirecta, la incitación a la discriminación, el acoso y el rechazo a llevar ajustes razonables para una persona discapacitada), el Título II se centra en la *justificación de las distinciones*, estableciendo así una expresa diferencia entre la posibilidad de establecer distinciones directas e indirectas, frente a la taxativa prohibición de discriminación.

En este sentido, el criterio de justificación que se utiliza es el mismo en todos los supuestos: *que la distinción* (ya sea directa o indirecta) *esté objetivamente justificada por un objetivo legítimo y que los medios para alcanzar ese objetivo sean adecuados y necesarios*, remitiendo al juez la competencia para estudiar, caso por caso, si existe tal justificación.

Establecido este criterio general, la Ley hace las siguientes aclaraciones:

A) Una **distinción directa** basada en *la edad, la orientación sexual, las creencias religiosas o filosóficas, o una discapacidad* en los ámbitos a que se refiere el artículo 5 §1, 4º, 5º y 7º (esto es, los regímenes complementarios de seguridad social; las relaciones laborales, o la afiliación y la pertenencia a una organización de trabajadores) podrá justificarse *únicamente* por exigencias profesionales esenciales y determinantes debido a la naturaleza de las actividades profesionales específicas de que se trate o al contexto en que éstas se desempeñen, y siempre que la exigencia estribe en un objetivo legítimo y sea proporcionada a éste (art. 8).

En todo caso, la Ley remite una vez más al juez competente el estudio, caso por caso, de si una característica concreta constituye una exigencia profesional esencial y determinante. Así mismo,

también se remite a un futuro decreto del Consejo de Ministros en el que se concretará una lista, a título de ejemplo, de situaciones en que alguna característica constituya una exigencia profesional esencial y determinante.

Con una sistemática dudosa, más adelante (en el art. 12) se vuelve sobre los posibles motivos de justificación de distinciones directas basadas en *la edad* (en materia de relaciones laborales y de regímenes complementarios de seguridad social) que no constituirán discriminación cuando estén justificadas objetiva y razonablemente por objetivos legítimos de política de empleo, del mercado del trabajo o de cualquier otro objetivo legítimo comparable, y los medios para alcanzar dicho objetivo sean adecuados y necesarios.

Más en concreto, en materia de regímenes complementarios de Seguridad Social, las **distinciones directas** basadas en *la edad* no constituirán discriminación en los siguientes casos, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo:

- 1º el establecimiento de una edad de admisión;
- 2º el establecimiento de una edad límite para las prestaciones de pensiones o de discapacidad;
- 3º el establecimiento de distintas edades de admisión o límites para las prestaciones de pensiones o de incapacidad, para los trabajadores, para grupos o categorías de trabajadores o para trabajadores por cuenta propia;
- 4º el uso de criterios de edad en los cálculos actuariales;
- 5º una distinción directa basada en la edad por lo que se refiere a las contribuciones, incluidas las contribuciones personales, en los compromisos de pensiones del tipo de contribuciones definidas, como los que define la ley de 28 de abril de 2003 relativa a las pensiones complementarias en materia de seguridad social, y en los compromisos de pensiones a que se refiere el artículo 21 de la mencionada ley, si se cumplen las siguientes condiciones:

- el porcentaje aplicado al sueldo a cierta edad, para determinar la contribución, no deberá ser inferior al porcentaje para una edad posterior, actualizado al índice anual del 4% sobre el periodo entre las dos edades;
- si la diferenciación se realiza por grados, esta comparación se realizará entre las edades correspondientes al principio de cada grado. Para la aplicación de esta regla, la edad inicial del primer grado que se deberá tener en cuenta queda establecida en los dieciocho años.

Para los compromisos de pensiones que ya se encontraban vigentes el 14 de noviembre de 2003, la prohibición de discriminación por edad sólo se aplicará a partir del 2 de diciembre de 2006.

Por su parte, el art. 13 dispone que las *distinciones directas* basadas en las *creencias religiosas o filosóficas* no constituirán discriminación cuando, por la naturaleza de las actividades o el contexto en que éstas se desarrollen, las creencias religiosas o filosóficas constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado teniendo en cuenta el fundamento de la organización.

Sobre la base de esta disposición, no estará justificada ninguna otra distinción directa basada en otro criterio protegido, salvo que lo sea en aplicación de otra disposición del presente Título.

B) Cualquier *distinción indirecta* basada en alguno de los criterios protegidos constituirá una discriminación indirecta,

- salvo que la disposición, el criterio o la práctica aparentemente neutra en que se base la distinción indirecta esté objetivamente justificada por un objetivo legítimo y que los medios para alcanzar dicho objetivo sean adecuados y necesarios; o
- salvo que, en caso de distinción indirecta sobre la base de alguna discapacidad, se demuestre que no se puede llevar a cabo ningún ajuste razonable.

VI.- Medidas de acción positiva

La Ley se orienta a luchar contra la discriminación, estableciendo dispositivos de protección de distinto nivel y naturaleza, pero no prevé ninguna medida específica de acción positiva destinada a prevenir o compensar las desventajas vinculadas a alguno de los criterios protegidos. No obstante, fija las siguientes condiciones a tener en cuenta caso de que, en el futuro, se establezcan medidas de acción positiva (art. 10.2):

1. deberá existir desigualdad manifiesta;
2. la desaparición de dicha desigualdad deberá haberse designado como objetivo por promover;
3. la medida de acción positiva deberá ser de naturaleza temporal, pues por su naturaleza está destinada a desaparecer en cuanto se alcance el objetivo;
4. la medida de acción positiva no deberá restringir inútilmente los derechos de terceros.

Por último, se remite a un futuro decreto aprobado en Consejo de Ministros, que deberá concretar las hipótesis y condiciones en que podrán aplicarse dichas medidas (art. 10.3).

VII.- Organismo de igualdad

La Ley no crea *ex novo* ningún organismo de igualdad, pero sí introduce modificaciones en la Ley de 15 de febrero de 1993, por la que se crea un Centro para la Igualdad de Oportunidades y para la Lucha contra el Racismo (Ley que, a su vez, ya ha sufrido modificaciones por las leyes de 13 de abril de 1995, 20 de enero de 2003, 25 de febrero de 2003, y 10 de agosto de 2005).

Más concretamente, la Ley que analizamos sustituye el artículo 2, apartados 1 y 2, de la ley de 15 de febrero de 1993, por la siguiente disposición: *“La misión del Centro consistirá en promover la igualdad de oportunidades y luchar contra cualquier forma de distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en: 1º la nacionalidad, la supuesta raza, el color de la piel, la*

ascendencia o el origen nacional o étnico. 2º la orientación sexual, el estado civil, el nacimiento, el patrimonio, la edad, las creencias religiosas o filosóficas, el estado de salud actual o futuro, la discapacidad, la ideología política, las características físicas o genéticas o la extracción social.

El Centro desempeñará su misión con ánimo de diálogo y colaboración con las asociaciones, institutos, órganos y servicios que, total o parcialmente, desempeñen la misma misión o estén directamente afectados por el desempeño de dicha misión”.

Por otro lado, la Ley de 10 de mayo de 2007, contra ciertas formas de discriminación, no hace más modificaciones en cuanto a la organización y competencia del Centro, pero puede tener interés recordar aquí que dicho organismo, que está dotado de personalidad jurídica, tiene también como función específica velar por el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros, informar a los poderes públicos acerca de la naturaleza y el alcance de los flujos migratorios y desarrollar la concertación y el diálogo con todos los actores públicos y privados que participen en las políticas de recepción e integración de inmigrantes. Así mismo, el Centro se encarga de fomentar la lucha contra la trata y el tráfico de seres humanos.

1.- Competencia(s)

Por último, y a efectos del estudio comparado que nos ocupa, la Ley de 15 de febrero de 1993, de creación del Centro para la igualdad de oportunidades y la lucha contra el racismo en Bélgica, señala que el Centro ejercerá sus funciones con total independencia (art. 3) y se le faculta para:

- Realizar estudios e investigaciones necesarias para realizar sus funciones.
- Presentar opiniones y recomendaciones a los poderes públicos para mejorar la normativa y presentar recomendaciones a los poderes públicos y a personas e instituciones privadas.
- Asesoramiento del alcance de los derechos y obligaciones de las personas que lo soliciten, en el marco de sus competencias.
- Recibir, tramitar quejas y realizar las funciones de mediación que considere oportunas.

- Legitimación para promover acciones legales en los litigios de aplicación de las diversas leyes conectadas con la lucha contra la discriminación.
- Proporcionar apoyo y orientación a instituciones y organizaciones y a quienes prestan asistencia jurídica.
- Recabar y suministrar información y documentación necesaria en el marco de sus funciones, etc.

VIII.- Procedimientos de protección

En el Capítulo II del Título I, se recogen una serie de dispositivos de protección que se concretan en dos niveles. Por un lado, se prevé un procedimiento de *reclamación* y, por otro, una *acción procesal* para el cese de una determinada actuación que de lugar a una discriminación.

La *reclamación* se regula tanto para presuntas violaciones de la Ley en un ámbito distinto de las relaciones laborales y los regímenes complementarios de Seguridad Social (art. 16), como en dichos ámbitos (art. 17). En ambos casos se fijan los sujetos legitimados para interponerla (afectado, agrupación de intereses o por el Centro), así como los requisitos formales relativos a plazos, motivación, notificación etc. Tiene interés la especial protección que prevé la Ley frente a hipotéticas medidas perjudiciales que pudieran adoptarse contra la persona que presente una reclamación, pues el destinatario de la reclamación deberá demostrar que la medida se adoptó por motivos ajenos a la misma. La Ley aclara que, en el ámbito laboral, se entenderá por medida perjudicial la ruptura de la relación laboral o la modificación unilateral de las condiciones de trabajo.

En cuanto a la acción procesal para el cese de una determinada actuación que infrinja la Ley (calificada como *acción de cese*), tiene como característica importante que no funciona la regla de *prejudicialidad* penal, esto es, que el conocimiento del asunto por los órganos jurisdiccionales penales no determina necesariamente la

suspensión del procedimiento que se siga en otros órganos jurisdiccionales que estén conociendo de la acción de cese de discriminación.

La carga de la prueba

Se incluyen disposiciones procesales específicas, con el fin de establecer garantías reforzadas a favor de las supuestas víctimas de discriminación. Así, a la víctima o sus representantes, les basta con afirmar la existencia de un hecho o de una situación discriminatoria fundada en alguno de los criterios protegidos, trasladando automáticamente al supuesto infractor la carga de acreditar la inexistencia de dicha situación.

Se incluirán entre los hechos que permiten presumir la existencia de discriminación directa basada en algún criterio protegido, pero sin carácter exclusivo:

1º los elementos que revelen cierta recurrencia en el trato desfavorable respecto de personas que compartan algún criterio protegido; entre otros, distintos avisos aislados al Centro o a alguna agrupación de intereses.

2º los elementos que revelen que la situación de la víctima del trato más desfavorable es comparable con la situación de la persona de referencia.

Se incluirán entre los hechos que permiten presumir la existencia de discriminación indirecta basada en alguno de los criterios protegidos, pero sin carácter exclusivo:

1º estadísticas generales relativas a la situación del grupo del que forme parte la víctima de discriminación o hechos de conocimiento general

2º la utilización de un criterio de distinción intrínsecamente sospechoso

3° material estadístico elemental que revele un tratamiento desfavorable.

Instancias competentes:

La Ley amplía el ámbito de legitimación activa para emprender acciones judiciales en los litigios que tengan por objeto situaciones de discriminación fundada en alguno de los criterios protegidos. Así, estarán legitimados, además de la víctima:

1° cualquier establecimiento de utilidad pública y cualquier asociación, que goce de personalidad jurídica desde al menos tres años en el momento de los hechos, que se proponga en sus estatutos defender los derechos humanos o luchar contra la discriminación;

2° las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores a que se refiere el artículo 3 de la ley de 5 de diciembre de 1968 sobre convenios colectivos de trabajo y comisiones paritarias;

3° las organizaciones representativas con arreglo a la ley de 19 de diciembre de 1974 por la que se regulan las relaciones entre las autoridades públicas y los sindicatos de los agentes que dependen de dichas autoridades;

4° las organizaciones sindicales representativas dentro del órgano de concertación sindical designado para las administraciones, servicios e instituciones para los que la ley de 19 de diciembre de 1974 por la que se regulan las relaciones entre las autoridades pública y los sindicatos de los agentes que dependen de dichas autoridades no sea aplicable;

5° las organizaciones representativas de los trabajadores por cuenta propia.

Ahora bien, cuando la víctima de la discriminación sea una persona física o una persona jurídica identificada, la acción del Centro y de las agrupaciones de intereses sólo se podrá admitir si demuestran que han recibido el consentimiento de la víctima.

IX.- Ámbito penal

Mediante esta Ley belga contra ciertas formas de discriminación también se incorporan nuevas disposiciones penales. La Ley que analizamos entra a formar parte de la *legislación penal especial*, esto es, se trata de una norma de carácter interdisciplinar que prevé en su articulado nuevos delitos que, desde un punto de vista formal, no pasan a formar parte del Código Penal. Así, por ejemplo, el art. 23 recoge que *“será sancionado con una pena de entre dos meses y dos años de cárcel todo funcionario o empleado público, todo depositario o agente de la autoridad o de la fuerza pública que, en el ejercicio de sus funciones, cometa discriminaciones contra una persona por alguno de los criterios protegidos”*.

Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se hayan cometido contra un grupo, una comunidad o alguno de sus miembros, por alguno de los criterios protegidos.

La Ley matiza que *“si el inculpado justifica que actuó por orden de sus superiores por objetos de competencia de los mismos y que estaba obligado a cumplir por obediencia jerárquica”*, las penas se aplicarán únicamente a los superiores que dieron la orden.

En la misma línea, el art. 22 crea un nuevo tipo penal cuando recoge que será sancionado con una pena de entre un mes y un año de cárcel y una multa de entre cincuenta y mil euros, o con una de estas dos penas:

1º todo aquél que, en alguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 444 del Código Penal, incite a discriminar a una persona, por alguno de los criterios protegidos, incluso fuera de los ámbitos indicados en el artículo 5;

2º todo aquél que, en alguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 444 del Código Penal, incite al odio o a la violencia contra una persona, por alguno de los criterios protegidos, incluso fuera de los ámbitos indicados en el artículo 5;

Las modificaciones del Código Penal.

El Título VIII incluye un elevado número de disposiciones modificativas del Código Penal, dirigidas a ampliar las penas cuando alguno de los móviles de la infracción o del delito sean el odio, el desprecio o la hostilidad con respecto a una persona por su supuesta raza, el color de su piel, su ascendencia, su origen nacional o étnico, su nacionalidad, su sexo, su orientación sexual, su estado civil, su nacimiento, su edad, su patrimonio, sus creencias religiosas o filosóficas, su estado de salud actual o futuro, alguna discapacidad, su lengua, su ideología política, alguna característica física o genética o su extracción social.

BULGARIA

Ley de protección contra la discriminación de 30 de septiembre de 2003. Modificada por Ley de 22 de agosto de 2006.

I.- Introducción

La finalidad de la Ley búlgara consiste en asegurar a todos los individuos la igualdad ante la Ley, la igualdad de trato y de oportunidades para la inclusión social y la protección efectiva contra la discriminación (art. 2). La Ley protegerá frente a la discriminación a todos los individuos dentro del territorio búlgaro (art. 3).

En la norma aparece una llamada expresa a las asociaciones de individuos, así como también a otras entidades legales, para que permitan el disfrute de los derechos reconocidos en la Ley de protección contra la discriminación cuando sus miembros o trabajadores sean sujetos discriminados en base a cualquiera de los motivos recogidos en ella (art. 3.2). Ante todo la prohibición de discriminación quedará cubierta en el ejercicio y protección de los derechos y libertades constitucionales y legales reconocidos en la República de Bulgaria (art. 6). Buscando el cumplimiento de esa loable pretensión, se encomienda a las autoridades (estatales y locales) que en el ejercicio de sus poderes adopten las medidas necesarias y posibles para lograr los fines de la Ley (art. 10). Incluso llega a encargar tareas concretas, como por ejemplo que los poderes públicos se impliquen en la consecución de una participación equilibrada entre hombres y mujeres en el ámbito de la educación y formación o la incorporación de ayudas para individuos o grupos desfavorecidos que faciliten el objetivo de la igualdad de oportunidades. Yendo más allá la Ley clasifica como prioridad las actuaciones públicas en esos dos campos (igualdad entre sexos y la igualdad dirigida a los más desfavorecidos) para quienes sean víctimas de discriminación múltiple (art. 11).

Los dictados de la Ley se hacen extensivos tanto a las previsiones de la misma como al resto de normas del ordenamiento búlgaro que regulan la igualdad de trato. Así se consigue, o al menos se pretende, homogeneizar las diferentes legislaciones que existen sobre la materia de no discriminación e igualdad de trato (y ello puede ser válido no sólo sobre las regulaciones ya promulgadas sino sobre las que en el futuro pudieran promulgarse).

El tratamiento de la prohibición de la discriminación es concebido por la legislación búlgara como un elemento instrumental para la consecución y efectividad de otros derechos, por ejemplo en el ámbito del empleo -privado y público- protege el derecho al trabajo, o ya fuera de ese marco para la consecución del derecho a la educación, formación o el derecho de asociación, derechos de plena participación en las asociaciones, etc. Es una visión, ciertamente, algo particular de la prohibición de discriminación, vista siempre y en todo caso como un medio para la consecución de la igualdad en distintos ámbitos de la vida y concretamente para hacer efectivos determinados derechos.

II.- Estructura de la Ley

La Ley se estructura en cinco capítulos y contiene 84 artículos a los que se adicionan disposiciones suplementarias y disposiciones transitorias y finales que, a su vez, contienen derogaciones y modificaciones de otras normas, así como determinan el momento de la entrada en vigor de la nueva normativa.

El capítulo primero establece las Disposiciones Generales (arts. 1 a 11). El segundo capítulo, bajo la rúbrica protección contra la discriminación (arts. 12 a 39), a su vez se subdivide en tres secciones, la primera dedicada a la defensa del derecho al trabajo en el ámbito del empleo, la segunda sección a la protección del derecho a la educación y la formación, mientras que la tercera y última sección incorpora la protección de otros derechos. Su tercer capítulo

se detiene en la Comisión para la protección contra la discriminación (arts. 40 a 48). El capítulo cuarto determina el procedimiento para la protección frente a la discriminación (arts. 50 a 75), también se subdivide en secciones; la primera se centra en los procedimientos ante la comisión para la protección contra la discriminación, mientras que la segunda sección incorpora reglas particulares para aplicar en el procedimiento judicial cuando se trate de la defensa de los derechos de no discriminación e igualdad de trato. El capítulo quinto introduce medidas sancionadoras (arts. 76 a 84), la sección primera de este capítulo se centra en las infracciones y sanciones de carácter administrativo y la sección segunda en las cuantías económicas de la sanción. Al articulado de la Ley se adicionan unas previsiones, llamadas previsiones suplementarias, que recogen un conjunto de términos discriminatorios y sus definiciones (acoso, acoso sexual, persecución, orden de discriminar, tratamiento menos favorable, segregación racial, orientación sexual, discriminación múltiple, estado civil, genoma humano, circunstancias específicas...). La Ley se cierra con disposiciones transitorias para la puesta en marcha de la Comisión contra la discriminación y un sin fin de disposiciones derogatorias referentes al Código de Trabajo, a la Ley de rehabilitación e Integración social de los discapacitados, la Ley de promoción del empleo, la Ley de la educación pública y la Ley de las fuerzas armadas. Conviene tener presente que la entrada en vigor de la Ley también afecta a un importante número de decisiones de la Corte Constitucional búlgara que se ven afectadas por la nueva normativa. Así mismo la Ley recoge un mandato a los Ministerios de Trabajo e Industria para la aplicación e implantación de los dictados contenidos en ella. La norma finaliza determinando su *vacatio legis* y entrada en vigor para el 1 de enero de 2004.

Al haber sido reformada la Ley de protección contra la discriminación en el año 2006, también en ella, al final de la misma se fija la entrada en vigor de las nuevas modificaciones introducidas

precisando momentos distintos de entrada en vigor para cada una de sus partes. En particular en lo que afecta al Código de procedimiento administrativo, también se establece la regla de que para los procesos iniciados antes de la entrada en vigor (o de sus posteriores reformas) se guiarán por las reglas de procedimiento anteriores a la nueva Ley. Finalmente, se fija la necesaria dotación presupuestaria para la puesta en funcionamiento de la Comisión contra la discriminación a partir del año 2006 en adelante.

III.- Motivos de discriminación

Con un carácter, sin duda, muy abierto el artículo 1 fija como criterio general la protección contra todas las formas de discriminación y establece que la Ley contribuirá a la prevención de la discriminación. No obstante el artículo 4, sin abandonar esa tendencia a la apertura en la lucha contra la discriminación, enumera ya prohibiciones concretas de discriminación, con independencia de que sean aquellas discriminaciones directas o indirectas. Así se refiere a discriminaciones basadas en el sexo, raza, nacionalidad, etnia, genoma humano, ciudadanía, origen, religión o creencias, educación, opinión, afiliación política, situación personal o social, discapacidad, edad, orientación sexual, estado civil, patrimonio o por cualquier otro motivo fijado por la Ley o por los Tratados internacionales de los que Bulgaria sea parte.

En el art. 5 se refiere a determinadas conductas o actuaciones, que han de ser también consideradas como discriminación, entre ellas enumera: el acoso (considerando como tal además de cualquier acoso producido por cualquiera de los motivos descritos en el art. 4, sexo, raza, nacionalidad, etnia, genoma humano, ciudadanía, origen, religión, creencia, opinión, afiliación política, discapacidad, edad, orientación sexual, estado civil, propiedad, etc.), el acoso sexual, las órdenes de discriminar, la persecución racial, la construcción y el

mantenimiento de barreras arquitectónicas que impidan el acceso a lugares públicos (abiertos al público) a los discapacitados.

IV.- Definiciones

No sólo se incorporan las nociones de discriminación directa y discriminación indirecta (art. 4.2 y 4.3), también se introduce el concepto de acoso por cualquiera de los motivos especificados sobre la prohibición de la discriminación. Además al final de la Ley, mediante una serie de disposiciones llamadas *suplementarias*, se fijan las definiciones ya indicadas de acoso y de acoso sexual, pero también muchas otras como las de persecución, acciones para la protección contra la discriminación, órdenes de discriminar, segregación racial, tratamiento menos favorable, significado de la expresión “por motivos de las razones que figuran en el art. 4 de la Ley”, orientación sexual, discriminación múltiple, violación reiterada, estado civil, genoma humano, circunstancias específicas.

En la línea marcada por las definiciones de las directivas antidiscriminatorias, se incorpora la noción de *discriminación directa*: que acontecerá cuando una persona es tratada o ha sido tratada o podría ser tratada de forma menos favorable que otra en una situación comparable por cualquiera de los motivos prohibidos por el art. 1 de la Ley. Igualmente, se hace referencia a la *discriminación indirecta*, en este caso, acontece cuando bajo disposiciones, criterios o prácticas neutras se coloca a una persona en una situación desfavorable en comparación con otros individuos, si esa situación favorable puede ampararse en cualquiera de las formas de discriminación prohibidas; salvo que aquellas disposiciones, criterios o prácticas estén objetivamente justificadas por un fin legítimo, que además sea adecuado y necesario.

Por *acoso* se entienden los comportamientos indeseados en atención a los motivos prohibidos en el art. 4 de la Ley siempre que se expresen física o verbalmente o de otra manera y resulten una

ofensa para dignidad de la persona, creando un ambiente hostil, ofensivo o amenazante; por *acoso sexual*, las conductas no deseadas de naturaleza sexual expresadas física, verbal o en otro sentido que supongan una ofensa a la dignidad y honor y generen un ambiente hostil, ofensivo, humillante o amenazante, en particular cuando el rechazo o la aceptación de aquellas conductas influya para la toma de decisiones que afectan a la persona.

Persecución significa recibir un: (1) trato menos favorable dado a quien ha iniciado o su presume que ya las ha iniciado o iniciará acciones para protegerse contra la discriminación, (2) tratamiento menos favorable a una persona, debido a que un pariente o alguien relacionado con él ha iniciado acciones que le protegen contra la discriminación o sea presumible que las ha iniciado o las pueda iniciar o (3) tratamiento menos favorable a quienes declinan perpetuar o realizar una acción discriminatoria. *Las acciones para proteger frente a la discriminación* incluirán la presentación de queja o aviso, mediante la presentación de reclamaciones -por el propio sujeto ofendido o a través de testigos- en los procedimientos para la protección frente a la discriminación. *Órdenes de discriminar* significa recibir mandatos directos e intencionales, envío de instrucciones, ejercicio de presión o persuasión de una práctica discriminatoria allí donde el instigador posee una influencia sobre el sujeto instigado. *Segregación racial* significará la expedición de un acto, acción o inacción que conduce necesariamente a la separación, aislamiento, indiferencia de una persona por razón de su raza, etnia o color de piel. *Tratamiento menos favorable*, significa cualquier acto, acción o inacción que afecte directa o indirectamente a derechos o a intereses legales. *Por razones de las características recogidas en el art. 4*, significa la discriminación de una persona basada en aquéllas razones o motivos prohibidos sean actuales, presentes o pasadas debido a la supuesta existencia de uno o varios criterios, o de alguien relacionado con aquel factor (o factores) o que se cree que ésta

relacionado con él si tal relación se produce por motivos de discriminación prohibidos.

Personas relacionadas, incluye lazos entre los cónyuges o de quienes sean parientes en línea directa, ascendientes o descendientes, y en línea colateral hasta el cuarto grado, también por afinidad en línea colateral hasta el tercer grado, a los tutores y curadores y a las personas que bajo el cuidado de aquéllos ostenten acogida (tutelados), a quienes convivan como parejas de hecho; también incluye las relaciones entre un empleado y su empleador, a los partícipes en un mismo negocio, a los socios, a aquellas personas que debido a otras circunstancias deben considerarse directa o indirectamente a cargo de la víctima y en la conexión se produzcan cualquiera de las razones o motivos de discriminación prohibidos, personas con quienes la víctima esté a su cargo directa o directamente y esa conexión se produzcan razones de discriminación, finalmente también incluye a las personas que acompañan a la víctima en el momento que se produce una acción discriminatoria si esa relación se produce por alguno de los motivos de discriminación.

Orientación sexual, incluye la orientación heterosexual, homosexual o bisexual. *Discriminación múltiple*, significa la discriminación producida por más de una de las razones de discriminación prohibidas recogidas en el art. 4 de la Ley. *Violaciones reiteradas*, significará la violación cometida dentro del año posterior a la toma de decisión por la que el transgresor ha sido sancionado debido a la comisión de una ofensa de la misma clase. *Situación matrimonial* significa el estado conyugal de cohabitación actual y cuidado de personas a su cargo debido a su edad o discapacidad, sean descendientes o ascendientes, u otros parientes en línea colateral hasta el tercer grado. *Genoma humano*, se refiere a la totalidad de todos los genes que configuran a un individuo particular mediante una secuencia o conjunto de cromosomas. *Circunstancias específicas*, significará circunstancias relacionadas con la situación

social, la salud, estado civil, edad y otras circunstancias similares que no conllevan una discriminación por razón de sexo.

V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación

La Ley se concentra en tres ámbitos que va a distinguir claramente, el derecho al trabajo con independencia de que lo sea público o privado o se trate de empleos en las fuerzas armadas, la protección del derecho a la educación y la formación, así como se recoge una miscelánea de ámbitos que la Ley trata de manera muy fragmentada y localista y los agrupa a todos en una misma sección (derecho de asociación y participación y promoción de la igualdad de oportunidades en ciertos ámbitos). Pero para la Ley también son muy importantes las justificaciones que permiten la inaplicación de la norma, ideadas como exclusiones a la aplicación de las reglas de la no discriminación, estas excepciones se detallan en un sin número de apartados que recogen las concretas situaciones en las que se excepciona la aplicación de la normativa antidiscriminatoria.

1.- PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO

Bajo criterios comunes de tutela del derecho al trabajo, desde la Ley se impide que se realicen ofertas de empleo discriminatorias (con base en cualquiera de los motivos del art. 4), no admite que durante el proceso de selección se le requiera información al trabajador por cualquiera de los motivos de discriminación y si algún dato fuera necesario debe ser tratado bajo los criterios fijados por las Leyes de protección de datos. En ningún caso el empresario puede denegar la contratación fundándose en el embarazo de la mujer, la maternidad o el cuidado de los hijos. Tampoco podría por los motivos de discriminación prohibidos rechazar contratar a una persona ni emplearla bajo condiciones menos favorables. El empresario está obligado a garantizar condiciones de trabajo iguales y sin distinciones motivadas por cualquiera de los factores de discriminación prohibidos. Aunque se excepciona de esas reglas prohibitivas de la

discriminación las propias previsiones que sí admiten un trato diferenciado; excepciones recogidas según las reglas que la Ley contiene en su art. 7 (todas estas justificaciones se verán más adelante en el último punto de este apartado). En relación con la religión y creencias de sus trabajadores, cuando no supongan una carga gravosa para la empresa, el proceso productivo y la organización empresarial lo tolere, el empresario estará obligado a conceder a sus empleados horas de trabajo y días de descanso tomando en consideración sus convicciones religiosas.

Como ya hemos visto que sucede en otros ordenamientos europeos, expresamente se incorpora la cláusula de igualdad retributiva ante trabajos iguales o de igual valor (art. 14). Además, siguiendo las reglas que ya se aplican en toda Europa para evitar la discriminación salarial por razón de sexo, el concepto de remuneración incluye tanto los salarios abonados a los trabajadores así como aquellas otras retribuciones indirectas, conteniendo referencias tanto al salario en moneda como al salario en especie. Pero es que además se indica que los criterios para la determinación de los salarios, su valoración y cálculo han de ser iguales para todos los trabajadores, vendrán fijados por acuerdo de la negociación colectiva o las reglas retributivas que se fijen, mientras que si se trata de funcionarios públicos se establecerán las cuantías retributivas siguiendo las específicas reglas normativas para el empleo público.

La Ley incorpora en su art. 15 un mandato al empresario para que proporcione igualdad de oportunidades a sus empleados, tanto en la formación como en la mejora de las cualificaciones profesionales o reciclaje, en su desarrollo profesional y promoción o ascensos, siempre sin distinciones por cualquiera de los motivos de discriminación legalmente prohibidos.

Con respecto a los trabajadores discapacitados el empresario está obligado a adaptar el puesto de trabajo a las necesidades de

aquéllos ya sea en el momento de la contratación o cuando acontezca un accidente, salvo que las medidas sean desproporcionadas en términos económicos y supongan una carga importante para el empresario.

El empresario cuando reciba una queja por un trabajador que se considere acosado en el trabajo, incluidas las quejas por acoso sexual, está obligado a abrir una investigación y adquirir el compromiso de poner fin al acoso y además tomar medidas disciplinarias si el acoso fue cometido sobre otro trabajador.

El empresario en colaboración con los sindicatos debe tomar medidas efectivas para prevenir cualquier forma de discriminación en el lugar de trabajo (art. 18). Ante el incumplimiento de esas obligaciones, cuando uno de sus empleados cometa acciones discriminatorias, el empresario será considerado también responsable de discriminación (art. 19). De alguna manera la legislación búlgara en este apartado extiende la responsabilidad del empresario frente a situaciones discriminatorias producidas en la empresa ante la inacción del mismo, exigiéndole una especial responsabilidad *in vigilando*.

Las sanciones, que el empresario aplique en virtud de su poder disciplinario a sus empleados, han de ser impuestas bajo criterios de igualdad y sin tomar en consideración al aplicarlas ninguno de los factores de discriminación prohibidos. El empresario también ha de aplicar criterios de equidad en el ejercicio de la extinción unilateral de los contratos de trabajo siguiendo las reglas del Código del Trabajo búlgaro que disciplinan los despidos, sin que pueda practicarse discriminación. Estos mismos criterios son aplicables para la Administración pública cuando extinga la relación que le une con sus funcionarios.

Desde la norma se incorporan también medidas difusoras de la nueva normativa antidiscriminatoria. Así se exige a la empresa que

haga pública esta normativa en sus locales, en un lugar accesible, debiendo exponer o publicitar el texto de la Ley antidiscriminatoria así como aquellas otras regulaciones internas y cláusulas de los convenios colectivos relativas a la protección contra la discriminación. Si así se lo pidiera un trabajador -al que se le hayan lesionado cualquiera de los derechos que le protegen de la discriminación en el trabajo- el empleador está obligado a suministrar la información requerida. Esa información ha de indicar los motivos de la decisión adoptada por la empresa y cualesquiera otros datos relevantes para su valoración.

Si fuera necesario para el propósito de la Ley el empresario debe fomentar la contratación de aquella persona del sexo o grupo étnico menos representado para realizar un trabajo específico o desarrollar el trabajo en un puesto concreto. También estará obligado el empresario a fomentar en igualdad de condiciones el desarrollo profesional propiciando la inclusión de los trabajadores de un sexo o determinado grupo étnico allí donde estén subrepresentados en comparación con los otros trabajadores (arts. 24 y siguientes).

Los mandatos para la consecución de la igualdad de oportunidades también se extienden a las oficinas de empleo que atienden a los desempleados, sin dejar de recoger junto aquel mandato que el principio de no discriminación por cualquiera de los motivos prohibidos en la Ley ha de regir toda la actuación de las oficinas de empleo. Asimismo han de ser tomados en consideración ambos criterios, de la igualdad de trato y prohibición de discriminación, tanto en el acceso a una profesión u ocupación, como en el desarrollo profesional.

Respecto al empleo público la Ley no incorpora cláusulas particulares para su aplicación. Por un lado, todas las reglas contenidas para el empleo privado son extendidas para quienes realizan el servicio militar en las fuerzas armadas, aunque permite

que se incluyan excepciones para determinadas actividades o para el acceso a ciertos puestos en los que el sexo constituye un factor determinante (sin duda aquí se ponen de manifiesto algunas de las limitaciones reales de la legislación búlgara en la consecución de la igualdad entre sexos). Por otro lado, también aquellas reglas comunes resultan de aplicación a todos los funcionarios públicos, pero en este caso sin introducir ningún tipo de excepción.

2.- PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y A LA FORMACIÓN

En el ámbito educativo preocupa la prevención de cualquier forma de discriminación, por ello se exige que se designe a una persona encargada en cada escuela de ese control; que puede ser personal docente, otro personal o incluso estudiantes. Pero lo que más preocupa al legislador búlgaro es la discriminación racial, por ello se encomienda bien al Ministro de Educación y Ciencia o bien a las autoridades locales la adopción de medidas que prohíban la segregación racial en las instituciones educativas (art. 29). También se exige que a los discapacitados se les ofrezcan las necesarias medidas para el ejercicio de su derecho a la educación y a la formación, salvo que el coste de la adaptación sea excesivo y suponga una grave carga para la institución (art. 32).

Como ya hemos visto en el ámbito del empleo, también se exige para los centros educativos la publicidad de la Ley, que deberá ser expuesta en un lugar accesible y junto con las reglas de lucha contra la discriminación que tenga aprobadas cada centro. Cuando el director de un centro reciba una queja de acoso (por parte de estudiantes, docentes u otro personal) debe tramitar la denuncia, tomar las medidas necesarias para que cese inmediatamente el acoso y sancionar disciplinariamente a los responsables de aquel acoso. Bajo petición de la persona que considere lesionado alguno de sus derechos, el director del centro deberá ofrecerle la información requerida, incluyendo los motivos que justificaron la decisión de la

dirección o del profesor, así como otros datos de interés. En caso de incumplirse las obligaciones de implantación de las medidas que prohíben la discriminación se hace responsable al director del centro educativo de la discriminación que fue cometida por algún miembro del colegio (ampliando también al ámbito educativo la llamada culpa *in vigilando*).

La implicación en la lucha contra la discriminación se extiende más allá de los profesionales de la educación y formación, también han de colaborar los autores de los libros de texto para erradicar estereotipos, aunque inicialmente sólo cita los de *género* que se refieren a los roles de mujeres y hombres en todas las esferas de la vida, tanto en lo público como en el ámbito de la familia. En este sentido se exige que se incluyan las cuestiones del género en los currículos educativos y en los programas formativos, desde la educación de parvulario hasta el bachillerato. Pero finalmente estas reglas también se extienden a otros factores de discriminación prohibidos, en particular en relación con la raza, los grupos étnicos y religiosos y las personas con discapacidad para lograr superar los estereotipos negativos que aún soportan estos individuos (art. 35).

3.- PROTECCIÓN DE OTROS DERECHOS

Los sindicatos, asociaciones profesionales y organizaciones empresariales no pueden establecer requisitos para la asociación de sus miembros o la participación en sus actividades por cualquiera de los motivos de prohibición de discriminación contemplados en el art. 4; salvo las exigencias de titulación requeridas para pertenecer a una asociación profesional. Tampoco es posible negar determinados servicios o productos o su acceso, ni tampoco suministrar éstos de una menor calidad o en condiciones menos favorables por cualquiera de los motivos de discriminación prohibidos en la Ley de protección contra la discriminación. Este apartado recoge las exigencias previstas al respecto por las distintas Directivas comunitarias antidiscriminatorias.

Con un claro interés legal del fomento de la igualdad de oportunidades en la acción política la Ley incorpora un mandato a las autoridades públicas, nacionales o locales, para que adopten e implanten una política equilibrada de inclusión entre mujeres y hombres, y también se expresa la necesidad de favorecer la participación en los gobiernos y en la toma de decisiones de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o idiomáticas (art. 38). También exige para el empleo público que, ante solicitantes con iguales capacidades y requisitos respecto al puesto ofertado, se elija el solicitante del sexo menos representado. Sin embargo la norma contiene una excepción ante específicas circunstancias del solicitante del sexo más representado, más allá de los requisitos laborales, al considerar que su nombramiento no constituirá discriminación para el solicitante del sexo menos representado. Estas reglas son aplicables a determinados cargos públicos como la pertenencia a consejos, participación en grupos de expertos, directores, órganos consultivos u otros órganos, salvo en los casos que la elección o el nombramiento se efectúe a través de un proceso competitivo.

4.- EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA LEY

Con carácter general el art. 7 recoge una serie de tratamientos dispares que no constituyen discriminación, debido a su ciudadanía, en atención a la convicción religiosa o creencias, otras veces por la edad, en ocasiones deteniéndose en el estado fisiológico de la mujer embarazo o las madres o tomando en cuenta la situación de la discapacidad del sujeto afectado, etc. En otras ocasiones cuando el sexo es considerado esencial y determinante para el desarrollo de una ocupación también será posible aplicar una excepción justificada a la regla de la prohibición de discriminación. En este último supuesto la lista de aquéllas actividades que admiten un trato diferenciado será previamente fijada por el Ministerio de Trabajo (previa consulta con el Ministerio de Interior) y se someterá a revisión conforme cambien las

condiciones laborales al menos cada tres años; la determinación de esas excepciones va a corresponder al Ministerio de Defensa cuando las actividades y puestos se vinculen con la realización del servicio militar en las fuerzas armadas.

De esta manera a lo largo del enunciado del precepto se van señalando aquellos supuestos que no constituyen discriminación en atención al diferente trato recibido por las personas. Es una larga enumeración que concreta un elenco de escenarios singulares, se trata de las siguientes situaciones que (por distintas razones) permiten o justifican la diferencia de trato: (1) En base a razones de ciudadanía o para personas apátridas si así está recogido por la Ley o por un Tratado internacional en el que la República de Bulgaria sea parte. (2) Tampoco el trato diferenciado será considerado discriminatorio si existe una razón en atención a la naturaleza de la particular ocupación o actividad profesional, o de las condiciones en las que se ejecuta (atendiendo al contexto en el que se desarrolla), cuando aquellas características constituyen requisitos esenciales y decisivos de la ocupación, siempre que el objetivo sea legítimo y los requerimientos no vayan más allá de lo necesario para su consecución (esta expresión -que aparece en repetidas ocasiones en la Ley- se refiere al requisito de la proporcionalidad). (3) Ni cuando el trato diferente lo sea por razón de religión, sexo o creencia referido a las ocupaciones desarrolladas en instituciones religiosas, atendiendo a la ética de los fines de aquéllas o al contexto en el que son desarrolladas cuando la religión, las creencias o el sexo de una persona constituye un requisito esencial y determinante tomado en cuenta por la institución u organización en atención a su ética siempre que en ese contexto, el objetivo sea legítimo y el requisito esté justificado y sea proporcionado a sus fines. (4) Ni tampoco cuando la diferencia de trato se base en la religión, creencias o sexo en caso de educación religiosa o formación, incluida la formación profesional o la educación dirigida al aprendizaje de una profesión,

esta excepción opera en los mismos términos recogidos en el apartado anterior. (5) La fijación de requisitos de una edad mínima o una experiencia profesional o antigüedad en el servicio para el acceso al empleo o para la obtención de determinadas ventajas vinculadas al empleo, siempre que aquel requisito esté justificado de manera objetiva para la consecución de un fin u objetivo legítimo y que no vaya más allá de lo necesario. (6) La determinación de una edad máxima para la contratación que se base en requisitos formativos del puesto en cuestión o cuando sea necesario un periodo de actividad razonable antes de la jubilación o previo a la jubilación, siempre que se trate de una finalidad justificada por un objetivo legítimo y que aquellos requisitos no vayan más allá de lo necesario. (7) Protección especial a las mujeres embarazadas y a las madres que hayan sido fijadas por la Ley, salvo que aquéllas decidan no hacer uso de la protección especial y así lo hayan comunicado, debidamente, por escrito a su empleador (sin embargo esta posibilidad podría encubrir una renuncia a la protección de la salud que debe ser por lo menos cuestionada en el ámbito del derecho del trabajo). (8) Requisitos previos fijados por la Ley en cuanto a la edad, de experiencia profesional o de experiencia de los funcionarios públicos con el propósito de adquirir o lucrar pensiones de jubilación. (9) Las medidas y programas recogidos en la Ley de empleo (de promoción del empleo). (10) El trato diferenciado que reciben los discapacitados en su formación y educación con el objeto de cubrir sus específicas necesidades educativas dirigidas a contribuir a la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación o formación. (11) Fijar requerimientos para las edades mínima y máxima de acceso a la formación profesional y a la educación, bajo condiciones objetivamente justificadas por una finalidad legítima, en atención a la naturaleza de la específica educación o formación y al contexto en el que se desarrolla siempre que no vaya más allá de lo necesario para su consecución. (12) Medidas educativas y formativas, que aseguren la inclusión equilibrada de mujeres y hombres, tan lejos como dichas

acciones sean necesarias. (13) Específicas ayudas dirigidas a favorecer individuos desfavorecidos o grupos de personas por cualquiera de los motivos que fija el art. 4 de la Ley que tengan como objetivo alcanzar la igualdad de oportunidades, allí donde las medidas sean necesarias. (14) Especial protección fijada por las Leyes y dirigidas a los huérfanos, menores, progenitores monoparentales e individuos con discapacidades. (15) Acciones para proteger la singularidad e identidad de las personas por razón de su etnia, religión, lengua minoritaria (en Bulgaria el Romaní lo es) y sus derechos a mantener y desarrollar su cultura con relación a otros grupos (e independientemente de ellos), a profesar y practicar su religión o usar su lengua. (16) Acciones educativas o formativas que aseguren la inclusión de personas pertenecientes a minorías étnicas allí donde sea necesario.

VI.- Medidas de acción positiva

Algunas de las excepciones a la diferencia de trato que acabamos de señalar se configuran como auténticas provisiones que amparan la presencia de medidas de acción positiva; así, por ejemplo, el caso de las dirigidas a los discapacitados o la inclusión equilibrada entre hombres y mujeres en las acciones educativas y formativas. También las actuaciones que protegen la singularidad de la etnia o lengua minoritaria o la religión de las personas. La concesión de ayudas o beneficios sociales tendentes a ayudar a personas o grupos desfavorecidos para alcanzar o, al menos, aproximarse a la igualdad de oportunidades real, etc. También son medidas de acción positiva todas las acciones de fomento e incentivos dirigidos a determinados grupos en el ámbito del empleo o en otras esferas de la vida, que la Ley búlgara incorpora como excepciones que amparan la legalidad de la diferencia de trato.

Es decir, como ya venimos observando que hacen otros muchos ordenamientos europeos, se opta por incluir las acciones positivas

concebidas en exclusiva como excepciones a la prohibición de discriminación.

VII.- Organismo de igualdad

Es la **Comisión para la protección contra la discriminación**, goza del reconocimiento de entidad legal o, lo que es lo mismo, se le reconoce personalidad jurídica.

1.- Organización

La Comisión responde a una estructura territorial con su sede en Sofía, pero podrá tener representantes territoriales en las distintas Regiones.

Composición y Estatuto de sus Miembros

Se eligen nueve miembros de los cuáles, al menos, cuatro han de ser juristas, cinco de ellos son elegidos por la Asamblea Nacional, incluidos su Presidente y Vicepresidente, los otros cuatro miembros de la Comisión para la protección contra la discriminación son nombrados por el Presidente de la República. En el proceso de elección se ha de tener en cuenta tanto la representación equilibrada entre mujeres y hombres como la inclusión de personas pertenecientes a minorías étnicas. Los elegibles sólo pueden ser ciudadanos búlgaros que, además, tengan una titulación universitaria, igualmente han de poseer una experiencia reconocida en el campo de la protección de los derechos humanos y no pueden tener antecedentes penales, ni haber sido reclusos o ser personas que tengan pendiente una causa penal. Se excluye de la elección a quienes sean comerciantes, empresarios, miembros de cooperativas, síndicos, tengan otro cargo remunerado, salvo que sea un trabajo científico o de investigación, y también a quien sea miembro del comité ejecutivo en un partido político.

La duración del mandato de los miembros de la Comisión es de cinco años. El tiempo en el ejercicio del cargo se tomará en cuenta

como experiencia en el empleo público. La Ley se detiene en regular las distintas causas de recusación del mandato, ya sea la dimisión o cuando a un miembro no le sea posible cumplir sus obligaciones de este cargo por más de seis meses por estar procesado o ser reo de delito o, también, en los casos de incompatibilidad legalmente establecida. En los casos que la recusación recayera sobre el Presidente o el Vicepresidente de la Comisión la propuesta será estudiada por la Asamblea Nacional o el Presidente de la República. La sustitución de un miembro cesado se llevará a cabo por el nuevo comisionado sólo por el periodo del mandato que restaba al miembro cesado. También en el texto de la norma se incorporan legalmente los emolumentos del Presidente, Vicepresidente y de los restantes miembros de la Comisión, cobrarán respectivamente el 90%, 80% y 75% de las remuneraciones básicas de un Diputado nacional.

Los nombramientos y el procedimiento para la designación de sus representantes regionales aparecerán recogidos en el Reglamento de funcionamiento interno de la Comisión, que fue aprobado en los meses siguientes a la promulgación de la Ley. En todo caso se crea una concreta Administración para el cumplimiento de las funciones que tiene encomendadas, con personal y recursos económicos propios. Aquélla misma norma interna será la que va a establecer la concreta estructura de la Comisión, el número de representantes y funciones que se atribuyen a esos miembros.

2.- Autonomía

Se exige que la Comisión para la protección contra la discriminación sea independiente. Se trata de una autoridad estatal especializada a la cual se le encomienda (1) la prevención de la discriminación, (2) la protección contra la discriminación y (3) que asegure la igualdad de oportunidades.

3.- Competencia(s)

Con carácter general la Comisión recibe el encargo de controlar la implantación y seguimiento de la Ley y también de las otras Leyes que regulan la igualdad de trato. Por ello las competencias de la Comisión son las tres que acabamos de enumerar: prevenir de la discriminación, proteger contra la discriminación y asegurar la igualdad de oportunidades. No obstante, el art. 47 se detiene en la fijación detallada de una serie de mandatos concretos que corresponde realizar a la Comisión. Son los siguientes:

- 1.- Conocer respecto a las posibles violaciones de la Ley u otras normas relativas a la igualdad de trato, correspondiendo a la Comisión el deber de determinar el incumplimiento normativo y designar quien fue la parte infractora.
- 2.- También le corresponderá decretar medidas para la prevención, y en caso de que la lesión ya se haya producido poner fin a la lesión y restaurar las condiciones a su situación previa.
- 3.- Imponer sanciones estipuladas en la Ley y aplicar medidas de coacción administrativa.
- 4.- Establecer instrucciones obligatorias dirigidas al cumplimiento de la Ley u otras Leyes que regulan la igualdad de trato.
- 5.- Señalamiento de las normas administrativas que contravengan la Ley u otras Leyes reguladoras de la igualdad de trato. Iniciar en nombre de las partes interesadas acciones en los Tribunales y otros procedimientos regulados por las Leyes de igualdad de trato.
- 6.- Realizar propuestas y recomendaciones tanto a la Administración estatal como a las Entidades locales para que pongan fin a prácticas discriminatorias y acomoden su actuación a las Leyes que regulan la igualdad de tratamiento.
- 7.- Mantener un registro público de las decisiones e instrucciones dictadas por la propia Comisión.
- 8.- Enviar informes a los borradores de las normas que recojan la conformidad de los mismos con la legislación que previene frente a

la discriminación. Así como emitir recomendaciones para adoptar, corregir, modificar o completar normas.

9.- Ofrecer asistencia independiente a las víctimas de discriminación en demandas sobre discriminación.

10.- Realizar encuestas independientes sobre discriminación.

11.- Publicar informes independientes y hacer recomendaciones sobre cualquier aspecto relativo a la discriminación.

12.- Ejercer otras competencias que se derivan de sus propias reglas de organización y funcionamiento.

3.1- Funcionamiento

La Comisión funciona mediante secciones especializadas, organizadas en atención a los distintos motivos de discriminación (aunque en la realidad sólo se articulan tres secciones especializadas : 1ª por factores raciales y étnicos, 2ª relativas al sexo, y 3ª otros motivos). Corresponde al presidente determinar esas unidades permanentes. También le corresponde al presidente de la Comisión: representar a la Comisión, organizar y dirigir sus actividades, concluir los correspondientes acuerdos en el empleo privado y público y ejecutar el presupuesto asignado. El vicepresidente asiste al presidente en todas sus funciones y le sustituye en ausencia de éste. Cuando la Comisión tiene que resolver una causa se asignará a la sección que corresponda y se nombrará un ponente, a este último le corresponde solicitar datos adicionales que le permitan completar el estudio del caso y clarificar la queja y las circunstancias en que se produjo la posible discriminación; también podrá ser asesorado por trabajadores o expertos externos a la Comisión.

Todos los organismos del Estado, incluidas las autoridades locales, están llamados a colaborar con la Comisión, a suministrarla la información que ésta requiera y ofrecer las explicaciones que le fueran solicitadas. En todo caso la protección de información u otros datos amparados legalmente por el secreto comercial o industrial, u

otro, no se entenderá como una negativa a la cooperación. Si se requieren informaciones que forman parte de las informaciones clasificadas esos datos serán remitidos a la Comisión teniendo en cuenta los protocolos y las Leyes de protección de estas informaciones. Existe una obligación de sigilo tanto para los miembros de la Comisión como para los expertos que colaboren con ella.

Por otro lado, es posible el anticipo de la prueba si existe riesgo probable de pérdida de ésta o posibles dificultades para su recogida en un momento posterior, también se contempla la posibilidad de la recogida de la prueba coercitiva, pero siempre ha de realizarse amparada en una orden judicial previa. Ante estas situaciones se permitirá, bajo requisitoria judicial, la entrada en el lugar en el que se sospecha que se produjo una acción discriminatoria y el ponente de la Comisión, con la ayuda de la autoridad pública, podrá reunir pruebas que evidencien los hechos relatados en la reclamación. La práctica de esta prueba se centrará en la inspección ocular y en la recogida de materiales que permitan la resolución de la causa, en ningún caso podrán ser utilizadas estas pruebas para otros fines. Todo el material confiscado deberá ser devuelto cuando concluya el procedimiento.

La Ley recoge los casos en los que se verá suspendido el plazo de resolución, en especial cuando la paralización de aquella tramitación se deba a la obstrucción de personas o autoridades. Las partes deben tener acceso a los datos, infracciones y materiales que obren en el expediente. En el caso de que se sospeche que ha podido cometerse un delito la Comisión debe comunicarlo inmediatamente al correspondiente órgano penal, remitiéndole los datos que obren en su informe. Las sesiones de la Comisión han de ser públicas, salvo excepciones. Las notificaciones a las partes han de seguir las mismas reglas que las establecidas para los procesos ante los Tribunales ordinarios contenidas en el Código de procedimiento civil. Desde la

reforma de 2006, cuando las cuestiones que se planteen no hayan sido expresamente contempladas por la Ley, se entiende que supletoriamente se ha de acudir al Código de procedimiento administrativo. Las sanciones impuestas han de estar tipificadas en esta Ley, en las normas financieras o en la regulación de Seguridad Social.

3.2.- Asistencia-asesoramiento a las víctimas

La Ley se detiene con detalle en el establecimiento de la regulación de los procedimientos ante la Comisión para proteger frente a la discriminación (arts. 50 y siguientes). Regula su iniciación a instancia de la víctima o de oficio, por iniciativa de la Comisión o también mediante quejas presentadas por entidades, asociaciones o autoridades. Establece la forma de presentación de la queja, que ha de ser por escrito y en caso de presentarse en lengua diferente del búlgaro debe acompañarse de su correspondiente traducción. También se detallan los requisitos que ha de contener la queja (identificación del denunciante, domicilio, descripción de las circunstancias que constituyen el motivo de la queja, fecha y firma), pudiendo ser desestimada la queja que no los reúna.

No se pueden interponer denuncias anónimas. Tampoco se iniciará un procedimiento si ya han transcurrido 3 años desde que se cometió la infracción. Ni tampoco actuará la Comisión si conoce que el asunto está siendo tratado ante los Tribunales.

En el ejercicio de sus funciones la Comisión podrá solicitar documentos y otras informaciones relativas al caso, pedir explicaciones a las personas implicadas o interrogar a testigos. La falta de colaboración conlleva la consideración de culpables o responsables para las personas que rehúsen responder a la Comisión o no cooperen con ella.

La queja deberá ser resulta en el término de 30 días, se permite de manera excepcional la prórroga de ese plazo si así lo autoriza el Presidente de la Comisión. El ponente prepara unas conclusiones que serán remitidas al jefe de la sección que corresponda según el factor de discriminación de que se trate. Se fijará un día para la vista, al iniciarse la sesión el jefe de la sección invitará a las partes a reconciliarse, si las partes alcanzan un acuerdo basado en la igualdad de trato la Comisión aprobará el mismo y dará por concluido el expediente. Se podrá alcanzar una conciliación parcial, afectando sólo a una parte del conflicto. Los acuerdos adoptados tienen eficacia ejecutiva y la Comisión será la encargada de seguir el cumplimiento de aquéllos.

En los casos que no haya acuerdo se sigue un procedimiento ante la sección de la Comisión que corresponda. El responsable de cada unidad puede requerir la clarificación de los hechos o circunstancias y pedir a las partes que les aporten más datos al respecto. Concluida la sesión se adoptará una decisión en el término de 14 días. Las decisiones se adoptan por mayoría simple, pudiendo dictarse votos particulares por quienes no estén de acuerdo con la decisión mayoritaria. En la decisión, -que ha ser redactada por escrito, conteniendo los supuestos fácticos y la justificación legal o fundamentos de derecho y el fallo o parte dispositiva que determinará la sanción que en cada caso se impone al infractor y las medidas que hayan de adoptarse- se determinará:

- 1.- la infracción cometida, la persona que es responsable del incumplimiento, la fijación del tipo de sanción y su duración e intensidad, así como la aplicación de medidas administrativas;
- 2.- que no se cometió infracción alguna.

La decisión será recurrible, el recurso se presentará ante la Corte administrativa Suprema y bajo las reglas del Código procesal de lo contencioso-administrativo. El plazo para interponer el recurso será de 14 días desde la notificación a las partes, sin embargo la

acción que reclame la nulidad de la decisión no tiene límite temporal para su interposición. Las decisiones devienen firmes y por tanto ejecutorias cuando no son recurridas, la apelación no es aceptada o estuvieron basadas en el acuerdo entre las partes que aprobaba la propia decisión.

La Comisión recibe el encargo de ejercer el control de la ejecución de las medidas ordenadas, incluidas las sanciones u otras acciones de carácter administrativo. Los responsables están obligados a comunicar a la Comisión, por escrito, en un plazo de tiempo no superior a un mes las medidas tomadas de acuerdo con aquella decisión. En caso de no haberse cumplido voluntariamente las medidas impuestas, la Comisión podrá ponerlo en conocimiento de la autoridad proponiendo que se adopten las actuaciones necesarias para su cumplimiento coactivo. La Comisión también podrá remitir su decisión a otras autoridades que pudieran estar interesadas en el control de la decisión para su información o para adoptar medidas que consideren apropiadas.

3.3.- Implantación de concretas medidas administrativas y multas frente a las acciones discriminatorias

En aras a proteger la efectividad del cumplimiento de la Ley se recogen una serie de sanciones que se autodenominan como de carácter administrativo y sancionador. Estas medidas estarán dirigidas, principalmente, a disuadir de la comisión de conductas discriminatorias y en el caso de que éstas se produjeran de evitar mayores lesiones y reparar económicamente las ya cometidas, imponiendo una serie de multas a los infractores.

Medidas administrativas:

Con la finalidad de prevenir acciones discriminatorias pero también con fines aflictivos para poner fin a los actos de discriminación cometidos e, incluso, para prevenir o eliminar los daños ocasionados por la discriminación y sus consecuencias, la

Comisión, por sí misma o a petición de los sindicatos o de las asociaciones, podrá aplicar alguna de las siguientes medidas obligatorias:

- 1.- remitir instrucciones a los empresarios o mandos intermedios para que erradiquen las violaciones de las leyes relativas a la discriminación,
- 2.- suspender la ejecución de las decisiones ilegales u órdenes de los empresarios que supongan o puedan suponer discriminación.

Ante situaciones en las cuales fue emitida una instrucción empresarial y al tiempo existe una decisión de los tribunales que está en conflicto con aquélla, se ejecutará el mandato del Tribunal. Los recursos que se interpongan frente a las decisiones de la Comisión no suspenderán las medidas administrativas que aquéllas contengan, salvo que el Tribunal de apelación estableciera otra cosa.

Medidas sancionadoras, que son más bien multas pecuniarias:

Se imponen una serie de sanciones ante algunas de las infracciones de la Ley contra la discriminación, los importes de la recaudación de las sanciones irán dirigidos a aumentar el caudal del presupuesto común de la República búlgara. Las actas en las cuales se fijan las propuestas de posibles infracciones cometidas serán redactadas por los miembros responsables de la Comisión, de acuerdo con la designación que realice su presidente. En todo caso las sanciones y multas han de ser impuestas por decisión de la Comisión y, desde el año 2006, son susceptibles de recurso según las reglas del Código de procedimiento administrativo, además aquellos recursos suspenderán la decisión impugnada.

Todo aquel que infrinja la Ley de protección contra la discriminación y cometa un acto prohibido en ella deberá abonar entre 250 y 2000 leva (así se llama la moneda búlgara), salvo que deba imponérsele una sanción pecuniaria mayor. En los casos de

obstrucción, por negarse a suministrar evidencias o información demandada por la Comisión o quienes impidan o prohíban el acceso a la Comisión para que ésta pueda realizar su labor inspectora, la multa será de 500 a 2000 leva. La incomparecencia de los testigos sin justa causa será sancionada con multa de 40 a 100 leva. Aquéllos que acuerden de manera coaligada incumplimientos de la ley antidiscriminatoria serán multados con 250 a 2000 leva, salvo que quepa una sanción mayor. Si la vulneración de la norma se realiza interrumpiendo la actividad de una entidad la multa podrá alcanzar entre 250 a 2500 leva. El responsable o jefe de una entidad que tolere acciones discriminatorias puede ser sancionado con multa de 200 a 2000 leva, salvo que fuera posible una sanción superior. Para los supuestos de reiteración de conductas el importe de la multa puede ser duplicado con respecto a las sanciones iniciales. En todo caso, quienes se nieguen al cumplimiento de las decisiones de la Comisión o de las sentencias judiciales impuestas en aplicación de la Ley contra la discriminación serán sancionados con multas de 2000 a 10000 leva, además si el incumplimiento es continuado pasados tres meses subsiguientes al primer requerimiento la sanción puede elevarse de 5000 a 20000 leva.

4.- Informe de actividad de la Comisión

Todos los años antes del 31 de marzo la Comisión debe presentar ante la Asamblea Nacional un informe de su actuación, incluyendo información detallada de cada uno de sus servicios especializados.

5.- Encaje del organismo con el procedimiento judicial

Se incorpora un procedimiento paralelo para esta clase de reclamaciones por discriminación ante los juzgados y Tribunales (arts. 71 y siguientes de la Ley). La normativa detalla quienes son los sujetos legitimados para interponer una demanda así como el contenido de la misma para remitir, en las restantes cuestiones no

necesariamente abordadas, al Código civil. Por ello, contemplamos cómo la legislación de protección contra la discriminación búlgara recoge expresamente la posibilidad de acudir directamente ante los Tribunales mediante la interposición de la correspondiente demanda por violación de esta normativa. La demanda se presentará ante los Tribunales de Distrito, en ella ha de indicarse la infracción discriminatoria producida y pedirse al Tribunal la cesación de las actuaciones discriminatorias, la vuelta a la situación previa y que no se repitan las conductas discriminatorias, así mismo habrá de solicitar la indemnización por el daño producido.

Para reclamar frente a las violaciones producidas en los derechos de los individuos la legislación búlgara permite la postulación procesal a los sindicatos y sus divisiones (uniones o federaciones) y a otras asociaciones con fines públicos en representación de las víctimas de discriminación, siempre que exista un requerimiento por parte de la víctima. También les reconoce la posibilidad de ser parte en el proceso o como coadyuvantes en un proceso, en el que podrán personarse como parte interesada. Cuando las discriminaciones sean masivas pueden interponer una especie de acción colectiva, entendida como reclamación independiente de la de la víctima, en la que las víctimas también podrán personarse en ese proceso.

Tanto los ofendidos particulares como las asociaciones o sindicatos después de interponer su demanda, y dentro del plazo de un mes, pueden hacer pública su reclamación invitando a otras posibles víctimas a adherirse a su reclamación, u otras asociaciones u otros sindicatos interesados en personarse en el proceso. La personación se admitirá hasta que finalice la fase procesal relativa a las argumentaciones de las partes.

No obstante, si la lesión de la prohibición de discriminación de esta Ley u otras normas que contienen la igualdad de trato fuera

imputable a una Administración será preceptivo interponer el recurso administrativo previo antes de acudir a la vía judicial. Por otro lado, si las reclamaciones por daños se refieren a acciones u omisiones en el actuar de la Administración las demandas han de sujetarse a la normativa especial de reclamación por daños causados a los ciudadanos. En el resto de los supuestos la reclamación por daños se articulará a través de los procedimientos previstos en la legislación ordinaria.

Si hubiera que imponer costas u otros gastos derivados del proceso se seguirán las reglas del proceso civil y corresponderá al Tribunal su determinación.

6.- Presupuesto

Desde la reforma legal de 2006, con efectos de 1 de enero de 2007, la Comisión tiene asignado un presupuesto para el mantenimiento de su oficina en la capital de Bulgaria, la ciudad de Sofía, siendo el administrador el encargado de su distribución y de realizar las necesarias asignaciones. Todas las actuaciones de la Comisión se sufragarán a través de su presupuesto, no siendo posible imputar gastos o costas a los distintos participantes en los procedimientos.

VIII.- Otros aspectos de interés

Según las previsiones de la Ley antidiscriminatoria la responsabilidad por discriminación se extiende a quienes conscientemente sostengan el compromiso de discriminación (art. 8). Incorpora la inversión de la carga de la prueba, siempre que por la víctima se aporten hechos de los que pueda presumirse que ha sido discriminado, correspondiendo a la otra parte probar que no ha habido infracción del principio de igualdad de trato (art. 9).

FRANCIA

Ley nº 2006-396, de 31 de marzo de 2006, de Igualdad de Oportunidades y Ley nº 2004-1486, de 30 de diciembre de 2004, por la que se establece la Alta Autoridad para la lucha contra la Discriminación y en favor de la Igualdad

En Francia encontramos dos textos legislativos encaminados a luchar contra la discriminación: la Ley nº 2006-396, de Igualdad de Oportunidades, y la Ley nº 2004-1486, por la que se establece la Alta Autoridad para la lucha contra la Discriminación y en favor de la igualdad.

I.- Introducción

La Ley nº 2006-396, de 31 de marzo de 2006, de Igualdad de Oportunidades, no puede considerarse una norma con un contenido sustantivo autónomo, pues lo que recogen todos sus preceptos son reformas que afectan a múltiples leyes del ordenamiento jurídico francés. Se deduce que el legislador entiende la igualdad y la lucha contra la discriminación como una materia transversal, que ha de reflejarse de forma expresa en la mayor parte de las leyes.

El texto recoge medidas anunciadas por el entonces jefe del Gobierno, Dominique de Villepin, tras la ola de violencia que azotó decenas de barrios durante tres semanas en el otoño de 2005 y que llevó a que se decretara el estado de emergencia. Por otro lado, se trataba de barrios en los que se detectó un elevado nivel de paro y delincuencia, así como una gran concentración de personas procedentes de la inmigración, por lo que mediante este instrumento jurídico se busca, en palabras del anterior ministro de Empleo y Cohesión social, Jean-Louis Borloo, tras presentar el proyecto ante el Consejo de ministros: hacer de la igualdad de oportunidades “*una realidad para todos*”, “*uno de los únicos grandes combates que merecen librarse*”.

En puridad, no estamos ante una transposición de las últimas Directivas comunitarias relativas a la igualdad de trato y prohibición de discriminación, sino ante una norma que, como se ha indicado, pretende hacer frente a la situación de emergencia decretada en Francia tras la ola de violencia sufrida en multitud de barrios durante el otoño de 2005. Las autoridades francesas, tras el diagnóstico de la situación, llegaron a la conclusión de que el origen de estas revueltas se encontraba en la profunda desigualdad de oportunidades que sufría la población de dichos barrios (básicamente los jóvenes), lo que impulsó la elaboración de una norma *ad hoc* que tiene como principal característica la introducción de importantes medidas de acción positiva, que van a repercutir no sólo en el ámbito educativo, sino también en el sistema fiscal.

II.- Estructura de la Ley

La Ley consta de 52 artículos, agrupados a lo largo de dos Títulos. El Título I establece un conjunto de medidas en favor de la educación, el empleo y el desarrollo económico (arts. 1 a 37). El Título II, fija medidas relativas a la igualdad de oportunidades y a la lucha contra la discriminación (arts. 38 a 52).

Sin ningún tipo de preámbulo, ni de exposición de motivos, y sin hacer referencia expresa a ninguna Directiva Comunitaria, la Ley dedica todos y cada uno de los artículos del Título I a reformar el contenido de varios preceptos de un buen número de leyes vigentes. Más en concreto, se reforman el Código de la Educación; el Código General Tributario; el Código del Trabajo; el Código de la Seguridad Social; el Código del Servicio Nacional; el Código de Salud Pública; la ley nº 2004-809, relativa a las libertades y responsabilidades locales; la ley nº 96-987, de 1996, relativa a la aplicación del pacto de reactivación para la ciudad; el Código de Comercio, y el Código de Acción Social y de Familias.

El Título II sigue el mismo esquema, y dedica su articulado a la reforma de el Código de Acción Social y de las Familias; La ley nº 2004-1486 de 30 de diciembre de 2004 relativa a la creación de la Alta Autoridad para la Lucha contra la Discriminación y en favor de la Igualdad; el Código Penal; la ley nº 86-1067 de 30 de septiembre de 1986, relativa a la libertad de comunicación; el Código de Acción Social y de las Familias; el Código de la Seguridad Social; el Código General de las Colectividades Territoriales y el Código de Procedimiento Penal.

III.- Motivos de discriminación

No se enumera de forma expresa ninguno de los factores de discriminación frente a los que se pretende luchar, como tampoco lo hace la Ley nº 2004-1486, de 30 de diciembre de 2004, por la que se establece la Alta Autoridad para la lucha contra la Discriminación y en favor de la Igualdad.

No obstante, del contenido de la Ley de 2006 se deduce que se pretende luchar muy directamente contra la discriminación por razón de edad, así como la que se deriva de la pertenencia a barrios considerados especialmente desfavorecidos y caracterizados por una tasa de desempleo muy superior a la media nacional.

Quizá haya que tener en cuenta que, en Francia, a partir de la Sentencia de la Cour de Cassation de 29 de octubre de 1996 (asunto Ponsolle), se pasa de una regla de no discriminación, según la cual la distinción sólo es ilícita si procede de un motivo prohibido, a una regla de igualdad de trato en cuya virtud la diferenciación sólo es lícita si procede de un motivo justificado <http://www.upf.edu/iuslabor/022005/art15.htm - edn3# edn3>.

IV.- Definiciones

La Ley no aporta ninguna definición a lo largo de su articulado. Tampoco lo hace la Ley nº 2004-1486, de 30 de diciembre de 2004,

por la que se establece la Alta Autoridad para la lucha contra la Discriminación y en favor de la Igualdad

V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación

Tal y como se expuso en el epígrafe dedicado a la estructura de la Ley, su ámbito de aplicación es muy amplio si atendemos a las diversas leyes que reforma. Sin embargo, de las modificaciones que introduce en el contenido del Código de Empleo y del Código de Educación, se deduce una especial preocupación por la elevada tasa de desempleo de los jóvenes en Francia (una de las más altas de Europa) y, más en concreto, de los jóvenes menos cualificados (que aunque no se menciona en la Ley, alcanzaba en 2006 el 40%), de ahí que se pretenda fijar condiciones que favorezcan la igualdad de oportunidades.

1.- EMPLEO JUVENIL

Así, se prevé una formación alternativa, denominada “formación de aprendiz *junior*”, destinada a la obtención por medio del aprendizaje de una cualificación profesional a partir de los 14 años y que incluirá un proceso de iniciación en los oficios, sometido al estatuto escolar en un Liceo profesional o en un centro de formación profesional. El proceso de iniciación en los oficios abarcará enseñanzas generales, enseñanzas tecnológicas y periodos de prácticas en medios profesionales y en empresas. El conjunto de dichas actividades facilitará la adquisición de la base común de conocimientos y de competencias, y permitirá al alumno descubrir varios oficios y orientar su elección (arts. 2 y ss).

Otro de los elementos clave de aquella Ley fue el Contrato de Primer Empleo regulado en su art. 8. Se trataba de un contrato de duración indeterminada, reservado a los jóvenes menores de 26 años en empresas de más de veinte asalariados. Al término de un periodo de consolidación de dos años, se convertiría en un contrato de duración indefinida de régimen general. De acuerdo con la Ley, el

trabajador goza de los mismos derechos que el resto de empleados en lo que se refiere al salario, al horario de trabajo y a las vacaciones, y el empresario goza de determinadas exenciones y beneficios fiscales que incentivan dicha contratación. También se previó que, a más tardar el 31 de diciembre de 2008, se llevará a cabo una evaluación de la eficacia real de esta nueva figura, efectuada por una Comisión que agrupe a las organizaciones de empleadores y de trabajadores representativas a nivel nacional e interprofesional. Sin embargo esta modalidad contractual sólo estuvo vigente unos días del mes de abril desde la entrada en vigor de la Ley el 2 de abril de 2006 a su definitiva derogación, el 10 de abril de ese mismo mes. No obstante, a pesar de su derogación los poderes políticos se comprometieron a reemplazar ese contrato (muy contestado socialmente) por una mayor actuación en favor de la inserción profesional de los jóvenes.

Se valoran de forma especial las prácticas profesionales realizadas por jóvenes menores de 26 años, que serán objeto de un Convenio entre la persona que realice las prácticas, la empresa de acogida y el establecimiento de enseñanza, cuyas modalidades se determinarán por decreto. Estas prácticas, a excepción de las integradas en un curso pedagógico, tendrán una duración inicial o acumulada, en caso de renovación, no superior a seis meses. Cuando la duración del periodo de prácticas sea superior a tres meses consecutivos, éste será objeto de una gratificación cuyo importe podrá fijarse por convenio de rama o por acuerdo profesional extensivo o, en su defecto, por decreto, aunque dicha gratificación no tendrá el carácter de salario.

Así mismo, se dispone la homologación como *servicio civil voluntario* (con la consiguiente reforma del Código de Acción Social y de las Familias), de la acogida, bajo contrato, de uno o varios jóvenes de dieciséis a veinte años de edad que acrediten una residencia regular y continuada de más de un año en Francia. Acogida llevada a cabo por personas jurídicas de derecho público o privado que ejerzan

misiones de interés general o de inserción profesional. En este sentido, el organismo de acogida se compromete a formar al joven, en especial en los valores cívicos, y a acompañarle a lo largo de todo el tiempo que dure el contrato, designando para ello, desde la celebración del mismo, a un tutor encargado de su seguimiento. Al finalizar el contrato, el organismo acompañará al joven en su búsqueda de empleo o de formación. La Ley se remite, de nuevo, a un Decreto para precisar las condiciones en que los organismos pueden beneficiarse de las subvenciones concedidas por la Agencia Nacional para la Cohesión Social y la Igualdad de Oportunidades, para sufragar la totalidad o parte de los gastos de acompañamiento y de formación, así como las condiciones para asumir los costes económicos de los jóvenes voluntarios (art. 52).

En este campo como principales novedades, la norma introduce la formación profesional desde los 14 años y la posibilidad de firmar un contrato (de formación y en prácticas) desde los 15 años, así como seguidamente exponemos otras medidas para fomentar el empleo de los jóvenes de zonas urbanas marginales. Es de destacar que algunas asociaciones de derechos humanos, docentes y sindicatos criticaron en su momento la Ley, por la introducción de la formación profesional desde los 14 años (dado que en Francia la escolarización es obligatoria hasta los 16 años).

2.- PERIFERIA URBANA, MARGINACIÓN Y DESEMPLEO

Otro importante ámbito de aplicación está relacionado con la creación de *zonas francas urbanas* en los barrios de más de 8.500 habitantes y considerados especialmente desfavorecidos y caracterizados por una tasa de desempleo muy superior a la media nacional. La Ley prevé que la lista de estas zonas francas se decida por decreto, a partir del 1 de agosto de 2006, y establece una serie de exoneraciones y beneficios fiscales que se detallan de forma exhaustiva a lo largo de los art. 29 y siguientes, y que constituyen importantes medidas de acción positiva.

Además, con el fin de facilitar a los solicitantes de empleo originarios de zonas urbanas sensibles, el acceso a la contratación por parte de las empresas situadas en las zonas francas urbanas, el servicio público de empleo se asociará con la región y con otras colectividades territoriales afectadas, para poner en práctica procesos de formación adaptados.

3.- COHESIÓN SOCIAL Y MEDIOS AUDIOVISIOALES

En tercer lugar, también hay que señalar las acciones en favor de la cohesión social y de la lucha contra la discriminación en el *ámbito audiovisual*, modificando en este sentido lo regulado en la *La ley nº 86-1067 de 30 de septiembre de 1986, relativa a la libertad de comunicación*. Sin embargo, se trata de disposiciones genéricas, redactadas de forma muy inconcreta, como las siguientes: *“el Consejo Superior del Audiovisual contribuirá con sus acciones a favorecer la cohesión social y la lucha contra la discriminación en el ámbito de la comunicación audiovisual. Velará en especial, ante los editores de servicios de radio y de televisión, teniendo en cuenta la naturaleza de sus programas, para que la programación refleje la diversidad de la sociedad francesa. Dará cuenta en su informe anual de la actividad de los editores de servicios en este ámbito”*. En el mismo sentido, *cargado de buenos deseos pero sin un contenido concreto vinculante, contempla que “se pondrán en práctica actividades que favorezcan la cohesión social, la diversidad cultural y la lucha contra la discriminación, y propondrán una programación donde se refleje la diversidad de la sociedad francesa”*.

También estrena el «contrato de responsabilidad parental», una medida para combatir el absentismo escolar que prevé embargar las ayudas estatales familiares, caso de que el menor no acuda regularmente al colegio y hasta que se regularice dicha situación.

VI.- Medidas de acción positiva

Se prevén ayudas del Estado para aquellos empresarios que firmen contratos de duración indefinida, por tiempo completo o a tiempo parcial, con jóvenes de dieciséis a veinticinco años cumplidos, cuyo nivel de formación sea inferior al de un diplomado de final de segundo ciclo largo de la enseñanza general, tecnológica o

profesional; y con jóvenes de dieciséis a veinticinco años cumplidos que residan en zona urbana sensible (art. 25)

La creación de zonas francas urbanas en los barrios más desfavorecidos, implica importantes medidas de acción positiva que se introducen en el Código General Tributario, pudiendo destacarse (sin ánimo exhaustivo) las siguientes:

-los contribuyentes que, entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2011, inicien actividades económicas en las zonas francas urbanas (así como quienes ya las ejercían entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2011), estarán exentos del impuesto sobre la renta o del impuesto de sociedades en relación con los beneficios que provengan de las actividades implantadas en dicha zona hasta el 31 de diciembre de 2010. Para beneficiarse de la exención, la empresa deberá cumplir una serie de condiciones, entre ellas destaca la obligación de emplear como máximo a cincuenta asalariados a fecha de 1 de enero de 2006, o bien tener una facturación máxima de 10 millones de euros en el curso del ejercicio, o bien tener una cifra total de balance que no exceda de 10 millones de euros. La actividad deberá ser industrial, comercial o artesanal, y se excluyen las actividades de leasing mobiliario y de alquiler de inmuebles para vivienda, así como las que dependen de los sectores de la fabricación de automóviles, la construcción naval, la fabricación de fibras textiles artificiales o sintéticas, la siderurgia, o de los transportes de mercancías por carretera.

- También estarán exentos del impuesto sobre bienes inmuebles durante un periodo de cinco años, los inmuebles situados en las zonas francas urbanas que se encuentren dentro de una serie de parámetros definidos por la Ley nº 95-115, de 4 de febrero de 1995, de orientación para la ordenación y el desarrollo territorial. Exención que se hará extensiva a aquellos inmuebles vinculados, entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2011, a un establecimiento que reúna las condiciones exigidas para beneficiarse de la exención del impuesto profesional, también previsto en la Ley (art. 29).

-Salvo decisión en contra, expresada por la colectividad territorial o la entidad pública de cooperación intermunicipal dotada de fiscalidad propia, los establecimientos que sean objeto de creación o ampliación entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2011, en las zonas francas urbanas, así como los establecimientos existentes (al 1 de enero de 2006) en las zonas francas urbanas, estarán exentos del impuesto profesional hasta el límite del importe de la base imponible neta, establecido para 2006 en 337.713 euros, que se actualizará cada

año en función de la variación del índice de precios al consumo. Las exenciones se aplicarán cuando se reúnan una serie de condiciones previstas en la Ley.

-Por último, las empresas que ejerzan o inicien actividades en las zonas francas urbanas y que estén sujetas al impuesto de sociedades, podrán deducir de sus resultados imponibles (el año de realización de la inversión), el importe de las cantidades desembolsadas entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2007, para la suscripción en efectivo de capital de sociedades.

VII.- Organismo de igualdad

La Ley n° 2006-396, de 31 de marzo de 2006, de Igualdad de Oportunidades, refuerza los poderes de la **Alta Autoridad** para la lucha contra la Discriminación y en favor de la Igualdad, reformando varios preceptos de la Ley n° 2004-1486, de 30 de diciembre de 2004, por la que se establece dicho organismo. Tras dicha reforma, la Alta Autoridad será competente para conocer de todas las discriminaciones, directas o indirectas, prohibidas por la ley o en virtud de un Convenio o Acuerdo internacional en el que Francia sea parte.

1.- Competencias

Las Leyes de 2004 y 2006 suponen un importante refuerzo de los poderes de la Alta Autoridad para la lucha contra la discriminación y en favor de la igualdad, a distintos niveles. Por un lado, le otorga facultades que la habilitan para llevar a cabo actuaciones de prevención de la discriminación y de fomento de la igualdad y, correlativamente, se convierte en un órgano de consulta obligada por parte del Gobierno en relación con cualquier actuación estatal relacionada con la materia. Por otro lado, se le otorga un función de inspección y control en la lucha contra la discriminación y su competencia no sólo se extiende a labores de ayuda técnica a la víctima en los procedimientos que estén en curso, sino que también juega un importante papel como órgano mediador, cara a la resolución amistosa de los conflictos de que haya tenido conocimiento.

Las funciones y composición de la Alta Autoridad pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

1. Se trata de una entidad pública nacional, de carácter administrativo, cuya finalidad es *“contribuir a la realización de actividades en favor de las personas con dificultades de inserción social o profesional”*, así como ayudar *“a luchar contra la discriminación”*.

2. Para ello, pondrá en práctica en el territorio nacional, acciones que tiendan a la integración de la población inmigrante que tenga residencia en Francia. Contribuirá y participará en la lucha contra el analfabetismo y en la aplicación del servicio civil voluntario.

3. Participará en operaciones en favor de los habitantes de barrios prioritarios de la política municipal. En el marco de estas acciones, promoverá la accesibilidad a la formación y a la cultura. Además, en sus intervenciones, la Agencia tendrá en cuenta las particulares características de los Departamentos de Ultramar.

4. Ejecutará directamente acciones o concederá asistencia económica, tras la optimización de los créditos de derecho general, a las colectividades territoriales, a las entidades públicas de cooperación intermunicipal competentes y a los organismos públicos o privados, en especial a las asociaciones que lleven a cabo operaciones que contribuyan a lograr dichos objetivos. Velará por una aplicación equitativa de dichos créditos en el conjunto del territorio nacional.

5. Participará, mediante la celebración de convenios plurianuales, en la financiación de los contratos celebrados entre las colectividades territoriales y el Estado para la ejecución de acciones en favor de los barrios más desprotegidos.

6. Empezará acciones de comunicación y de información para garantizar el fomento de la igualdad. Favorecerá la aplicación de programas de formación.

7. Dirigirá y coordinará trabajos de estudio y de investigación en el ámbito de su competencia y suscitará y fomentará las iniciativas de todos los organismos públicos o privados en lo relativo a la elaboración y adopción de compromisos que promuevan la igualdad. Identificará y promoverá todas las buenas prácticas en materia de igualdad de oportunidades y de trato.

8. Podrá recomendar cualquier modificación legislativa o reglamentaria. Será consultada por el Gobierno sobre cualquier proyecto de ley relativo a la lucha contra las discriminaciones y a la promoción de la igualdad. También podrá ser consultada por el Gobierno sobre cualquier problema relativo a estos ámbitos.

9. Contribuirá, a petición del Primer Ministro, a preparar y definir la posición francesa en las negociaciones internacionales relativas a la lucha contra la discriminación. A petición del Primer Ministro, podrá formar parte de la representación francesa en las organizaciones internacionales y comunitarias competentes en este ámbito.

2.- Informe anual

La Alta Autoridad enviará cada año al Presidente de la República, al Parlamento y al Primer Ministro, un Informe para dar cuenta de la ejecución de sus misiones, en el que enumerará las discriminaciones de que haya tenido conocimiento. El informe se hará público. Además, los agentes de la Alta Autoridad que hayan prestado juramento y estén especialmente facultados por el Fiscal de la República, podrán levantar acta de los delitos de discriminación, especialmente en caso de aplicación de lo dispuesto en el artículo 225-3-1 del Código Penal.

3.- Organización

Tras la reforma, la Agencia Nacional para la Cohesión Social y la Igualdad de Oportunidades será administrada por un Consejo de Administración y un Director General nombrado por el Estado. El Consejo de Administración estará compuesto por una mitad de

representantes del Estado y otra mitad de representantes de las organizaciones sindicales de empresarios y trabajadores más representativas a nivel nacional, de representantes del Parlamento, de los municipios y de sus entidades públicas de cooperación intermunicipal, de los departamentos, las regiones, las cajas nacionales de seguridad social, los organismos regidos por el Código de la Mutualidad, las asociaciones y las cámaras consulares, así como por cualificadas personalidades (el presidente del Consejo de Administración será designado por el Estado entre estas últimas).

Las normas sobre la organización y el funcionamiento interno de la Agencia Nacional para la Cohesión Social y la Igualdad de Oportunidades se establecerán por decreto del Consejo de Estado.

De lo expuesto, se deduce un importante peso del Gobierno en la composición de la Agencia, así como en la organización y funcionamiento interno (que se establecerá por Decreto del Consejo de Estado). Por otro lado, la Agencia Nacional para la Cohesión Social y la Igualdad de Oportunidades sustituirá, en la fecha que comience a funcionar su consejo de administración, al Fondo de Acción y Apoyo a la Integración y la Lucha contra la Discriminación en todas las acciones entabladas por esta entidad pública administrativa, a excepción de las actuaciones participativas en la acogida de las poblaciones inmigrantes, que se transfieren a la Agencia Nacional de Acogida de Extranjeros y de Migraciones.

4.- Presupuesto

Los recursos de la Agencia Nacional para la Cohesión Social y la Igualdad de Oportunidades estarán constituidos fundamentalmente por:

1º Subvenciones del Estado

2º Aportaciones de los fondos estructurales de la Comunidad Europea

3º Subvenciones de la Caja de Depósitos y Consignaciones

4º Productos diversos, donaciones y legados

La Agencia podrá también recibir, en el marco de convenios, contribuciones de organismos nacionales o locales de los regímenes obligatorios de la seguridad social o de la mutualidad social agrícola, o de entidades públicas.

VIII.- Procedimientos de protección y tutela

La Alta Autoridad podrá formular recomendaciones encaminadas a subsanar cualquier hecho o práctica que estime discriminatoria, o a prevenir que éstos se repitan. Las autoridades o personas interesadas estarán obligadas a informar a la Alta Autoridad del curso que den a las recomendaciones en el plazo que ésta determine.

Toda persona que se considere víctima de discriminación podrá dirigirse a la Alta Autoridad en las condiciones determinadas por un Decreto del Consejo de Estado. Además, la Alta Autoridad podrá actuar de oficio en los casos de discriminación directa o indirecta de los que tenga conocimiento, a condición de que la víctima, si se conoce su identidad, haya sido advertida y no haya manifestado su oposición.

Las víctimas de discriminación podrán dirigirse también a la Alta Autoridad por medio de un diputado, de un senador o de un representante francés en el Parlamento Europeo. Cualquier asociación (constituida al menos cinco años antes de la fecha de los hechos), que exprese en sus Estatutos su propósito de luchar contra la discriminación o de asistir a las víctimas de la discriminación, podrá acudir solidariamente a la Alta Autoridad en nombre de cualquier persona que se considere objeto de discriminación y con el consentimiento de ésta.

La remisión del asunto a la Alta Autoridad no interrumpirá ni suspenderá los plazos relativos a la prescripción de las acciones en

materia civil y penal, ni los recursos administrativos, ni contencioso-administrativos.

La Alta Autoridad tiene potestad para recabar cualquier información sobre los hechos de que haya tenido conocimiento. Con este fin, podrá pedir explicaciones a cualquier persona física o jurídica de derecho privado que haya sido acusada ante ella. También podrá solicitar la remisión de información y de documentación en cualquier tipo de soporte y podrá escuchar a cualquier persona cuya colaboración estime necesaria. Las personas a las que la Alta Autoridad solicite explicaciones podrán recabar los servicios del abogado de su elección. Se levantará acta de la declaración de ambas partes, que se remitirá a los interesados.

Así mismo, la Alta Autoridad asistirá a la víctima de discriminación en la elaboración de su expediente. Ayudará a la víctima a identificar los procedimientos que se adapten a su caso y podrá intentar que se proceda por vía de mediación a la resolución amistosa de los conflictos de que haya tenido conocimiento.

En esta línea, también se prevé una labor de inspección y control a favor de la Alta Autoridad, pues previo informe a las personas interesadas y con su conformidad, podrá encargar a uno o a varios de sus miembros o de sus agentes que procedan a hacer comprobaciones *in situ* en los locales administrativos, así como en los locales privados, medios de transporte accesibles al público y locales profesionales, a condición de que estos últimos estén dedicados exclusivamente a estos fines. Durante las comprobaciones *in situ* podrá tomar declaración a cualquier persona que pueda proporcionar información. Para ello, la Ley prevé una habilitación específica que concederá el Fiscal General ante el Tribunal de Apelación del domicilio del agente de la Alta Autoridad.

En caso de negativa por parte del responsable de los lugares inspeccionados, el Presidente de la Alta Autoridad podrá dirigirse al

juez por el procedimiento de urgencia, con una solicitud motivada para que ordene las comprobaciones *in situ*. Las comprobaciones se efectuarán en este caso bajo la autoridad y control del juez que las haya autorizado.

Ayudará a la víctima a identificar los procedimientos que se adapten a su caso y podrá intentar que se proceda por vía de mediación a la resolución amistosa de los conflictos de que haya tenido conocimiento.

En esta línea, también se prevé una labor de inspección y control a favor de la Alta Autoridad. Además de todas las competencias expuestas, se prevé un sistema que podríamos calificar de “justicia negociada”, con lo que se pretende evitar la persecución penal de los hechos, aunque condicionado a que el Ministerio Fiscal no hubiera ya ejercido la acción penal y a que éste sancione la negociación propuesta.

Así, el art. 11.1, fija que cuando se compruebe que los hechos son constitutivos de una discriminación sancionada por los artículos 225.2 y 432.7 del Código Penal, la Alta Autoridad podrá proponer al autor de los hechos, si estos hechos no hubieran dado ya lugar a la incoación de la acción pública, una transacción consistente en el pago de una multa cuyo importe no podrá ser superior a 3.000 en el caso de una persona física, y de 15.000 en el de una persona jurídica y, en su caso, una indemnización para la víctima. El importe de la sanción se determinará en función de la gravedad de los hechos, así como de los recursos y de las cargas de la persona. Ahora bien, esta transacción propuesta por la Alta Autoridad y que deberá ser aceptada tanto por el autor de los hechos, como por la víctima, tendrá que ser sancionada por el Fiscal de la República. Se informará a la persona a la que se le haya propuesto una transacción de que puede recabar la asistencia de un abogado antes de dar su acuerdo a la propuesta de la Alta Autoridad.

En los casos previstos en el artículo 11.1, la Alta Autoridad podrá proponer además que la transacción consista en:

1º La exposición pública de un comunicado, en los lugares que determine, por un periodo que no excederá de dos meses

2º La remisión de un comunicado al comité de empresa o al delegado de personal para su información

3º La difusión de un comunicado, mediante su inserción en el Diario Oficial o en una o varias publicaciones de prensa, o mediante servicios de comunicación electrónica, sin que puedan negarse a ello dichos servicios de publicación o de comunicación

4º La obligación de publicar la resolución en la empresa

Los gastos de publicación o de difusión serán por cuenta del interesado, sin que puedan, no obstante, superar la cuantía máxima de la multa transaccional prevista en el artículo 11.1.

En caso de negativa a la propuesta de transacción o de no ejecución de una transacción aceptada y sancionada por el Fiscal de la República, la Alta Autoridad, según lo dispuesto en el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal, podrá iniciar la acción pública mediante una citación directa.

Sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.1, cuando la Alta Autoridad considere que los hechos que han llegado a su conocimiento son constitutivos de un delito grave o de una infracción, informará de ello al fiscal de la República. Le comunicará, en su caso, que se ha iniciado una misión de mediación en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.

Las jurisdicciones civiles, penales o administrativas, cuando se les sometan hechos relativos a discriminaciones, podrán invitar a la Alta Autoridad o a su representante, de oficio o a instancia de parte, a presentar observaciones. Por su parte, la Alta Autoridad podrá

pedir ser oída ante estas jurisdicciones; en tal caso la declaración será preceptiva.

La Alta Autoridad informará a las autoridades o personas públicas encargadas de ejercer el poder disciplinario de los hechos que puedan dar origen a acciones disciplinarias. Se tendrá informada a la persona demandada. Se informará a la alta Autoridad del curso que se dé a la información transmitida.

Cuando la Alta Autoridad haya comprobado que se han cometido actos discriminatorios mencionados en el apartado segundo del artículo 1º en la actividad profesional de una persona física o jurídica sometida a la aprobación o autorización de una autoridad pública, o respecto de la cual dicha autoridad tiene poder para adoptar medidas cautelares o sanciones por no respetar la legislación relativa a las discriminaciones o por motivos de orden y de libertades públicas, podrá recomendar a esta autoridad pública que haga uso de los poderes de suspensión o de sanción de que dispone. La Alta Autoridad estará informada del curso que se haya dado a su recomendación.

ITALIA

Decreto Legislativo nº 215, de 9 de julio de 2003 y Decreto Legislativo nº 216, de 9 de julio de 2003.

La normativa antidiscriminatoria se concreta en el Decreto Legislativo nº 215, de 9 de julio de 2003; y en el Decreto Legislativo nº 216, de 9 de julio de 2003. Se trata de dos normas con una estructura y contenido similares, cuya principal diferencia se centra en los factores de discriminación prohibidos, en función de la Directiva comunitaria que se traspone.

Decreto legislativo nº 215, de 9 de julio de 2003, para la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente de raza y origen étnico.

I.- Introducción

El decreto legislativo italiano de 9 de julio de 2003 y publicado en la Gaceta Oficial nº 186 de 12 de agosto de 2003, traspone la Directiva 2000/43/CE del Consejo Europeo, relativa a la “Igualdad de Tratamiento de personas independientemente de su origen racial o étnico”.

El objetivo de la Ley es crear un marco general de lucha para la igualdad de tratamiento de las personas sea cual sea su origen racial o étnico, con especial referencia al ámbito laboral. Establece pautas procesales en relación a la carga de la prueba, fijando una presunción relativa a favor del sujeto pasivo de la discriminación. Crea asimismo una Oficina para la lucha contra la discriminación que depende de la Presidencia del Consejo de Ministros y también un registro específico de asociaciones e instituciones dedicadas al campo de la lucha contra la discriminación.

II.- Estructura de la Ley

La Ley consta de 8 artículos, sin ninguna división en Títulos o Capítulos, con la particularidad de añadir al final del texto una serie

de notas a cada uno de los artículos precedentes. Así mismo, se advierte que dichas notas pretenden facilitar la interpretación de las disposiciones y tendrán el mismo valor y eficacia que los artículos que glosan.

Artículo 1, define el objeto de la norma.

Artículo 2, define los conceptos que se manejarán a lo largo del texto.

Artículo 3, fija el ámbito de aplicación.

Artículo 4, establece la protección judicial de los derechos.

Artículo 5, describe la legitimación activa.

Artículo 6, crea el Registro de asociaciones e instituciones dedicadas al campo de la lucha contra la discriminación.

Artículo 7, crea la Oficina para la lucha contra la discriminación.

Artículo 8, determina la manera en que se financiarán los gastos de aplicación de la norma.

III.- Motivos de discriminación

Se fijan exclusivamente como factor de discriminación prohibido, pertenencia a una determinada raza o etnia.

IV.- Definiciones

El decreto legislativo sigue, en esencia, las definiciones contenidas en la normativa comunitaria.

Distinción directa: la situación que se produce cuando, sobre la base de los criterios protegidos, una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en una situación comparable;

Acoso: constituirá discriminación, cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial u origen étnico, que tenga por objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

En la norma italiana se reproduce de forma prácticamente literal la definición de la Directiva europea en relación con las dos definiciones anteriores.

Discriminación indirecta: cuando una disposición, criterio o práctica, un acto, un pacto o un comportamiento aparentemente neutros, sitúan a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas.

La norma italiana recorta esta definición respecto de la Directiva, dejando fuera la salvedad que hace esta última en cuanto que no habrá discriminación indirecta cuando *“dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con la finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”*.

V.- Ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación

A) El Decreto legislativo se aplicará a todas las personas, tanto en los sectores público y privado, con referencia específica a las siguientes áreas:

- a. el acceso al empleo y al trabajo, sean dependientes o por cuenta propia, incluidos los criterios de selección y condiciones de contratación;
- b. el empleo y las condiciones de trabajo, incluida la promoción profesional, la remuneración y las condiciones de despido;
- c. acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional y la formación, reciclaje y re-capacitación, incluida la formación profesional;
- d. la afiliación y participación en una organización de trabajadores, de empresarios o en cualquier organización profesional incluidas las prestaciones concedidas por los mismos;
- e. la protección social, incluida la seguridad social;
- f. asistencia sanitaria;
- g. prestaciones sociales;
- h. la educación;
- i. acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda.

B) A pesar de que su ámbito de aplicación se dirige inicialmente a “todas las personas”, a renglón seguido se establece que estarán justificadas aquellas diferencias de trato basadas en la nacionalidad, remitiendo el tratamiento de las personas extranjeras de terceros estados a la normativa nacional sobre la materia y a las condiciones para la entrada, residencia, acceso al empleo, asistencia y bienestar, adoptadas en el marco de la ley, como consecuencia de la situación jurídica de estos sujetos.

VI.- Excepciones o causas justificativas de las distinciones

Mientras el apartado 1 del artículo 3 fija el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato a favor de “todas las personas”, frente a toda discriminación por razón de origen racial o étnico, en los apartados siguientes se establecen algunas excepciones a este principio general:

a) a los extranjeros procedentes de otros Estados, se les aplicará las disposiciones nacionales en materia de extranjería en lo relativo a las condiciones de entrada, circulación, residencia y acceso al trabajo.

b) cuando, debido a la naturaleza de un puesto de trabajo o el contexto en el que se llevan a cabo, se trate de características que constituyen un requisito esencial o decisivo en el desarrollo de la misma. La excepción la basa en las características del puesto de trabajo que habrá que valorar de conformidad con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

c) las diferencias de trato que, a pesar de ser indirectamente discriminatorias, estén justificadas objetivamente por una finalidad legítima.

VII.- Medidas de acción positiva

La Ley se orienta a luchar contra la discriminación, estableciendo dispositivos de protección de distinto nivel y naturaleza, pero no prevé ninguna medida específica de acción

positiva destinada a prevenir o compensar las desventajas vinculadas a alguno de los criterios protegidos.

VIII.- Organismo de igualdad

A) Departamento de Igualdad de Oportunidades, que dependerá de la Presidencia del Consejo de Ministros, fijando en este Decreto sus competencias, organización y financiación.

1.- Competencias

En líneas generales se establece como principales funciones:

- la promoción de la igualdad de trato
- la eliminación de la discriminación basada en motivos de raza u origen étnico
- vigilar y garantizar dicha igualdad haciendo operativos los instrumentos de protección, de manera independiente e imparcial
- análisis y estudio del diferente impacto que la misma discriminación puede tener sobre hombres y mujeres y la existencia de formas de racismo de carácter cultural y religioso.

A continuación, se detalla en cinco puntos las competencias de oficio que tendrá, a saber:

1. prestar asistencia en procedimientos administrativos o judiciales emprendidos por las personas que se consideran discriminadas;
2. llevar adelante investigaciones para verificar la existencia de procesos discriminatorios, dentro del respeto a las prerrogativas y funciones de la autoridad judicial;
3. promover la adopción, por parte de los sujetos públicos y privados, especialmente por parte de asociaciones e instituciones mencionadas en el artículo 6 de medidas específicas, incluyendo proyectos de acción positiva, para prevenir o corregir las situaciones

relacionadas con las desventaja motivadas en el origen racial o étnico;

4. difundir al máximo posible el conocimiento de los instrumentos de tutela vigentes mediante acciones de sensibilización pública sobre el principio de igualdad de trato y la ejecución de campañas de información y comunicación;

5. formular recomendaciones y dictámenes sobre cuestiones relacionadas con la discriminación y propuestas de modificación de la legislación vigente.

6. elaborar un informe anual, que se enviará al Parlamento, sobre la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y la eficacia de los mecanismos de protección, así como un informe anual que se remitirá al Presidente del Consejo de Ministros, sobre sus actividades;

7. promover estudios, investigaciones, e intercambio de experiencias, en colaboración con asociaciones, instituciones, y otras organizaciones no gubernamentales que operan en el sector, así como los institutos especializados en estadística, con el fin de elaborar directrices para luchar contra la discriminación.

B) Registro de asociaciones e instituciones dedicadas al campo de la lucha contra la discriminación, que tiene como finalidad elaborar una lista actualizada de las organizaciones o instituciones que trabajen en el campo de la defensa de la igualdad.

La inscripción en dicho Registro está condicionada a que se cumplan una serie de requisitos:

a. estar constituida legalmente como asociación, contar con un estatuto que prevea una organización interna democrática y que establezca como único o principal objetivo la lucha contra el fenómeno de la discriminación y la promoción de la igualdad de trato, sin fines de lucro;

b. mantenimiento de una lista de miembros, que se actualizará

anualmente, a partir de los detalles de las cuotas pagadas directamente a la asociación para sus fines;

c. elaboración de un balance anual de ingresos y gastos, con indicación de las tasas pagadas por los miembros y de mantenimiento de los libros, de conformidad con las normas de contabilidad de las asociaciones;

d. desarrollo de una actividad continua en el año anterior;

e. sus representantes legales no tienen que haber sufrido ninguna condena en relación con la actividad desarrollada por la asociación, y no pueden tener el cargo de representantes de los empresarios o gerentes en empresas que tengan alguna conexión con los fines de la asociación.

El Departamento de Igualdad de Oportunidades, dependiente del Gobierno, prevé una actualización anual del registro.

IX.- Procedimientos de protección

Se establece, en el art. 4, que la protección judicial contra los actos y comportamientos establecidos en el Decreto Legislativo como discriminatorios, se llevarán a cabo de acuerdo a lo fijado en el Decreto Legislativo n° 286, de 25 de julio de 1988, en el que se regula la “acción civil contra la discriminación”. Según esta norma, cuando se denuncia la discriminación, el tribunal podrá ordenar, a petición de parte, la cesación de los efectos perjudiciales del comportamiento, así como adoptar medidas cautelares antes de dictar sentencia.

En el caso de que el supuesto de discriminación se produzca en el ámbito laboral, se puede tratar de promover la conciliación de conformidad con el artículo 410 del Código de Procedimiento Civil o, en la hipótesis de relación de trabajo con la Administración Pública, en virtud del artículo 66 del Decreto Legislativo 30 de marzo de 2001, n. 165.

La carga de la prueba: Existe una presunción *iuris tantum* a favor de las supuestas víctimas de discriminación, según establece el apartado 3 del art. 4, el cual se remite al Código Civil, de manera que corresponde al supuesto infractor probar la inexistencia de discriminación.

Instancias competentes: La legitimación activa para iniciar acciones judiciales que tengan por objeto situaciones de discriminación fundada en alguno de los criterios protegidos, se amplía a una serie de sujetos, además de la víctima, a saber:

1. las asociaciones y entidades incluidas en una lista aprobada por Decreto del Ministro de Trabajo y Política Social y por el Ministro para la Igualdad de Oportunidades.

2. las asociaciones e instituciones registrados en el Registro específico previsto en el artículo 52, apartado 1, letra a) del Decreto del Presidente de la República, de fecha de 31 de agosto de 1999, n. 394, que son aquellas asociaciones, instituciones y otras entidades privadas que llevan a cabo actividades para promover la integración social de los inmigrantes.

3. las asociaciones e instituciones registradas en el Registro creado en el presente Decreto y que hemos referido anteriormente.

Decreto legislativo nº 216, de 9 de julio de 2003, para la aplicación de la Directiva sobre no discriminación en el empleo

I.- Introducción

El Decreto legislativo nº 216, de 9 de julio de 2003, traspone la Directiva 2000/78/CE sobre “*la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*”.

El objetivo del decreto es establecer un marco normativo que facilite la igualdad de trato de las personas, con independencia de la religión, las creencias, la discapacidad, la edad y la orientación

sexual, en materia de empleo y de condiciones de trabajo, disponiendo las medidas necesarias a fin de que estos factores no causen discriminación.

II.- Estructura de la ley

El Decreto consta de 7 artículos, sin ninguna división en Títulos o Capítulos, básicamente repite la estructura del decreto legislativo nº 215, de 9 de julio de 2003, analizado anteriormente.

Artículo 1, define el objeto de la norma.

Artículo 2, define los conceptos que se manejarán a lo largo del texto.

Artículo 3, fija el ámbito de aplicación.

Artículo 4, establece la protección judicial de los derechos.

Artículo 5, concreta la legitimación activa.

Artículo 6, fija la obligación de trasladar a la Comisión europea la información relativa a la aplicación del presente decreto legislativo.

Artículo 7, determina la manera en que se financiarán los gastos de aplicación de la norma.

III.- Motivos de discriminación

Se enumeran expresamente: la religión, la ideología o convicciones, la discapacidad, la orientación sexual y la edad.

IV.- Definiciones

Paridad de trato, ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivos de religión, creencia, discapacidad, edad u orientación sexual.

Discriminación directa, cuando por la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, una persona recibe un trato menos favorable que otra en una situación comparable;

Discriminación indirecta, cuando una disposición, criterio, práctica, acto, pacto o comportamiento aparentemente neutro, coloca a las personas que profesan una determinada religión o creencias, a personas con discapacidad, a personas con una edad determinada, o

una orientación sexual particular, en una situación de desventaja en comparación con otras personas.

V.- Ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación

A) El Decreto legislativo se aplicará a todas las personas, tanto en los sectores público y privado con referencia específica a las siguientes áreas:

- el acceso al empleo y al trabajo, sean dependientes o por cuenta propia, incluidos los criterios de selección y condiciones de contratación;

- el empleo y las condiciones de trabajo, incluida la promoción profesional, la remuneración y las condiciones de despido;

- acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional y la formación, reciclaje y re-capacitación, incluida la formación profesional;

- la afiliación y participación en una organización de trabajadores, de empresarios o en cualquier organización profesional, incluidas las prestaciones concedidas por los mismos;

B) La aplicación del presente decreto se entiende sin perjuicio de las disposiciones vigentes en materia de:

- entrada, estancia, acceso al empleo y a los servicios sociales por parte de los ciudadanos de terceros países y apátridas;

- seguridad y protección social;

- seguridad pública, protección del orden público, prevención del delito y protección de la salud;

- estado civil y los beneficios que del mismo se deriven;

- fuerzas armadas, en relación con los factores de edad y discapacidad.

C) De acuerdo con los principios de proporcionalidad y racionalidad, no constituyen actos de discriminación en el ámbito laboral, aquellas diferencias de trato que traigan causa en la religión,

las convicciones personales, una discapacidad, la edad, o la orientación sexual de una persona, cuando debido a la naturaleza del puesto de trabajo o el contexto en el que se lleva a cabo, se trate de características que puedan condicionar el buen desarrollo de la actividad.

D) Del mismo modo, no constituye un acto de discriminación la evaluación de estas características cuando sean pertinentes para llevar a cabo las funciones propias de las fuerzas armadas y de la policía.

E) No constituyen actos de discriminación las diferencias de trato basadas en la profesión de una religión o creencia, cuando por la naturaleza de la actividad profesional llevada a cabo, constituyen un requisito esencial, legítimo y justificado.

F) Tampoco son discriminatorias las diferencias de trato que, a pesar de ser indirectamente discriminatorias, estén justificadas objetivamente por el fin legítimo perseguido. En particular, no se considera discriminatoria la exclusión en la realización de actividades relacionadas con la educación de menores de edad, de aquellas personas que hayan cumplido condena por actos que conciernen a la libertad sexual de los niños, o relacionados con la pornografía infantil.

VI.- Organismo de igualdad

El Decreto legislativo no se refiere a ningún organismo u agente de igualdad.

VII.- Procedimientos de protección

Se reproduce lo previsto en el decreto legislativo nº 215, de 9 de julio de 2003, analizado anteriormente. Tanto respecto de los procedimientos jurisdiccionales, como en relación a la carga de la prueba.

Legitimación activa:

Tendrán legitimación activa para iniciar acciones judiciales que tengan por objeto situaciones de discriminación fundada en alguno de los criterios protegidos, además de la víctima, los representantes locales de las organizaciones nacionales que tengan mayor representación a nivel nacional.

PAÍSES BAJOS

En el caso neerlandés debemos fijarnos en, al menos, tres Leyes. La Ley de igualdad de trato de 2 de marzo de 2004 (modificada el 9 de septiembre de 2004), La Ley de mayo de 2002 de igualdad de trato en el empleo por razón de edad y por último la Ley de igualdad de trato para los discapacitados y los enfermos crónicos, de fecha 3 de abril de 2003.

La primera de las normas, de alguna manera, se autoconfigura como el marco jurídico de la igualdad de trato en los Países Bajos y afecta a la protección frente a discriminaciones por razón de religión, creencia, opiniones políticas, raza, sexo, nacionalidad, orientación sexual o estado civil. De forma que en las otras dos Leyes de 2002 y de 2003 encontraremos múltiples remisiones a esta primera norma; en particular en la regulación del organismo de igualdad.

Las Leyes para la igualdad de trato de los Países Bajos incorporan algunos factores que no están en las Directivas comunitarias como lo son el estado civil o la enfermedad crónica. Por otro lado, las Leyes neerlandesas combinan las prohibiciones de discriminación con las múltiples actuaciones o situaciones en las que sí está autorizada una diferencia de trato por los diferentes motivos que aquellas normas abordan.

Tras la lectura detenida de esta normativa se detecta que las exigencias de prohibición de discriminación son mucho más estrictas en las esferas públicas o, en su caso, en las privadas cuando estas últimas tienen alguna relevancia pública que frente a las propiamente privadas, sean en el seno de la empresa, las contrataciones y negocios jurídicos u otras actividades. En todo caso conviene delimitar que si las relaciones personales no trascienden hacia *el exterior* para las normas neerlandesas no son de aplicación las prohibiciones de discriminación.

La Ley, de 2 de marzo de 2004, de igualdad de trato (modificada el 9 de septiembre de 2004).

I.- Estructura de la Ley

La Ley se compone de tres capítulos subdivididos algunos de ellos, a su vez, en partes. El capítulo I aborda la igualdad de trato por los distintos motivos contenidos en la Ley y se detiene en fijar en distintos apartados 1. Las disposiciones generales, 2. Fija excepciones y exclusiones de la aplicación de la norma, 3. Previsiones en el ámbito del empleo y las profesiones, 4. Previsiones en el ámbito socio-económico, 5. Protección y aplicación. El capítulo II se dedica a la Comisión de igualdad de trato (CGB). Finalmente, el capítulo III incorpora las disposiciones finales de la Ley (muchas de ellas se encuentran derogadas en la actualidad) y se refiere al momento de la entrada en vigor.

Cuenta con un total de 35 artículos o secciones (algunos de ellos contienen artículos bis y subsecciones).

Esta norma para la Igualdad de trato también afecta a la Ley de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo (anterior en el tiempo), algunas de sus disposiciones se coordinan con esta legislación preexistente; lo mismo sucede con los artículos 646, 647, 667 y 670 del Libro 7 de su Código Civil (también referidos a la igualdad y el empleo), cuyas reglas subsisten, en ambos casos, por mandato expreso del legislador.

El fundamento para la regulación normativa de la igualdad de trato lo encuentra el legislador nacional de los Países Bajos en su Constitución (art. 1), para incorporar reglas que protejan frente a la discriminación.

II.- Motivos de discriminación

La Ley que estudiamos protege frente a las discriminaciones por distintos motivos, pero siempre con la finalidad de promover la

igualdad de participación en la sociedad. Regula la prohibición de discriminación por razones de religión, creencias, opiniones políticas, raza, sexo, nacionalidad, orientación sexual (heterosexual u homosexual) y estado civil. Sólo tolerará la diferencia de trato por alguno de estos motivos si así está expresamente previsto en la Ley.

III.- Definiciones

Su primera sección (sección 1 y 1 a) incorpora las nociones de discriminación, discriminación directa y discriminación indirecta. Además, siguiendo los criterios que fija la Directiva comunitaria 2002/73/CE, expresamente recuerda que constituye una discriminación directa por razón de sexo aquella relacionada con el embarazo, el nacimiento o la maternidad. Del mismo modo la norma recoge la noción de acoso, incorporando las pautas y directrices comunitarias (es acoso el comportamiento que pretenda en sus objetivos o, efectivamente, consiga atentar contra la dignidad humana y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo).

IV.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación

La parte 3ª de la Ley se dirige a la prohibición de discriminación en el empleo. La parte 4ª recoge otras previsiones en el campo socio-económico, en particular referida al acceso y disfrute de bienes y servicios.

1.- EMPLEO Y PROFESIONES

Desde la Ley ya se declara la expresa prohibición de discriminar por los distintos motivos contemplados (por razones de religión, creencias, opiniones políticas, raza, sexo, nacionalidad, orientación sexual y estado civil). Prohibición legal que abarca a las ofertas de empleo, la oferta de vacantes y procesos de selección del personal, en el lugar de trabajo, al iniciarse y finalizar una relación laboral, en los casos de despido, al fijar los términos y condiciones

del empleo, en la formación ocupacional o profesional recibida (antes o durante el contrato de trabajo), en la promoción laboral o sobre las condiciones laborales (sección 5). De la misma manera está prohibida la discriminación en el acceso a las profesiones, en el ejercicio de aquéllas o para desarrollarse como profesional gracias a ellas, debiendo ofrecerse una igualdad de oportunidades profesionales (sección 6). En todo caso se declara la prohibición de discriminación en el seno de las asociaciones empresariales, de los sindicatos y de las organizaciones profesionales, respecto a la afiliación y participación, quedando también incluidos los beneficios que de aquéllas se pudieran obtener por sus respectivos miembros en su condición de afiliados.

No obstante, se **excluye** la aplicación de dicha prohibición en los diversos extremos referidos al empleo si nos encontramos ante la libertad religiosa o ideológica de la empresa (empresas de tendencia), permitiendo para estos supuestos que se impongan criterios adecuados de acuerdo con los fines ideológicos o religiosos de la institución en cuestión, siempre que sean necesarios para el cumplimiento de las obligaciones en un concreto puesto (de trabajo u otro como de consejero o similar). En particular; no se considerará nunca que en estos casos se produce una discriminación, tan especiales - siempre referidos a un concreto puesto de trabajo-, por los exclusivos motivos de opinión política, raza, sexo, nacionalidad, orientación sexual o estado civil. Igualmente, queda posibilitada la designación de un puesto de trabajo bajo la libertad de fundar instituciones bajo principios políticos sin quebrantar cualquiera de aquellas prohibiciones de discriminación o, en fin, cuando se fijan los requerimientos de un puesto de trabajo destinado a dar cumplimiento a los legítimos propósitos de la institución (religiosa o ideológica) si se trata de la libertad que asiste a los establecimientos educativos fundados bajo criterios religiosos o principios ideológicos. Estas mismas reglas excepcionadas, con base en la libertad de

asociación, afectan a aquellas organizaciones o asociaciones fundadas en principios religiosos o ideológicos siempre que en atención a sus fines los requisitos exigidos a sus miembros sean necesarios para cumplir sus principios fundacionales (sección 5 y sección 6).

Tampoco se aplican las causas de discriminación descritas en la Ley holandesa, permitiéndose consiguientemente la diferencia de trato, cuando en atención a la naturaleza privada del empleo los requisitos tomados en cuenta sean razonablemente impuestos a la relación laboral. También está autorizada la diferencia de trato por razón de opinión política para los nombramientos de asesores en la empresa cuando los requisitos exigidos en la cobertura del puesto o desempeño del trabajo sean razonablemente esgrimidos o, en otros supuestos, si aquella misma diferencia de trato es relacionada con la opinión política cuando los requisitos exigidos -en el seno de la institución o empresa- para los nombramientos de altos cargos o cargos de confianza sean razonablemente impuestos para el desempeño del puesto de confianza que se debe desempeñar (sobre ninguno de estos supuestos recaen las prohibiciones de discriminación).

Por último, en relación con el Derecho de la Seguridad Social y el percibo de prestaciones sociales no se entenderá que existe una discriminación por estado civil cuando se conceda una pensión al familiar supérstite. (En este caso la Ley hace mención a determinadas normas reformadoras en Holanda de su Sistema de pensiones en relación al derecho de opción entre la pensión de vejez en vez de la de viudedad o, en su caso, las prestaciones en favor de familiares sobrevivientes).

2.- ÁMBITO SOCIO-ECONÓMICO

En el marco de las relaciones económicas también se prohíbe la discriminación por los motivos recogidos en la Ley, en concreto en

relación con la oferta de bienes y servicios, la celebración o conclusión de contratos, la educación y el acceso a la formación.

En particular no se admiten comportamientos discriminatorios por los motivos señalados en la Ley en el desarrollo de negocios o en la práctica de una profesión, en el sector público, en las instituciones dedicadas a la vivienda, los servicios sociales, la asistencia sanitaria, los asuntos culturales o la educación. E, incluso, en las relaciones privadas, para las personas privadas, siempre y cuando la oferta se haga pública. No obstante, no resultan de aplicación las prohibiciones de la Ley para la igualdad de trato en el desarrollo de negocios, ejercicio de profesiones o para las personas privadas cuando los requerimientos exigidos sean razonables desde el punto de vista de la naturaleza privada de la relación y las circunstancias a las que la norma jurídica se aplica.

Nuevamente, también para este apartado, se recoge que las prohibiciones de discriminación no afectan a la libertad de fundación de centros educativos, basados en principios ideológicos o religiosos, pudiendo imponerse requisitos respecto a la admisión y participación en la educación que se oferta de acuerdo con los fines de la institución. Por ello, siempre que los requisitos sean necesarios para el cumplimiento de aquéllos no se tomarán en cuentas los motivos relacionados con la opinión política, la raza, el sexo, la nacionalidad, la orientación sexual o el estado civil. En todo caso el trato diferente por razón de sexo también se admite si la naturaleza de establecimiento lo requiere y si se ofrecen centros o instalaciones equivalentes para alumnos de ambos sexos.

La Ley se detiene en clarificar con rotundidad que está prohibido discriminar por razón de raza en el marco de la protección social, incluida la Seguridad Social y para el acceso a ventajas sociales.

3.- EXCLUSIONES GENERALES O CAUSAS JUSTIFICATIVAS PARA LA DIFERENCIA DE TRATO

La prohibición contra la discriminación no abarca a las posibles discriminaciones indirectas si éstas están objetivamente justificadas por un fin legítimo y para su logro la acción adoptada sea la adecuada y necesaria.

Tampoco es aplicable la discriminación por razón de sexo si el sexo es un factor determinante, muy en particular en los supuestos en los cuales se protegen determinados estados biológicos de la mujer, como el embarazo y la maternidad.

Por otro lado, no es considerada una discriminación en referencia a la raza en aquellos casos que la apariencia racial es un requisito esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Tampoco se aplicarán las reglas de la prohibición de discriminación por raza si ésta constituye un requisito profesional para una actividad concreta o en razón con el contexto en el que la actividad se desarrolle, siempre que el objetivo sea legítimo y proporcionado. Ni cuando, ante supuestos de nacionalidad, el diferente trato tenga su apoyo en las normas del Derecho internacional (sean regulaciones vinculantes, normas escritas o no escritas) o cuando la nacionalidad es un factor determinante para el disfrute de derechos y la aplicación de las disposiciones. Respecto a las matizaciones que incorpora este último punto de la Ley ya existe alguna referencia, en términos muy similares, en la Directiva 2000/43/CE.

Ni tampoco está prevista su aplicación para las relaciones con las confesiones religiosas o sus asociaciones u otras agrupaciones de naturaleza espiritual. Tampoco se aplica a los cargos sacerdotales o ministros religiosos (se sobreentiende que en el ejercicio de su ministerio).

También considerándolas, desde la Ley, como causas autorizadas de diferencia de trato o no contrarias a la prohibición de discriminación se permite la incorporación de medidas de ventaja para las mujeres o minorías étnicas o culturales para eliminar situaciones de desventaja relacionadas con el sexo o la raza, siempre que estas acciones sean proporcionadas al fin que persiguen. Sin duda son medidas de acción positiva.

V.- Medidas de acción positiva

Salvo las precitadas referencias del apartado inmediatamente anterior, que admiten la adopción medidas favorables o ventajosas para las mujeres y minorías étnicas o culturales de cara a eliminar o reducir sus situaciones de desventaja relacionadas con el sexo o la raza (sección 2), no se encuentra ningún otro reflejo en la norma holandesa a las posibles acciones positivas.

VI.- Instrumentos de protección frente a la discriminación

En paralelismo con lo establecido por las distintas Directivas comunitarias contra la discriminación, la Ley declara nulos cuantos actos o comportamientos sean discriminatorios por cualquiera de los motivos prohibidos (razones de religión, creencias, opiniones políticas, raza, sexo, nacionalidad, orientación sexual y estado civil).

En particular en el marco de las relaciones laborales se prohíbe la extinción del vínculo contractual por razones discriminatorias. No tolera ninguna acción de represalia al trabajador que reclama invocando esta norma por haberse producido contra él cualquier tipo de discriminación. Prohibición de represaliar que también se hará extensible a los testigos. Del mismo modo que cualquier desventaja ocasionada sobre aquel trabajador que reclama o sobre quien asiste al que reclama por la discriminación es declarada nula y, ello, con absoluta independencia de que la queja se haya presentado en vía judicial o por otro medio. En caso de terminación del contrato de trabajo la Ley fija un plazo de 2 meses, como regla temporal general,

para ejercitar la acción de reclamación alegando la violación de cualquiera de las causas de discriminación prohibidas, plazo que será contando a partir de la notificación del empresario. En todo caso la puesta en marcha de procedimientos relacionados con la nulidad de los comportamientos discriminatorios será de seis meses contados a partir del día en el que la relación de trabajo haya terminado. Podrá reclamarse a la empresa una indemnización por los daños causados cuando sea responsable del comportamiento discriminatorio (sección 8).

Cualquier acuerdo o cláusula contractual que contradiga lo dispuesto en la norma ha de tenerse por no puesta, y ser declarada nula y sin efecto (sección 9).

Así mismo la Ley introduce la regla de la inversión de la carga probatoria en el proceso judicial cuando se alegue discriminación, correspondiendo a la otra parte justificar que su acción no tuvo relación alguna con las prohibiciones de discriminación, no suponiendo una violación de aquéllas. Esa regla también es aplicable en las relaciones con la Administración pública y así, expresamente, se prevé (sección 10).

VII.- Organismo de igualdad

Ya en su breve Exposición de Motivos el legislador neerlandés consideraba que para alcanzar la finalidad propuesta por la Ley es necesario establecer una Comisión de igualdad de trato, que permita la aplicación de las prohibiciones de discriminación previstas en ella. Este organismo es la *Commissie Gelijke Behandeling* (CGB). Todo el capítulo 2 de la Ley se dedica a esta Comisión, sus funciones y, sobre todo, su procedimiento de actuación y decisión (a lo largo de las secciones 11 a 21).

1.- Organización

Composición y Estatuto de sus Miembros

Forman parte de la Comisión de igualdad de trato 9 miembros, incluido su presidente y dos vicepresidentes. Quienes ocupen los cargos de presidente y vicepresidentes deben cumplir los requisitos que exige la Ley holandesa a los *agentes* judiciales, según las correspondientes reglas de elegibilidad y nombramiento; siéndoles de aplicación el Estatuto judicial y su régimen disciplinario. Sin embargo, algunas de aquéllas normas estatutarias no resultarán de aplicación a los miembros de la Comisión, en particular no se les aplica la prohibición de entablar conversaciones con las partes, sus abogados, representantes o la aceptación de documentación o información.

Los miembros de la CGB y sus sustitutos son nombrados por el Ministro de Justicia, tras consultar a los Ministerios de Interior, Asuntos sociales y empleo, Educación y ciencia y bienestar, Salud y cultura. Su mandato será como máximo de seis años, pudiendo ser reelegidos al concluir el mismo. El Ministro de justicia aceptará las dimisiones que se le presenten, conforme a las solicitudes de renuncia. Las demás cuestiones relativas a su Estatuto son desarrolladas reglamentariamente, en particular lo relativo a su nombramiento, carrera, retribuciones, complementos, prestaciones, permisos, gastos, derechos y obligaciones, en particular en caso de reorganización, régimen disciplinario, suspensión y extinción de su mandato (sección 21).

Para el mejor desarrollo de sus obligaciones la Comisión se divide en subcomisiones.

2.- Autonomía

La CGB cuenta con una Oficina para el cumplimiento de sus obligaciones (sección 17). El personal de la Oficina es nombrado por el Ministro de Justicia bajo las recomendaciones de la propia Comisión, que es la encargada de seleccionar, nombrar, ascender, suspender y despedir a su plantilla. El Ministerio de Justicia fijará los criterios de nombramiento, ascensos, suspensiones y dimisiones del personal.

La Comisión puede requerir la asistencia de los funcionarios públicos de los distintos Ministerios tanto para el cumplimiento de sus obligaciones como para la resolución de los asuntos que le corresponde conocer. Igualmente, podrá requerir asistencia de uno o varios asesores que le puedan suministrar la información necesaria en cada asunto.

3.- Competencia

La Comisión se encarga de recibir las quejas por discriminación (éstas han de estar en todo caso redactadas por escrito), dirigir la investigación con vistas a determinar si efectivamente se ha producido cualquiera de los motivos de discriminación previstos en esta Ley para la igualdad de trato o en la Ley de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo o conforme a las previsiones del art. 646 del Libro 7 del Código civil holandés (también relativas a la no discriminación en el empleo entre mujeres y hombres) y, finalmente, habrá de publicar sus conclusiones, fallos u opiniones. También conviene apuntar que según indica aquella misma Ley, le es atribuida a la Comisión competencia para resolver asuntos sobre la igualdad de trato recogidos en las otras normas previas. Así pues aquella CGB tiene la obligación de abordar y dar solución a las cuestiones que le pudieran ser planteadas sobre la no discriminación en el empleo en relación al trabajo a tiempo parcial o al trabajo de duración determinada (por cierto, también se trata de dos cuestiones

estrechamente vinculadas a dos Directivas comunitarias de 1997 y 1999, Directiva 97/81/CE relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a tiempo parcial y Directiva 99/70/CE relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada). Aspectos, estos dos últimos, que se contienen en los arts. 648 y 649 del Código civil neerlandés.

Por otro lado corresponde apuntar aquí, como más adelante se pone de manifiesto al estudiar otras Leyes de igualdad de trato del ordenamiento jurídico de los Países Bajos (en concreto las Leyes de 2002 y 2003 que se analizarán más abajo en estas páginas), como también es competencia de la CGB resolver aquellos asuntos que se le presenten y sean relativos a la discriminación por razón de edad en el empleo o por motivos de discapacidad o de enfermedad crónica.

A la Comisión también le está permitido actuar de oficio o a iniciativa propia en aquellos casos en que se pueda presumir la posible presencia sistemática de discriminación, haciendo públicas sus conclusiones.

Desde la Ley no se diferencia expresamente cuáles sean las funciones a la Comisión para poder desarrollar su cometido. Se prefiere indicar en distintos preceptos cómo ha de proceder la CGB en la tramitación y resolución de las quejas recibidas, de manera que las que le son funciones atribuidas necesariamente han de inferirse de la lectura de aquel procedimiento.

3.1.- Asistencia a las víctimas

La Ley holandesa se detiene en detalle en el procedimiento que ha de llevarse a cabo por parte de la Comisión de igualdad de trato para resolver las quejas por discriminación que fueran presentadas ante ella.

La norma neerlandesa incorpora una amplísima legitimación activa. Las denuncias iniciadas a instancia de parte pueden ser

presentadas por distintos sujetos: (1) la persona que se considere víctima de discriminación, (2) las personas naturales o jurídicas o la autoridad competente que deseen conocer si han discriminado por cualquiera de los motivos prohibidos de los que se encarga de conocer la Comisión, (3) la persona responsable de conocer conflictos por razones de discriminación prohibidas, (4) un grupo de trabajadores (grupo de trabajo o comisión) o un trabajador comparable que crea que en su empresa u organización se está produciendo una discriminación, cuando han sido designados como encargados en la lucha contra la discriminación (5) asociaciones o fundaciones que de acuerdo con sus Estatutos representen los intereses de un grupo o colectivo al que protegen frente a posibles discriminaciones, que serán muchas veces organizaciones de lucha contra la discriminación.

En los supuestos en que la iniciación del procedimiento se produzca por peticiones realizadas por cualquiera de los sujetos reflejados en los apartados 4º y 5º del párrafo anterior (es decir por sujetos colectivos interesados en la igualdad de trato en distintos ámbitos), o si la investigación se inició por propia iniciativa de la Comisión, ésta (la Comisión) estará obligada a informar a la(s) persona(s) a la(s) que afectaría su trabajo como posibles perjudicados por actos de discriminación. La Comisión no está autorizada para resolver sobre hechos relacionados con aquellas personas si han manifestado sus reservas sobre su participación.

La actuación de la Comisión se inicia con la investigación y finaliza con su resolución u opinión, que habrá de ser motivada. La Comisión ha de ponerse en contacto con el solicitante, la persona a la cual se le imputa la discriminación y, si es pertinente, con la víctima de la discriminación. La Comisión podrá formular recomendaciones vinculadas a su resolución a quien se le imputa la discriminación. Igualmente, para la correcta resolución del asunto planteado puede requerir la consulta o asesoramiento a los distintos Ministerios, las

organizaciones de empleadores, sindicatos o asociaciones profesionales o de funcionarios públicos, u organizaciones de consumidores u otros cuerpos relevantes cuando así lo considere necesario o conveniente.

No obstante la CGB no iniciará su investigación si la petición formulada es: (1) manifiestamente infundada, (2) el interés del solicitante o la seriedad de la petición es manifiestamente insuficiente, o (3) el lapso temporal transcurrido desde que se produjo la discriminación hace que la investigación no pueda ser llevada a cabo de manera razonable. La decisión de la Comisión de no dar curso a la investigación será debidamente comunicada al peticionario, por escrito y aportando las razones que en cada caso procedan.

Corresponde a la Comisión entablar una actividad legal, con la celebración de su correspondiente vista para después obtener una resolución, indicando en ella (cuando proceda) la conducta prohibida o las consecuencias de aquel comportamiento discriminatorio para que éste sea rectificado. Pero en ningún caso podrá formularse una resolución si la persona afectada por la conducta discriminatoria ha presentado reservas (sección 15). Parece que en este punto se contiene una especie de obligación de inhibición de resolver si el afectado planteó sus reservas ante la Comisión.

En todo caso el completo desarrollo procedimental se realiza mediante su desarrollo reglamentario, que ha de determinar, al menos los siguientes aspectos: cómo han de ser tratados los asuntos, la audiencia a las partes, la publicidad de las audiencias y la obligación de publicar las resoluciones que alcance la Comisión.

3.2.- Otras funciones

A la Comisión le es encargado presentar con carácter anual su respectivo Informe de actividad, que ha de ser publicado. De aquel

informe han de remitirse copias tanto a los Ministerios como a los cuerpos consultivos que pudieran estar afectados por aquella Memoria, para su conocimiento.

Con carácter quinquenal desde la entrada en vigor de la Ley la Comisión debe redactar un Informe de sus resultados en relación con la lucha y prevención contra las distintas discriminaciones contempladas en ella, pero también en la Ley de igualdad entre mujeres y hombres y en el art. 646 del Libro 7 del Código civil neerlandés. El citado informe deberá transmitirse al Ministerio del Interior. Los Ministerios implicados en la lucha contra la discriminación tras recibir ese informe redactarán conjuntamente con la Comisión su propio informe sobre el funcionamiento de la norma en el que indiquen las medidas que convenga adoptar y las enviarán a los *States General* (su Parlamento).

3.3.- Colaboración de las instituciones públicas y de terceros para la resolución de los asuntos que conoce la Comisión

La Comisión y las personas de su Oficina pueden requerir toda la información y documentos que sean considerados razonablemente necesarios para desarrollar sus funciones (sección 19). Todos, con independencia de que se trate de sujetos privados o públicos, están obligados a suministrar la información y documentos que les fueran solicitados, salvo que por motivos de su cargo o profesión estén obligados a guardar confidencialidad o que por lazos de consanguinidad o afinidad o situaciones análogas de afectividad no tengan legalmente esta obligación si ello pudiera colocar a su pariente como posible reo de delito.

La información y documentos aportados a la CGB ha de ser acorde con la realidad (la verdad), además habrán de ser presentados según el modo y el tiempo que para su recepción haya fijado en cada caso la propia Comisión.

4.- Encaje de la CGB con el procedimiento judicial

No se menciona en la Ley, sí en sus desarrollos normativos. En todo caso conviene tener presente que las resoluciones de la Comisión son opiniones que no vinculan a la parte (en el sentido no sólo de que queda expedita la reclamación judicial sino que por sí mismas la resoluciones no tienen fuerza de obligar a quien la Comisión haya encontrado responsable de discriminación). Aunque, según indica la propia Comisión (en su sitio de internet⁴), en la práctica se vienen cumpliendo voluntariamente las decisiones acordadas por ella.

5.- Presupuesto

Los miembros de la Comisión reciben honorarios por sus servicios. Los sustitutos perciben sus emolumentos por cada actividad en la que son oídos o participan, así como las dietas que en su caso correspondan (gastos de viaje, manutención y alojamiento).

La Ley, de mayo de 2002, de igualdad de trato en el empleo por razón de edad.

I.- Introducción

Esta norma fue promulgada para incorporar al ordenamiento neerlandés la Directiva 2000/78/CE por motivos de discriminación por razón de edad en el empleo, la ocupación y la formación. La justificación constitucional la encuentra, como las otras Leyes y normas holandesas antidiscriminatorias, en el art. 1 de la Constitución que prohíbe la discriminación.

La estructura de la Ley tiene muchos paralelismos con la Directiva comunitaria, además el lenguaje que utiliza es, casi siempre, el de aquella norma europea.

⁴ La dirección URL es <http://www.cgb.nl/>

II.- Estructura de la Ley

Cuenta con cinco apartados: 1. disposiciones generales, 2. ámbito de la prohibición, 3.- excepciones a la prohibición de discriminación, 4. fijación del límite de edad, y 5. protección legal; y seis disposiciones finales. En total se compone de 20 artículos.

La norma se remite a las reglas que contiene la Ley de 1994 para la igualdad de trato en todo lo que respecta a la Comisión de la igualdad de trato.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en esta norma se derogan ciertas exigencias que se contenían en otras Leyes de holandesas; abrogación que se produce porque en ellas se exigía haber cumplido una edad (madura) para acceder a ciertos puestos de naturaleza pública. Probablemente la derogación se produce por lo que aquellas normas pudieran tener de discriminatorias por razón de edad en este caso para los más jóvenes.

III.- Motivos de discriminación

Por razón de edad o por otras características o conductas por las cuales resulte una discriminación por razón de la edad (sección1).

Además cualquier orden de discriminar por motivo de edad debe ser tratada como una auténtica discriminación por edad.

IV.- Definiciones

Sólo introduce la definición de acoso relacionado con la edad, siguiendo las pautas de la Directiva comunitaria (sección 2).

V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación

1.- EMPLEO

La Ley, como la rúbrica de su título indica, sólo es de aplicación al campo del empleo (entendido en sentido amplio ya que afecta al empleo privado y al público). Por ello abarca (en sus

secciones 3 a 6) aspectos relacionados propiamente con el empleo, pero también relativos a las profesiones liberales, a la formación profesional o a la afiliación y participación en las asociaciones empresariales, los sindicatos y las organizaciones profesionales.

La norma declara la prohibición de discriminar por edad en la contratación, selección y nombramiento del personal, en el lugar de trabajo, desde que se inicia una relación laboral hasta que ésta se extingue, para los nombramientos y ceses de los empleados y funcionarios públicos, en las condiciones de empleo, en la educación y la formación sea antes de ingresar en un empleo o ya sea para la formación profesional propiamente dicha, los ascensos, y las condiciones de trabajo.

Tomando en cuenta la amplitud del ámbito de aplicación de la Ley, igualmente declara la prohibición de discriminar en atención a las condiciones para la admisión a las profesiones liberales y con respecto a las oportunidades para desempeñar un a profesión o desarrollar las competencias inherentes a la misma.

No se admite la discriminación por edad en lo relativo al acceso, ni tampoco en el disfrute de formación, o incluso en lo que se refiere al asesoramiento para una carrera o su desarrollo y, en general, en toda la orientación profesional. Tampoco en el acceso o disfrute de formación profesional laboral o para la realización de pruebas relacionadas con aquella formación y su efectivo disfrute. Finalmente, queda expresamente vetada la discriminación de afiliación, participación o pertenencia a sindicatos, asociaciones empresariales u organizaciones profesionales, lo que abarca también a las ventajas sociales que pudieran concederse a sus miembros.

2.- EXCEPCIONES O CAUSAS JUSTIFICATIVAS DE LA DIFERENCIA DE TRATO

La Ley autoriza la diferencia de trato recogiendo dos excepciones, tomadas ambas del texto de la Directiva comunitaria

2000/78/CE aunque son matizadas por la norma interna de los Países Bajos, la primera se basa en la objetividad de la medida adoptada y la segunda se refiere a su aplicación en el marco de las pensiones de la Seguridad Social. Veamos en un breve análisis cómo aborda la legislación neerlandesa cada una de estas autorizaciones a la diferencia de trato por edad.

La prohibición de discriminación por edad no es aplicable cuando exista una justificación objetiva. Esto se concreta en tres supuestos: (1) si la medida de diferencia de trato está basada en políticas de empleo o del mercado de trabajo para promover el empleo de ciertos grupos de edad (esta posibilidad forma parte de una acción positiva), ahora eso sí, las medidas deben estar previamente acordadas en una Ley del Parlamento; (2) en relación con la finalización de una relación laboral cuando la persona alcanza la condición de 'pensionable' conforme a la regulación de las jubilaciones en Holanda (*Old Age Pensions Act*) o de acuerdo con lo previsto en una Ley aprobada por el Parlamento o, en último término, si se alcanza un acuerdo entre las partes (trabajador y empresario); (3) en cualquier otra circunstancia objetivamente justificada por una finalidad legítima que ha de ser, además, una medida apropiada (adecuada) y necesaria.

Como ya venimos apuntando en las otras Leyes estudiadas, para los casos en los que se observe en la diferencia de trato por edad ante la presencia de conductas de acoso no puede entenderse como válida la excepción legal admitida (sección 7). No se tolera que el acoso se canalice a través de las causas justifican la diferencia de trato, que de alguna manera suponga un fraude de Ley o con él se *malverse* el uso del carácter excepcional de la norma para por esa vía introducir el acoso discriminatorio a las personas.

Por lo que respecta al marco de la Seguridad Social también se podrá tomar en cuenta la excepción que permite la diferencia de trato

por edad, tanto para las pensiones públicas como privadas, siempre entendiendo por plan de pensiones o seguro de vejez cuando éstos se aplican a una o varias personas en conexión con su prestación laboral en una empresa, un sector de actividad, ocupación, empleo o función pública (se trata de regímenes profesionales) y si se tratase de un plan individual cuando éste no fuera concertado de manera privada por la persona en cuestión. En los casos apuntados no se entiende que hay discriminación por edad. Por lo cual, se declara expresamente que no se aplica la Ley de igualdad de trato por edad cuando se tome en cuenta la edad de la persona para admitirla en el aseguramiento o para adquirir la condición de pensionable o, incluso, cuando se fijan distintas edades por grupos o categorías de trabajadores. Tampoco se aplica la prohibición de discriminación por edad cuando en los cálculos actuariales de los planes de pensiones o pensiones públicas se tienen en cuenta los criterios de edad. La norma holandesa en este apartado viene a reproducir el art. 6.2 de la Directiva 2000/78/CE.

V.- Medidas de acción positiva

La sección 7 al enumerar las justificaciones de diferencia de trato por razón de edad permite que, apoyándose en las políticas de empleo o del mercado de trabajo, se adopten medidas tendentes a promover el empleo de ciertas categorías de edad siempre que estén permitidas por aquéllas políticas públicas.

VI.- Organismo de igualdad

La protección legal ofrecida para prevenir y erradicar la discriminación por edad se encuadra también dentro de la labor de la Comisión de igualdad de trato, CGB. A ella se le encomienda realizar las pesquisas pertinentes en relación con la discriminación por edad. Bajo esos parámetros de unidad del organismo para la igualdad de trato por distintas razones, y para todo lo relativo a este organismo de

igualdad, la Ley de 2002 se remite a lo previamente fijado por la Ley de igualdad de trato de 1994.

Tras cinco años de la entrada en vigor de la norma (entrada en vigor que se produjo el pasado 1 de mayo de 2004) y previa consulta con los Ministerios implicados (Justicia, Interior, relaciones con el Reino y Educación, cultura y ciencia, Asuntos sociales y empleo) se exige la remisión a los *States General* de un Informe relativo a la prohibición de discriminación por edad en el empleo sobre la aplicación de la Ley, en donde se habrá de analizar la efectividad de la misma así como el impacto que ha tenido durante ese periodo su aplicación y desarrollo.

VII. Protección y tutela legal

En este apartado se señalan algunas otras cuestiones de interés que aparecen recogidas en la Ley relativas a la protección y tutela legal. Por un lado, la ley exige que si se realiza una diferencia por razón de edad en la oferta de vacantes, las concretas razones de por qué se incluye aquélla diferencia de trato han de estar claramente establecidas (sección 9).

Por otro lado, aunque se trata de una común exigencia para evitar la discriminación derivada a su vez del ejercicio legítimo de las reclamaciones por discriminación, no por eso se omite la mención de la improcedencia y nulidad de las represalias, en particular ante situaciones de dependencia (subordinación o jerarquía). Por ello se prohíbe toda victimización y en particular cualquier trato desfavorable contra la víctima como resultado de la queja presentada por discriminación por edad, la misma regla de prohibición de represalias se ha de hacer extensible a los testigos. Se declaran nulos y sin efecto los comportamientos de esta clase (sección 10). Igualmente, se recoge la regla de la inversión de la carga probatoria una vez que se hayan presentado indicios que hagan presumir que haya podido existir discriminación por edad; correspondiendo probar

al demandado que su comportamiento no tuvo relación alguna con la discriminación, que no hubo discriminación (sección 12). Esta pauta es introducida tanto en las reglas rituales civiles como en las normas procesales contencioso-administrativas.

Del mismo modo la Ley incorpora la garantía de indemnidad de quien reclama o de quien como testigo asiste a la persona discriminada, así la norma declara la nulidad del despido o extinción de la relación laboral como represalia (sección 11). Con carácter general el derecho para formular la queja y en concreto el periodo para interponer la reclamación por discriminación por edad ha de estar dentro de los 2 meses siguientes a la comunicación de la terminación de la relación laboral. (Salvo las especialidades previstas en este punto en la Ley general administrativa). En todo caso, la posibilidad de ejercitar la reclamación pidiendo la nulidad de la decisión expirará a los seis meses de la fecha en la cual finalizó el contrato o la relación laboral. Ello sin perjuicio de la responsabilidad del empresario del pago de las indemnizaciones que correspondan por daños y perjuicios. La Ley concluye declarando nulo y sin efecto todo incumplimiento o violación de la prohibición de discriminación por edad al que se refiere la Ley (sección 13).

La Ley, de 3 de abril de 2003, de igualdad de trato para los discapacitados y los enfermos crónicos.

I.- Estructura de la Ley

La Ley cuenta con seis apartados dedicados a: 1. Disposiciones generales, 2. empleo, 3. formación, 4. transporte, 5. protección legal y, finalmente, 6. disposiciones finales relativas a su entrada en vigor y nombre con el que debe ser citada la Ley. Se compone de 15 artículos.

II.- Motivos de discriminación

La discapacidad y la enfermedad crónica. Entendiendo como discriminatorio tanto el motivo de la discapacidad o la enfermedad crónica verdadera como la presunta.

III.- Definiciones

La norma incorpora las nociones discriminación, de discriminación directa e indirecta. Así como la consideración de discriminatoria de toda orden de discriminar por estos motivos (sección 1). Igualmente define el acoso por estas dos razones en los términos que son expuestos por las Directivas comunitarias.

Una importante matización, contenida en la sección 2 de la Ley, indica que la prohibición de discriminación en este caso también significa que las personas sobre la que recae dicha prohibición están obligadas a hacer efectivas las modificaciones que sean necesarias, salvo que se pruebe que estas exigencias suponen cargas desproporcionada sobre ellos.

IV.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación

Los espacios a los que resultará de aplicación la prohibición de discriminación por razón de la discapacidad o enfermedad crónica son el empleo, la formación y en el transporte.

1.- EMPLEO

Comprende tanto al trabajo realizado en el empleo privado como en el ámbito público.

La prohibición de discriminación abarca desde las ofertas de empleo, la asistencia en la búsqueda de empleo y colocación, las vacantes, toda la relación laboral desde su inicio a su finalización, también al empleado público y en concreto a los funcionarios desde su nombramiento a su extinción, la contratación, asistencia a

formación antes de iniciar la relación laboral o durante las misma, ascensos y condiciones de trabajo (sección 4).

Del mismo modo se prohíbe discriminar en el acceso a las profesiones, en su ejercicio y desempeño y en el desarrollo dentro de aquéllas (sección 5).

También está vetada toda discriminación por discapacidad o enfermedad crónica en la afiliación a sindicatos, asociaciones empresariales u organizaciones profesionales, así como en relación con la ventajas que la condición de miembro de aquellas asociaciones conlleve (sección 5a).

2.- FORMACIÓN PROFESIONAL

En este ámbito de la formación profesional queda prohibida toda discriminación por los motivos de discapacidad y enfermedad crónica que acoge la Ley holandesa en la concesión para el acceso, elección y disfrute de formación e información. Del mismo modo, no es posible discriminar ni en la incorporación a la formación profesional para el mercado de trabajo, ni en la oferta, registro, realización e impartición de la formación para la incorporación al mundo laboral (sección 6).

3.- TRANSPORTE

Ciertamente el transporte es un campo en el que hay que eliminar todas las barreras de acceso a los discapacitados o enfermos crónicos. Este es el último ámbito de aplicación que aborda la norma holandesa, en la Ley no se trata de manera global el tratamiento de todos los ámbitos posibles de discriminación para discapacitados o enfermos crónicos sino que, teniendo previas regulaciones existentes al respecto, se referirá a ellas.

Después de la correspondiente incorporación de las definiciones que nos indican qué se entiende por *transporte público*

(cualquier medio de transporte abierto a todo el mundo de acuerdo con sus respectivos horarios, sea el autobús, metro, tren, tranvía u otro sistema equiparable) e *información al viajero* (información relativa a los horarios, periodo de validez, garantía de interconexiones con sus horarios, cambios de horarios y zonas o áreas por las que circula) la Ley prohíbe cualquier reacción adversa frente a los discapacitados o enfermos crónicos como resultado de la exigencia por aquellos sujetos del cumplimiento de la prohibición de discriminación en el uso del transporte público (ya esté contenido en la propia norma de 2003 o en otras normas).

En el texto de la Ley se describen las situaciones en las que se prohíbe la discriminación en el transporte, por ejemplo, la entrada a los edificios o infraestructuras asociados al transporte público cuando aquélla sea indispensable para poder viajar, el ofrecimiento de servicios de transporte e información sobre los trayectos, la celebración, ejecución y rescisión de contratos vinculados al transporte público. También se prevé un desarrollo reglamentario al respecto de estas cuestiones, exigiendo que se lleven a cabo las pertinentes reformas legales para evitar cualquier discriminación en este sentido a discapacitados o enfermos crónicos.

Las disposiciones de esta sección también son aplicables a las reclamaciones que pudieran efectuarse tomando en cuenta el art. 305 a del Código Civil neerlandés o en atención a lo estipulado en la Ley General administrativa.

4.- EXCEPCIONES O JUSTIFICACIONES A LA DIFERENCIA DE TRATO

La Ley no resulta de aplicación (1) cuando sea necesario proteger la salud y seguridad, (2) la diferencia de trato contenida en una regulación, criterio o práctica se produce con la finalidad de crear o mantener específicas previsiones y ventajas a las personas discapacitadas o que padezcan enfermedades crónicas, (3) cuando se

refiere a una medida específica que tiene como finalidad conceder a las personas discapacitadas o con enfermedades crónicas una posición privilegiada con el objetivo de neutralizar o mejorar las desventajas que padecen los discapacitados o enfermos crónicos, siempre que la diferencia de trato sea proporcionada al objetivo buscado. Nuevamente, en los dos últimos supuestos estamos más ante una acción positiva que ante auténticas excepciones de aplicación de la Ley que toleran la discriminación. (4) Tampoco es aplicable la Ley si el trato distinto está objetivamente justificado por un fin legítimo y los medios utilizados son adecuados y necesarios para ese fin.

Las excepciones arriba mencionadas no son de aplicación nunca en los supuestos de presencia de acoso por discapacidad o enfermedad crónica (sección 1a).

V.- Medidas de acción positiva

Como ya hemos anotado, la Ley recoge la posibilidad para los discapacitados y enfermos crónicos de crear o mantener acciones específicas y ventajas, pero como es habitual cuando se dan cláusulas genéricas de admisión legal de la acción positiva ni concreta ni ejemplifica cuáles puedan ser éstas. De la misma manera se permiten aquellas medidas que, siendo adecuadas y proporcionadas, busquen colocar en una posición de ventaja a estos sujetos con el fin de neutralizar o mejorar su situación natural de desventaja.

VI.- Organismo de igualdad

La Comisión de igualdad de trato (CGB) es el organismo encargado de conocer los supuestos de discriminación que expresamente prohíbe la norma para así lograr la igualdad de trato de los discapacitados y los enfermos crónicos. Para su procedimiento y regulación la Ley de 2003 se remite a la norma base que creaba esta Comisión -la Ley de igualdad de trato de 1994 (modificada en

2004)- y atribuye a dicha Comisión funciones en la lucha contra la discriminación de los discapacitados y enfermos crónicos.

Nuevamente encontramos la necesidad de analizar los resultados de la puesta en marcha de la normativa antidiscriminatoria, reproduciendo la necesidad de evaluar el resultado de la Ley de igualdad de trato para los discapacitados y enfermos crónicos, ya exigido para las otras legislaciones y normas holandesas anteriores sobre igualdad de trato, se encarga que en el plazo de los cinco años siguientes a la aprobación de la misma se redacte un Informe que valore sus efectos, eficacia, efectividad y rentabilidad. En él participarán, además de la propia Comisión, los Ministerios de Salud, bienestar y deportes, Interior y relaciones con el Reino, Justicia, Asuntos sociales y empleo, Gestión del Tráfico y Transporte acuático, Educación, cultura y ciencia. El informe será remitido al Parlamento para su examen.

VII.- Protección y tutela legal

Como ya viene siendo habitual en las Leyes holandesas contra la discriminación se incorporan en el texto de la Ley para la igualdad de trato de los discapacitados y enfermos crónicos de 3 de abril de 2003 determinadas medidas legales de protección.

En especial con respecto al empleo, en caso de despido, declarando nula la decisión del empresario contraria a las exigencias de la Ley o porque de hecho el empresario al despedir haya invocado cualquiera de las situaciones en que está prohibido discriminar en el empleo (sección 9). Explicita la norma, como también aparece en las otras Leyes que ya se han analizado previamente, el lapso de tiempo en el que puede ser invocada la discriminación, que será de 2 meses desde que se produjo la terminación de la relación laboral (no siendo de aplicación la regla de la sección 55 volumen 3 del Código civil), aunque esa nueva regla se introduce sin perjuicio de lo que dispone la Ley general administrativa. La acción referida a la nulidad quedará

bloqueada en el término de los seis meses siguientes a los que la relación laboral terminó. En todo caso la finalización de la relación laboral no exime al empresario del pago de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

También se recoge la inversión del a carga de la prueba una vez que se hayan presentado razones de sospecha de discriminación o que pudiera ser discriminado (esto es muy novedoso en las legislaciones antidiscriminatorias porque se introduce una clase de *acción preventiva* para evitar de futuro la presencia de la discriminación), fundadas en las desventajas del discapacitado o del enfermo crónico, correspondiendo a la otra parte del proceso demostrar que su actuación no fue contraria a la Ley, que no fue contraria a la prohibición de discriminación. La inversión de carga de la prueba se extiende a quienes aleguen estar en desventaja debido a que soportan actos discriminatorios contrarios a la Ley; inversión que se producirá siempre que se aporten las razones de su sospecha, referida ésta a que se han producido daños, fallos o defectos para causar modificaciones efectivas, correspondiendo a la otra parte probar que no actuaron en contra de los mandatos legales (sección 10).

Para finalizar este repaso de la protección legal ofrecida a discapacitados y enfermos crónicos cualquier acuerdo que vaya en contra de lo dispuesto en la Ley, que prohíbe la discriminación de discapacitados y enfermos crónicos, es nulo y no tendrá efecto alguno (sección 11).

REINO UNIDO

Ley de igualdad de 2006 (c. 3).

I.- Introducción

La regulación del año 2006 supone un punto y seguido en la ya larga historia normativa relativa a la igualdad en el Reino Unido. La nueva Ley toma en cuenta el bagaje anterior de su legislación en materia de igualdad y lucha contra la discriminación y, de alguna manera, completa las normativas previas que afectan a la materia.

Hemos de recordar que en el Reino Unido las primeras Leyes de igualdad aparecieron en los años setenta con su Ley de igualdad retributiva de 1970, la Ley de Discriminación sexual que se remonta al año 1975, después, en el año 1976 aparecerá la Ley de Relaciones Raciales, dos décadas más tarde en 1995 surge la Ley que protege de la discriminación a los Discapacitados (si bien hasta 1999 no se creó la Comisión para los derechos de los discapacitados). La necesidad de transposición de la Directiva comunitaria 2000/78/CE hará surgir, ya en el siglo XXI, nuevas regulaciones sectoriales en materia de igualdad dirigidas particularmente al ámbito del empleo (como la propia Directiva) que incorporan otros motivos de discriminación prohibidos que, hasta esa fecha, no habían sido abordados por las leyes británicas, refiriéndose a partir de entonces las nuevas regulaciones aprobadas mediante *Statutory Instruments* a la materia de la orientación sexual (SI 2003/1661) y de creencia y religión (SI 2003/1660), ambos son del año 2003, o la también regulación reglamentaria de desarrollo de la discriminación por edad en el empleo (SI 2006/1031).

De forma que, con todos esos precedentes normativos, la Ley de igualdad de 2006 aborda e intenta mejorar el tratamiento legal de algunos aspectos referidos a la discriminación por motivos de religión y creencia, también fija las pautas generales sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual (cuestión que ha sido

desarrollada posteriormente por una norma aprobada en el año 2007) pero en esta ocasión su regulación será aplicada más allá del empleo, en concreto en la provisión de bienes y servicios, uso y disfrute de locales (incluye la vivienda), en el ámbito de la educación y en el ejercicio de funciones públicas. Finalmente, la Ley de igualdad británica de 2006 incorporó determinadas obligaciones legales dirigidas a los poderes públicos para que promuevan la igualdad de oportunidades aunque en este caso se detiene, especialmente, en los motivos que ya fueron recogidos por sus primeras leyes antidiscriminatorias, es decir, atendiendo a la discriminación por razón de sexo, por discapacidad y por el factor de la raza. En particular, incorpora exigencias en el ámbito público para la promoción de la igualdad de oportunidades entre sexos, la prohibición de la discriminación por razón de sexo y del acoso (llamadas *obligaciones de género –gender equality duties-*).

Pero, sin duda, el más importante de los cometidos que asume la citada Ley de 2006 será la creación de una única Comisión, bajo el nombre de *Comisión para la igualdad y los Derechos Humanos* (cuyo acrónimo en inglés es *CEHR* y responde a las iniciales de su denominación *Commission for Equality and Human Rights*), que reemplaza y aúna las funciones atribuidas a las tres Comisiones preexistentes: la Comisión de igualdad de oportunidades (EOC), la Comisión de igualdad de raza (CRE) y la Comisión de los Derechos de los discapacitados (DRC).

Hay que tener presente que las Leyes antidiscriminatorias británicas se conforman como estratos de una cada vez más común regulación contra la discriminación, que van apareciendo de manera progresiva en el tiempo. De algún modo cada capa va atendiendo a diferentes motivos (sexo, raza, discapacidad, religión, opinión y creencias, edad, orientación sexual...) y/o en distintos ámbitos aplicativos de la vida económica, social o política de los individuos (empleo, ocupación y formación, suministro de bienes y servicios,

educación, sanidad, ámbito público, etc.) o renovando aspectos ya regulados o ámbitos que ya fueron escrutados anteriormente por las normas para así poder aproximarse más a una sociedad donde sea más real la igualdad de oportunidades.

También parece importante observar cómo casi cuarenta años de Leyes antidiscriminatorias son insuficientes para combatir las múltiples caras y facetas de la discriminación, así en la actualidad (desde la primavera de 2008) se tramita un nuevo paquete de igualdad que se dirige principalmente a la discriminación por edad y de nuevo retoma determinados aspectos de la discriminación por razón de sexo. De igual forma, las nuevas reformas que se avecinan en el escenario legislativo británico procurarán incrementar las funciones atribuidas a la Comisión para la igualdad y los Derechos Humanos.

II.- Estructura de la Ley

La Ley se estructura en cinco partes. La primera de ellas se refiere a la Comisión para la Igualdad y los Derechos Humanos; además este apartado es, en número de preceptos, el más grande, abarcando desde la sección 1 a la sección 43, es el tratamiento más notable que contiene la Ley de 2006 (siendo sin duda sus otras regulaciones aspectos concretos de la múltiple realidad de la igualdad y la no discriminación). Aquel apartado se subdivide en siete piezas, en las cuales se indica la constitución de la Comisión, sus obligaciones, los poderes, competencias y atribuciones, las labores de interpretación de la Comisión, la disolución de las antiguas Comisiones preexistentes y una serie de disposiciones conjuntas. A su vez, esta primera parte se complementa con los programas 1 a 3 (denominados *Schedules*), el plan 1º está dedicado a la Constitución de la nueva Comisión (su constitución, procedimiento, presupuestos, estatus, etc., y contiene menciones específicas relativas al Comité de los discapacitados), el programa 2º se centra en las informaciones, investigaciones y valoraciones que corresponderá realizar en el

ejercicio de sus funciones a la CEHR y, finalmente, el programa 3º incorpora una serie de enmiendas necesarias para acomodar y actualizar otras Leyes a la creación de la nueva Comisión para la igualdad y los Derechos Fundamentales, sustituyendo las referencias que en aquellas normas aparecían a las antiguas Comisiones que ahora desaparecerán (Comisión de igualdad de oportunidades, de igualdad racial y de Derechos de los discapacitados); concretamente modifica dieciocho Leyes que afectan a muy distintos ámbitos.

Tanto la segunda como la tercera parte de la Ley son de aplicación en exclusiva al ámbito de la provisión de bienes y servicios, la educación, el uso, disfrute y disponibilidad de locales o establecimientos incluida la vivienda y el ejercicio de funciones o cargos públicos. Si bien la segunda parte incorpora previsiones específicas en materia de no discriminación por razón de religión y creencias (secciones 44 a 80) mientras que la tercera parte se dedica a fijar el diseño básico para la discriminación por orientación sexual en esos mismos campos (secciones 81 y 82) pero, en este caso, la Ley sólo fijará las pautas generales, encomendado su regulación mediante *Statutory Instrument* o desarrollo reglamentario, que apareció un año más tarde, concretamente en el mes de abril 2007 (SI 2007/1263). En la parte segunda se establecen los conceptos de religión y creencias y discriminación, regula las prohibiciones de discriminación y sus excepciones, actos o prácticas ilegales por ser discriminatorios, fija medidas para la eficacia de la norma y regula determinadas especialidades, por ejemplo, en el ámbito del empleo, las responsabilidades empresariales, concesión de ayudas, incorporas reglas especiales aplicables a la Corona y establece pautas de aplicación territorial. La parte tercera permite que se dicten previsiones por motivos de orientación sexual y fija reglas específicas para su aplicación territorial en Irlanda del Norte.

La cuarta parte de la Ley se refiere a los motivos de discriminación por razón de sexo (secciones 83 a 87), de discapacidad

(secciones 88 y 89) y de raza (sección 90) en el ámbito de los cargos y funciones públicas. Entre otras cuestiones se refiere a las obligaciones que conciernen a las autoridades públicas tanto para eliminar la discriminación por razón de sexo y el acoso como para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres e incorpora algunas excepciones vinculadas a la Seguridad nacional en relación con la discapacidad y la raza.

La parte quinta (secciones 91 a 95) es la parte final de la Ley, en su articulado contiene, además de una serie de disposiciones derogatorias, las reglas para la aplicación de la Ley a la Corona, la entrada en vigor y el inicio de la aplicación de la Ley, el ámbito de aplicación territorial a Inglaterra, Gales y Escocia, incluyendo las secciones que resultan, o no, de aplicación a Irlanda del Norte, para concluir –como lo hacen todas las normas británicas- con la denominación breve con la que la norma ha de ser citada, en este caso, *Equality Act 2006*. Esta última parte se complementa con el programa 4º que contiene un cuadro resumen indicativo de las disposiciones derogatorias y las veintiséis Leyes que en algunos de sus preceptos son revocadas por aquellas disposiciones.

La Ley fue aprobada por el Parlamento y sancionada por la Reina el 16 de febrero de 2006, tras su *vacatio legis* entró en vigor y el pasado 1 de octubre de 2007 comenzó su andadura la nueva Comisión de igualdad (CEHR).

III.- Motivos de discriminación

La Ley mayoritariamente aborda la discriminación por razón de religión o creencia y por orientación sexual, aunque también incorpora ciertas reglas teniendo en cuenta los factores del sexo, la raza y la discapacidad.

No obstante, hay que tener presente que para las actuaciones encomendadas a la recién creada Comisión para la igualdad y los Derechos humanos se toman en cuenta los motivos que ya eran

conocidos por las otras Comisiones: sexo, raza y discapacidad; extendiendo sus competencias a los nuevos factores de la discriminación introducidos en las regulaciones más recientes de 2003 y 2006, es decir, por razón de orientación sexual, religión o creencias y edad.

IV.- Definiciones

No se encuentran recogidas con carácter general ninguna de las definiciones clásicas del derecho antidiscriminatorio (discriminación directa, discriminación indirecta, acoso, medidas de acción positiva, etc.), pero hay que tener presente que esta norma se enmarca en una dilatada historia legislativa de Leyes anglosajonas de lucha contra la discriminación. Sin embargo sí hay referencias, en varias ocasiones, a la expresión *discriminación ilegal*, entendida ésta como la que contraría los mandatos antidiscriminatorios contenidos en la propia Ley o en cualquiera de las otras normas antidiscriminatorias. No obstante, al referirse la Ley en su parte segunda a la no discriminación por motivos de religión y creencia, sí se especificará qué situaciones ante este factor discriminatorio constituyen *discriminación directa* en los casos en los cuales una persona (A) discrimina por motivo de la religión y creencia de otra (B) o incluso a una tercera persona (C), aunque se trate de la misma religión o creencia que tiene el discriminador, cuando A trata a B de manera menos favorable que trataría a otros y no existen diferencias materiales para ese peor (o diferente) trato en atención a las circunstancias relevantes del supuesto -o también cuando se piensa que B/C tienen una determinada religión o creencia aunque no la tenga- (sección 45). También se detiene la Ley en ejemplificar qué es, en este ámbito, la *discriminación indirecta* por razón de religión o creencia: cuando una persona (A) aplica a otra (B) en el suministro de bienes, ante la aplicación de una práctica o criterio las mismas reglas neutras que emplearía con otros sujetos pero esa acción coloca a las personas de la religión o creencia que practica B en una situación de

desventaja con respecto a otras personas (también recogida en la sección 45 apartado 3, que describe algunas de estas posibles discriminaciones indirectas). Igualmente la Ley que comentamos recuerda el concepto de *victimización* por motivos de religión o creencia que aparece en las Directivas comunitarias, aunque en este caso extendiéndolo la legislación británica a otros ámbitos (suministro de bienes y servicios, uso y disfrute de locales, etc.) que no estaban aun tratados por aquéllas normas de la Unión europea aunque sí se prevén por la propuesta de Directiva de julio de 2008. Se refiere aquí a los supuestos en los que el trato peyorativo que recibe una persona, con respecto a otros por motivos de discriminación religiosa o de creencia, se debe a que ha iniciado o pretende iniciar una reclamación. Además la Ley recuerda que no se puede considerar como un caso de represalia la respuesta dada ante una falsa denuncia, salvo que la queja fuera interpuesta bajo los criterios de la buena fe.

La norma británica, por el contrario, sí se detiene en la determinación de otros muchos conceptos que afectan al escenario de la igualdad y los factores de discriminación legalmente prohibidos, como *diversidad* esto es el hecho de que las personas son diferentes. O incorporará el significado de algunos términos en el contexto de una de las partes o subsecciones de la Ley, algunos de esos términos son los siguientes, *igualdad*: que significa igualdad entre personas o *ilegal*: contrario a una disposición promulgada en materia de igualdad. También delimita qué ha de entenderse por *discapacitado*: persona que tiene una discapacidad de acuerdo con la Ley de discriminación de los discapacitados de 1995 o quien ha sido discapacitado en ese sentido (aunque no lo fuera cuando aquella Ley tuvo efecto). Del mismo modo la norma nos aclara qué es un *grupo*: significa un grupo o clase de personas que comparten un atributo común respecto de alguno de los siguientes factores: edad, discapacidad, género, raza, religión o creencia, orientación sexual y

para quienes se propongan, comiencen o hayan completado la reasignación de género (es decir transexuales) de acuerdo con el significado dado en la Ley de discriminación sexual de 1975. En el concepto de grupo también se recogen las referencias a un pequeño grupo o clase de personas, dentro del grupo, que comparten un atributo común, adicional a la característica que define al grupo grande, siempre en relación con las materias antes citadas (edad, discapacidad, raza, género, religión...).

El término *raza* incluye color, nacionalidad, origen étnico y la nacionalidad de origen. *Religión* significa cualquier religión, *creencia* cualquier creencia religiosa o filosófica. Una alusión a la religión incluye no tener religión y, del mismo modo, una alusión a creencias también envuelve carecer de creencias. *Orientación sexual* se refiere a la orientación sexual de una persona hacia personas del mismo sexo que ella o a personas del sexo opuesto o a ambos, es decir, incorpora en el concepto de orientación sexual tanto la homosexualidad, como la heterosexualidad y la bisexualidad. La expresión *parientes cercanos* incluye al cónyuge o compañero civil o pareja de hecho, padres y abuelos, hijos o nietos (incluso si no han sido reconocidos como legítimos), ciertos parientes políticos por afinidad como el cónyuge o pareja de hecho del hijo o nieto, hermanos (aunque sólo sean medios hermanos), de los citados anteriormente todos aquellos parientes por afinidad adquirida mediante el matrimonio o parejas de hecho o, finalmente, los adoptados. Finalmente, el término *alumno* se refiere a cualquier persona que recibe educación en una institución.

La Ley indica cuando se refiere a *normas de igualdad* qué Leyes o desarrollos legislativos incluye esa expresión, incorporando todo el conjunto de normas aprobadas hasta esa fecha en la materia, es decir, las Leyes de igualdad de retribuciones, discriminación sexual, relaciones raciales, discriminación de los discapacitados, a lo que añade la segunda parte de la propia Ley de 2006 de igualdad referida a la religión y creencias, y las regulaciones de 2003 en materia de

empelo referidas a la orientación sexual y religión y creencias. (Hay que tener en cuenta que la regulación de la prohibición de discriminación por edad no aparecerá hasta transcurridos unos meses después de que sea promulgada esta Ley, por lo que no se refiere a ella).

También delimita otros términos bastante más alejados del perímetro discriminatorio como, por ejemplo, *servicio de inteligencia* que se refiere al servicio de seguridad, el servicio secreto de inteligencia y los mandos o jefaturas de comunicaciones del gobierno. *Derechos humanos* en los términos a los que a ellos se refiere la Convención de Derechos humanos en el sentido otorgado por su norma de 1998 y otros derechos humanos, *acción por los derechos humanos* que lo acota en el territorio de Escocia de acuerdo con la Leyes propias del Parlamento escocés y su particular competencia legislativa al respecto, o *acto/acción* que también incluye las omisiones deliberadas. Igualmente, determina la extensión de otras expresiones vinculada a la Administración territorial competente o al ámbito de solución del litigio (cuyas definiciones ya no reproducimos en estas páginas pero que pueden ser consultadas en el texto de la Ley), entre ellas, *gobierno central, gobierno delegado, autoridad relevante escocesa, autoridad fronteriza, servicio de inteligencia, nave, aeronave o embarcación británica, Corte o Tribunal adecuado, Corte, servicios de conciliación, investigación criminal, instrumentos caritativos o de beneficencia, procedimientos de inmigración.*

V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación en relación con los motivos abordados

A diferencia de la estructura habitual seguida en este Informe sobre la determinación de los ámbitos de aplicación de la Ley de cada Estado europeo, en el caso de la Ley británica corresponde efectuar un estudio combinado, por motivo de discriminación y ámbito. Esta otra manera de abordaje de nuestro análisis viene marcada por la propia norma que estudiamos, ya que en ella sólo se tratan algunos

ámbitos y factores muy concretos (como es sobradamente conocido puesto que los otros motivos de discriminación y/o ámbitos fueron incorporados por normas anteriores en el tiempo a la que aquí se examina).

Por ello, para acomodarnos a la propia ordenación de la Ley de igualdad de 2006 aquí se introducen -en distintos apartados- los motivos y en cada uno de ellos se recoge, de manera muy escueta, la regulación en los distintos ámbitos a los que la nueva Ley se refiere; apuntando únicamente sus más relevantes aportaciones.

1.- RELIGIÓN Y CREENCIAS

La transposición de la Directiva comunitaria 2000/78/CE introdujo en la legislación británica, mediante una normativa desarrollada en 2003 la prohibición de discriminación por causas de religión o creencias en el ámbito del empleo, la formación y la ocupación. La Ley de 2006 va a extender aquélla prohibición por motivo de religión o creencias a otros ámbitos como lo son la provisión de bienes y servicios, el uso y disfrute de establecimientos y locales (incluida la vivienda), la educación y el ejercicio de funciones públicas.

Como regla general prohíbe la arbitrariedad en el suministro de bienes o las prestaciones de servicios, o la negativa a prestarlos por razones de religión o creencia. Tampoco en los lugares públicos podrán rechazar a un grupo por motivo de sus creencias religiosas.

Después de incluir qué se entiende por religión o creencia en el marco del reconocimiento de la libertad religiosa y definir -conforme a las nociones que ya hemos apuntado en otro apartado de este texto- cuando acontece una discriminación directa o indirecta por motivos de religión y creencia la Ley va delimitando los ámbitos de aplicación de la prohibición y sus singulares excepciones (en muchas ocasiones notables excepciones que o bien justifican la diferencia de trato o bien excluyen la aplicación de la Ley por preferir la llamada al

Derecho comunitario o de la Comunidad –*Community Law*–).

Apuntamos brevemente algunos de esos aspectos:

1.1.- EN EL DISFRUTE DE BIENES Y SERVICIOS

La Ley prohíbe que por razones de religión o creencias se deniegue a una persona el suministro de bienes o servicios o los que se le ofrezcan sean de inferior calidad a los que normalmente se venden o distribuyen al público o comúnmente disfrutan los usuarios. Igualmente impide, que la distribución se realice de manera distinta o se efectúe en términos diferentes o menos favorables (sección 46). Para la aplicación de la prohibición de discriminación por religión o creencia es irrelevante si la persona que comete la acción discriminatoria es la responsable o no del suministro de los bienes, instalaciones o servicios.

Se enumeran, a modo de ejemplo, qué se considera por suministro de bienes o disfrute de servicios o instalaciones, como el acceso a lugares abiertos al público, hoteles, pensiones, bancos o entidades de crédito, lugares de ocio y entretenimiento, agencias de viajes, servicios prestados a profesionales o comerciantes.

No obstante, no es considerado discriminatorio cuando una técnica normalmente se viene ejerciendo por una persona de modo distinto en relación a los intereses de una religión o creencia, cuando así lo realiza para esa concreta religión o también cuando la persona considera razonablemente impracticable ejecutar su técnica de aquel modo en relación con otra religión o creencia. También se contienen otras excepciones, principalmente teniendo en cuenta que las especialidades están reguladas en otros lugares o normas especiales, como en el caso de quien ejerce funciones públicas o para su aplicación en el marco de una relación laboral.

1.2.- EN LOCALES O VIVIENDAS EN ALQUILER

Del mismo modo queda prohibida la discriminación por motivo de religión o creencia en cuanto a las condiciones uso y de

disposición de locales, establecimientos y viviendas, tanto como posible comprador o como inquilino o arrendatario o rechazando la posibilidad de que pueda disponer de aquéllos (sección 47). En particular, queda vetado el rechazo a un grupo por razón de su religión o creencias ofreciéndoles condiciones menos ventajosas que a otras personas. También prohíbe cualquier manifestación que suponga un menoscabo o negativa en el acceso a ventajas o instalaciones, desahucios u otro desprecio o negar permisos para disponer de una vivienda por razón de religión o creencia.

Las causas de justificación de la diferencia de trato se basarán, en este caso, si la negativa se realiza por razones de convivencia de propietario con otros familiares, o si existe una previsión de futura convivencia inmediata de parientes. También puede ser causa legal de denegación el hecho de que la vivienda no reúna condiciones de habitabilidad para el número de personas que pretenden instalarse (también teniendo en cuenta si se trata de alojamiento compartido con el dueño de aquél). En fin, la Ley no resulta de aplicación a los propietarios o dueños de viviendas que las ocupan en su totalidad o tienen la intención de hacerlo, ni a quienes no utilizan los servicios estatales de arrendamiento o no han puesto en alquiler su vivienda.

1.3.- EN INSTITUCIONES EDUCATIVAS

En las escuelas, por parte los responsables de la institución, no se podrá discriminar a un alumno por su religión y creencia en su admisión, o rechazando su solicitud, o cuando ya es un alumno de la escuela otorgándole menores ventajas o servicios o expulsarlo o dar cualquier otro trato que menoscabe al alumno por razón de su religión o creencia (sección 49).

La lista de excepciones también en este caso es muy relevante, ya que no se entiende como un trato prohibido por razón de religión o creencia las escuelas financiadas que tienen un carácter religioso.

Para este supuesto recoge especialidades típicas de las empresas que tienen un ideario, que será normalmente el de la iglesia o cuerpo a la que representan, permitiendo para estas Escuelas que la admisión de los alumnos sea de acuerdo con las creencias del centro educativo y regulando la posibilidad de disfrutar de ayudas, servicios y otras ventajas en esos mismo términos. También la Ley británica se detiene en indicar que no es contrario a la prohibición de discriminación la presencia de estas escuelas de financiación pública en distintas áreas territoriales bien sean escuelas con religiones distintas o sin religión, ni tampoco son contrarias a la prohibición de discriminación las ayudas subsidiadas por autoridades públicas, normalmente locales, al transporte para acudir a una escuela de la fe que los padres quieran para su hijo si en su residencia no hay escuelas de ese credo o los padres consideran que son escuelas inapropiadas para sus hijos.

En todo caso la norma recuerda que las autoridades locales deben contribuir, de acuerdo con la Ley de educación, al desarrollo espiritual, moral, mental y físico de la comunidad proveyendo de educación a los niños, y para ciertos territorios el ejercicio de esas responsabilidades implican ofrecer escuelas y transporte que estén en coherencia con las demandas religiosas o creencias de los padres.

1.4.- ANTE AUTORIDADES PÚBLICAS

La regla general va a ser declarar ilegal el ejercicio de la funciones de autoridad para realizar actos que constituyan discriminación por razón de religión o creencia (sección 52).

Además, para aplicar ese criterio no se tendrá en cuenta si el acto fue cometido dentro o fuera del Reino Unido (sección 80). Sin embargo la enumeración de los supuestos a los que no se aplicará la regla expresada anteriormente es muy extensa: ni a la Cámara de los Comunes, ni a la Cámara de los Lores, ni a las autoridades

de las Casas del Parlamento, ni al servicio de seguridad, ni al servicio secreto de inteligencia, ni a los mandos de comunicaciones del Gobierno, ni a una parte de las fuerzas armadas de la Corona que asistan a los anteriores, ni al ejercicio de funciones judiciales, ni quien desarrolle su actividad bajo instrucciones de quien ejerce una función judicial, ni cuando se prepara, redacta, confirma, aprueba y promulga una Ley (incluido el Sínodo General de la Iglesia de Inglaterra), o se redacta un instrumento por un Ministro de la Corona al amparo de la normativa vigente; reglas similares son aplicables a los Ministros escoceses, o cuando se toman decisiones en virtud de la Ley de inmigración (en especial respecto del permiso de entrada, permanencia, expulsiones, etc.), las decisiones de no iniciar o continuar procesos penales o para las decisiones tomadas en atención: al curriculum de institución educativa, admisión en una institución educativa que posea una ética religiosa (...), el transporte hacia o desde una institución educativa, el establecimiento, modificación o cierre de centros educativos, el ejercicio de poderes por las autoridades locales, etc.

1.5.- OTRAS ACCIONES DISCRIMINATORIAS PROHIBIDAS

Al margen de los distintos ámbitos descritos la Ley en una sección que rubrica con la denominación *otras acciones ilegales*, también prohíbe las prácticas discriminatorias entre individuos por motivos de religión o creencia. De igual modo declara contrarios a la legalidad los anuncios discriminatorios por esta causa o las órdenes de discriminar (secciones 53 a 55).

En otro lugar, la Ley de igualdad de 2006 también añade nuevos actos considerados ilegales, como es el supuesto de ayudar a otra persona a cometer discriminación por causas de religión o creencia cuando esas acciones son ilegales, conociéndolo quien auxilia ante esa ilegalidad, con independencia de que se sea o no un empleado o un agente o representante (sección 73).

También extiende la responsabilidad por culpa *in viligando* al empresario (como ya hemos visto que también recogen otros derechos europeos) cuando uno de sus empleados comete este tipo de discriminación, siendo irrelevante si el empresario conoció o aprobó o no aquella conducta ilegal. El empresario se librará de esa responsabilidad si demuestra que adoptó las medidas necesarias, hasta donde sea razonablemente posible, para prevenir en el empleo a sus trabajadores de conductas discriminatorias por razón de religión o creencias de estos comportamientos u otros que sean catalogables como de la misma clase.

1.6.- EXCEPCIONES

Finalmente este apartado se cierra con una larguísima lista de excepciones en los que la diferencia de trato por la religión o creencia no será considerada un acto discriminatorio en ocasiones en atención a las finalidades descritas por la Leyes, tomadas por el Sínodo General de la Iglesia de Inglaterra o debido a un requerimiento impuesto por un Ministro de la Corona, de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes.

Tampoco va a tener la consideración de discriminatorios por religión o creencia aquello se relaciona en sí mismo con la práctica de una religión o creencia, incluida la conversión o la misión religiosa, la enseñanza religiosa o el disfrute de los correligionarios de ayudas, participación en actividades dentro de su propia religión o creencia, etc. (sección 57). Ni la práctica de la caridad en el marco de una religión, ni las escuelas religiosas, ni los requerimientos exigidos a los miembros de las religiones, ni la enseñanza y bienestar. Ni tampoco se considera discriminación por razón de esta causa el cuidado en el seno de una familia o, en fin, por otras razones justificativas muy diferentes a las expresadas hasta ahora cuando existan justificaciones de trato diferente por razones de seguridad nacional (secciones 58 a 63).

La aplicación a la Corona de las reglas y excepciones descritas en la Ley se realizará tomando en cuenta a la Corona como si fuera una persona privada y como si sus actos fueran los llevados a cabo por personas privadas (sección78).

2.- ORIENTACIÓN SEXUAL

Las mismas consideraciones realizadas para el apartado anterior acontecieron respecto a la orientación sexual y acoso por esta causa. Primero la transposición de la Directiva comunitaria 2000/78/CE incorporó en las normas británicas, mediante un *Statutory Instrument* n° 1263 aprobado en 2007 la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual en el ámbito del empleo, la formación y la ocupación. Ahora la Ley de 2006 va a extender aquélla prohibición a otros ámbitos de la vida de las personas, en concreto serán los mismos que hemos analizado con el motivo anterior: la provisión de bienes y servicios, el uso y disfrute de locales (incluida la vivienda), la educación y en el ejercicio de funciones públicas. Sin embargo, en este caso la Ley de igualdad sólo incorpora *pautas* para su posterior desarrollo reglamentario (secciones 81 y82).

De tal modo se indica que las regulaciones seguirán el mismo esquema que aparece en la Ley para la discriminación por religión o creencia y definirán en relación a la orientación sexual qué es discriminación por razón de orientación sexual (trato menos favorable a una persona por motivo de su orientación sexual) y qué se considera acoso. Establecerán una sanción específica y sus multas por esta discriminación, determinará reglas para la validez de los contratos y su revisión, que aquéllos no contengan discriminación, ni que haya anuncios discriminatorios por esta causa, igualando las órdenes de discriminar a la prohibición de discriminación por motivo de la orientación sexual de un individuo y permitiendo que se incorporen causas justificativas de trato diferenciado. No obstante, por cuestiones de competencia la regulación para Irlanda del Norte se

hará en una regulación distinta, pero siempre con los mismos mandatos que para Gran Bretaña.

3.- DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO PÚBLICO

La Ley de igualdad de 2006 también incorpora una serie de enmiendas a las viejas Leyes de igualdad retributiva de 1970 y de discriminación sexual de 1975. En este caso se fijan obligaciones dirigidas a las autoridades públicas para que eliminen la discriminación por sexo y el acoso por razón de sexo e incorpora una obligación general para que promuevan la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Sin embargo, como en otros apartados de la Ley de igualdad británica, la lista de excepciones de aplicación de la norma es muy extensa (al desarrollo de elaboración de las leyes, al ejercicio de funciones judiciales, en los casos que sea razonable ofrecer los servicios de manera separada, bien por la demanda mayor de un sexo, bien porque prestar el servicio conjunto sería menos efectivo, etc.).

Entre otras cuestiones se detienen en la necesidad de que las estadísticas incorporen datos desagregados por sexos que permitan conocer más en profundidad sobre qué ámbitos concretos deberían adoptarse medidas (si han no se han tomado aún) o medidas más incisivas para fomentar la igualdad real.

También contiene algunas consideraciones para que todas las Administraciones, redacten y publiquen un plan de igualdad en el que fijen sus objetivos y directrices, en él se ha de cronificar temporalmente cómo se alcanzarán aquéllos (incluyendo medidas concretas para periodos determinados); así mismo se exige a las Administraciones que realicen el seguimiento y la evaluación de los objetivos marcados. Pero, también, las Administraciones reciben otras obligaciones como lo es el mandato de que publiquen y revisen su política de igualdad retributiva, que analicen sus progresos y

eviten la segregación de *género*, muy en particular en la promoción y ascensos.

La consecución de los objetivos marcados con la implantación de las nuevas obligaciones de igualdad de *género* se debe visualizar mediante la incorporación de cambios en las políticas públicas y en los servicios. Así se exige que las políticas públicas se mejoren, por ejemplo, en materia de pensiones públicas conociendo cuándo éstas fueron diseñadas para los hombres, en educación qué estudios no tradicionales pueden ser abiertos al otro sexo, en materia criminal qué tipo de delitos cometen hombres o mujeres, en las diferencias salariales en el sector público para reducir determinadas segregaciones basadas en el *género* y dotar mejor a la fuerza de trabajo. Con respecto a la mejora de los servicios públicos, en relación con el transporte incrementar la atención en los usuarios frecuentes y en reforzar la seguridad de aquel transporte o, en fin, en la sanidad confeccionar la atención sanitaria teniendo en cuenta las diferencias de hombres y mujeres.

4.- OTROS MOTIVOS: DISCAPACIDAD Y RAZA

La norma concluye con la incorporación de unas reglas específicas que modifican las Leyes de discriminación de los discapacitados y relaciones raciales relacionadas con la Seguridad Nacional, en particular cuando se considere que determinado expediente afecta al interés de la seguridad nacional. Para ello se establecen reglas relativas a la presencia o no de determinados sujetos (incluido el propio reclamante, sus representantes o asesores) en todo o parte del proceso o para la protección de aquel secreto durante una parte del proceso.

VI.- Medidas de acción positiva

No se encontrarán en la Ley muchas menciones a acciones positivas, salvo algunas llamadas, casi siempre muy programáticas, a la promoción de la igualdad de los discapacitados (que son bastante

reiteradas en distintos apartados de la Ley) u, otras veces muy genéricas, como el fomento de la igualdad de oportunidades, el mandato de introducir conductas o experiencias catalogadas como buenas prácticas, tomar en consideración a los grupos por su raza, religión o creencia, etc.

Por otro lado, se debe apuntar que estas exigencias legales nunca son recogidas o aludidas desde la Ley británica como acciones positivas.

VII.- Organismo de igualdad

Es la **Comisión para la igualdad y los Derechos Humanos** (conocida bajo el acrónimo CEHR).

1.- Organización:

Composición y Estatuto de sus Miembros

Los Miembros de la Comisión, que son denominados *Comisionados*, se nombran por el Secretario de Estado, su número oscila entre 10 y 15. Entre ellos habrá un presidente, uno o varios vicepresidentes (designados por el Secretario de Estado) y un jefe o director ejecutivo (que será siempre un comisionado *ex officio* y nombrado por la propia Comisión). Para su nombramiento se ha de tener en cuenta la experiencia previa en la materia, también sería deseable que se tomarán en cuenta otras razones especiales y que en todo caso los designados en su conjunto tengan experiencia y conocimiento en asuntos relevantes que serán de su competencia, es decir, discriminación por los distintos motivos (edad, discapacidad, género, reasignación de sexo, raza, religión o creencia, orientación sexual y otro tipo de factores y, claro ésta, también en derechos humanos –teniendo en cuenta que la Comisión es organismo de igualdad y, a su vez, garante de los Derechos Humanos). Además se ha de asegurar que, al menos, uno de sus miembros ha de ser (o haber sido) discapacitado, uno ha de conocer la especialidades territoriales de Escocia y otro las de Gales. Estos dos últimos

comisionados deben reunir la condición de que su nombramiento ha de estar aprobado previamente por los respectivos órganos del territorio del que provienen, en el caso del comisionado escocés por el ejecutivo de Escocia y del comisionado galés por su Asamblea Nacional. (Una misma persona no puede ser nombrada como individuo que reúne dos de estos condicionantes en su designación).

El mandato de los miembros de la Comisión durará entre dos y cinco años, aunque se permite la reelección. Regula la dimisión (que debe reunir la formulación escrita) y revocación de los miembros por parte del Secretario de Estado (cuando sean declarados incapaces, o se consideren no aptos o poco dispuestos para el desarrollo y ejecución de sus funciones). Aunque estas reglas no son de aplicación al secretario ejecutivo.

Expresamente se regulan las atribuciones del presidente (preside las reuniones de la Comisión y ejerce las funciones inherentes a su nombramiento y cuantas otras le sean asignadas) y de los vicepresidentes (sustituye(n) al presidente y desarrolla alguna de las funciones de aquél cuando le hayan sido delegadas).

También se regulan legalmente los procesos transitorios entre las tres antiguas Comisiones -que ahora desaparecen- y la nueva Comisión, mediante el nombramiento de un Comisionado de transición (en particular para los discapacitados). Aspectos a los cuales se refieren las secciones 41 y 42.

Se exige la formación de un Comité especializado para los discapacitados, el Comité se conformará por entre siete y nueve miembros, en él al menos la mitad de sus miembros serán o habrán sido personas discapacitadas, en todo caso su presidente ha de ser discapacitado. Su mandato durará entre dos y cinco años pudiendo ser reelegidos.

Aunque sólo nos hemos detenido en los aspectos de mayor importancia todas las cuestiones referentes a la CEHR aparecen descritas con gran detalle en el programa 1º (*Schedule 1*) de la Ley de igualdad británica de 2006, allí se recogen entre otras cuestiones: 1.- Los criterios para la constitución de la Comisión: determinando cómo han de elegirse sus miembros, el ejercicio de sus funciones y las labores encomendadas al presidente. 2.- Se fija cómo ha de ser su procedimiento de actuación: incorporando pautas para la tramitación de las quejas recibidas, enumerando quién ha de ser su personal y cómo lo nombrará la propia Comisión, determinando las tareas que corresponden al denominado comisionado instructor, fijando la posibilidad de delegación de funciones (en los miembros de la Comisión, en el personal de la Comisión o en otras personas nombradas comisionados investigadores), creando comités específicos de asesoramiento –con presencia en ellos de los Comisionados, el personal de la Comisión y otras personas expertas- o en su momento tomando la decisión de disolver los comités establecidos, o creándose comités territoriales específicos para Escocia y Gales y delimitando sus concretas áreas de actuación. 3.- Así mismo refleja, como seguidamente veremos, el contexto de independencia de la Comisión. 4.- Aunque también incorpora otros aspectos como, por ejemplo, la obligación de emitir un Informe anual o las reglas aplicables respecto al presupuesto, que se analizarán en otros puntos de este apartado (por lo cual nos remitimos a ellos).

2.- Autonomía

Se establece la independencia de la Comisión entendiendo que no es un organismo ni de la Corona, ni del Estado y, del mismo modo, se establece expresamente que no goza de sus inmunidades, ni privilegios, ni su personal de la consideración como funcionarios al servicio del Estado. Por otro lado, la Comisión no deberá recibir restricciones o constricciones del Estado ni en sus actividades, ni en sus horarios, ni en sus prioridades.

Pero su actuación si será o podrá ser objeto de supervisión por parte del Parlamento.

3.- Competencia(s)

Mediante unas iniciales previsiones, muy básicas, se enuncian los objetivos generales y finalidades que persigue la creación de la Comisión para así lograr una sociedad en la que: las personas discapacitadas puedan desarrollar sus potencialidades y éstas no se vean limitadas por perjuicios o discriminaciones, se asegure la protección de los Derechos Humanos de las personas, el respeto de la dignidad y la valía de cada individuo, el reconocimiento de la igualdad de oportunidades de las personas para participar en la sociedad y, también, de los grupos valorando su diversidad y participación social dentro del respeto a la igualdad y a los Derechos Humanos (sección 3).

A través de varios preceptos (secciones 8 a 12) se recoge el mandato dirigido a la Comisión de cumplir una serie de funciones que afectan a distintas materias, como a continuación se resume:

1.- Igualdad y diversidad, la Comisión deberá promover la importancia de comprender la igualdad y la diversidad (sin duda aquí se toma como referente un lema de Naciones Unidas que, ya hace bastantes años, nos recordaba a las personas que “*somos iguales, somos diferentes*” con base en el art. 1º de la Declaración Universal de Derecho Humanos de 1948). También deberá la CEHR estimular o impulsar las buenas prácticas en relación con la igualdad y la diversidad, promover la igualdad de oportunidades, fomentar una conciencia y entendimiento de los Derechos bajo las leyes de igualdad, hacer cumplir las normas de igualdad, trabajar para la eliminación de toda discriminación ilegal (en particular la que reciben los discapacitados) y para erradicar las conductas de acoso.

2.- Derechos Humanos, dado que la Comisión no sólo tiene encomendada la defensa de la igualdad sino que se configura

también como órgano de protección del cumplimiento de los Derechos Humanos se le confieren específicas funciones para el desarrollo de esta labor.

3.- Ante los grupos, la Comisión está llamada a promover la importancia de las buenas relaciones entre los miembros de los distintos grupos, y entre los miembros de los grupos y otros; también se le encomienda fomentar la presencia de buenas prácticas en las relaciones *intergrupales* y trabajar para eliminar los prejuicios contra los grupos, el odio y la hostilidad, además de permitir a los miembros de los diferentes grupos participar en la sociedad.

4.- Una de las más relevantes funciones encomendadas a la CEHR será realizar el seguimiento continuado para el cumplimiento real de las Leyes relativas a la igualdad y los Derechos Humanos. De forma que la propia Comisión *ex lege* se convierte, por un lado, en alerta para el gobierno central sobre la eficacia real de las leyes vigentes y, por otro lado, tiene la obligación de recomendar al gobierno la derogación, la modificación o el perfeccionamiento de las normas. Además, se le reconocen funciones asesoras sobre la eficacia de las leyes así como de los cambios legislativos que se proyectan, asesoramiento que ha de prestarse tanto al gobierno central como a los gobiernos delegados de Escocia y Gales.

5.- Escrutar e identificar el grado de avance social en relación con los propósitos marcados como objetivos generales. Así corresponde a la CEHR detectar los cambios sociales que han acontecido o los que se espera que se produzcan y pudieran ser relevantes para los fines de la Comisión. Pero también precisar los resultados ya alcanzados para aproximarse a los desarrollos de la nueva sociedad (más igual, más respetuosa con los individuos, los grupos y sus derechos) y determinar los factores o indicadores que deben ser tomados en consideración para la consecución de los objetivos marcados. En esta función la Comisión podrá realizar

consultas a personas expertas y tomar en cuenta sus opiniones. Para conocer la situación de cada momento (los resultados e indicadores) se le encarga la publicación de un Informe en el que señale esos avances, que habrá de ser redactado cada tres años.

Funcionamiento

La actividad de la Comisión va a estar regida por el plan estratégico que aquélla se proponga de acuerdo con las funciones que le han sido atribuidas, mediante esa programación determinará no sólo su actividad sino, también, los momentos para su realización y desarrollo y, en su caso, fijará las prioridades de actuación (sección 4). Para la determinación de su programa de actuación podrá contar con la asistencia de terceras personas o consultar a aquellas personas que la propia Comisión considere conveniente. Su planificación inicial podrá ser revisada, en todo caso deberá serlo al menos cada tres años.

Las reglas de funcionamiento van a ser fijadas por la propia Comisión, así como el *quorum* necesario para sus reuniones aunque siempre, al menos, cinco de sus miembros han de estar presentes. Se designará de entre el personal de la Comisión un comisionado con funciones de investigación (aunque no podrá ser un miembro de la Comisión pero sí goza de alguna de las tutelas específicas de éstos) que será el sujeto encargado de las quejas que se le asignen, de llevar a cabo las necesarias investigaciones, de determinar *ab initio* si se cometieron ilegalidades e intentar que entre las partes se alcance un acuerdo. Por otro lado, cuando se actúe a través de un comité específico el mismo podrá, por delegación de la propia Comisión, adoptar decisiones.

La Ley se detiene en determinar la actuación de la Comisión para llevar a cabo las averiguaciones, investigaciones y valoraciones que permitan resolver los asuntos que le fueran sometidos. La regulación es bastante procedimental, exigiendo la publicidad de la

iniciación de las actuaciones, llamando a terceros que pudieran estar interesados en el asunto y, muy en particular, notificando a la partes los términos de la consulta o queja que ha recibido. Cuando se decida proceder a llevar a cabo una investigación será necesario determinar la persona que se sospecha puede ser responsable y determinar la posible ilegalidad cometida, notificar a esa persona la iniciación de aquella pesquisa, proponer las condiciones de resolución y los plazos, permitirle que proteste lo que considere oportuno, tomar en cuenta esas alegaciones y, en último término, publicar la medida una vez resuelto el conflicto. La Comisión antes de adoptar una valoración o fallo deberá preparar los términos de la queja, dar a conocer a la persona la propuesta que hará, permitirle que alegue en su favor lo que considere oportuno, tomar en cuenta esas alegaciones y hacer pública la decisión una vez resuelto el conflicto.

Durante el trámite para la adopción de acuerdos se procurará que los implicados expongan sus alegatos (que podrán ser orales), en los plazos que determine la Comisión, pudiendo denegar los que se produzcan fuera de plazo o no sean realizados por un abogado. La denegación siempre ha de estar motivada. La CEHR podrá requerir a las personas que considere necesario que suministre a la Comisión la información que posee, que aporte documentos o que testimonie o declare. Aunque estas peticiones podrán cursarse con iguales limitaciones que en un proceso judicial, no siendo posible exigir una documentación que por Ley esté protegida, ni compeler a declarar o informar si ante los Tribunales no es posible seguir esa actuación procesal, ni acudir a un lugar ante la Comisión si no se le abonan los gastos del desplazamiento. Pero también, para que el emplazado cumpla con el requerimiento, se puede solicitar un mandato a la autoridad que exhorte la presencia de la persona llamada cuando inasiste sin haber presentado una excusa razonable ante la Comisión e, incluso, podrá ser perseguida, sancionada o condenada. Como regla general, en estos apartados que se detienen en la regulación

procedimental, se recogen exigencias y respuestas típicas de un proceso judicial.

Las conclusiones adoptadas por la Comisión se harán públicas. Esas decisiones contendrán recomendaciones referentes a las quejas, investigaciones y valoraciones, incluyendo cualquier asunto que surja durante el desarrollo del procedimiento. La Comisión puede realizar recomendaciones a todo tipo de personas, además quienes reciben esas decisiones de la Comisión han de tomarlas en consideración.

Las decisiones o fallos adoptados por la Comisión tras recibir una queja, realizar investigaciones u ofrecer valoraciones que le fueran requeridas podrán ser consideradas por los Tribunales judiciales, pero en ningún caso pueden ser tomadas por estos últimos como decisivas para el ejercicio de la función jurisdiccional. Por otro lado, la Ley expresa con bastante claridad que las cuestiones sometidas a la Comisión no pueden cuestionar (de manera expresa o implícita) los fallos de los Tribunales.

3.1.- Procedimiento de actuación de la Comisión

Recibida una queja la Comisión iniciará su actividad si sospecha de la producción de una acción ilegal, actividad que concluye mediante la redacción de un informe en el que se puede determinar la ilegalidad de la acción y su responsable, la ilegalidad de la acción sin identificar al responsable o la ilegalidad de la acción y su posible responsable. Este texto se remitirá al implicado en el que, además, se le concederá un plazo de 28 días para presentar sus consideraciones.

También se pueden conceder ayudas a las personas que se vean afectadas por distintas situaciones y bajo determinadas condiciones, aunque aquéllas estarán sujetas a su devolución en cuotas.

La CEHR está llamada a realizar la investigación para determinar si una persona cometió una acción ilegal, ordenó a otro realizar una acción ilegal o no ha respetado los acuerdos previos alcanzados en el

seno de la propia Comisión para restablecer a su estado anterior la situación ofensiva o lesiva. Las pautas de actuación de la Comisión son las mismas que cuando recibe una queja de particulares (comunicándolo al sospechoso y dándole un plazo de 28 días para que alegue en su favor lo que corresponda, alegaciones que habrán de ser tomadas en consideración por la Comisión).

Más que atender en un primer plano a la protección de la víctima la legislación británica, pormenoriza los términos de actuación de la Comisión incorporando las garantías que asisten al presunto autor de la discriminación (u otra lesión de derechos, ya que hay que tener en cuenta que los criterios de actuación son comunes para cualquier vulneración de los Derechos Fundamentales), delimitando cómo ha de ser la respuesta de la CEHR. Así, si la Comisión considera a una persona responsable, la ha de avisar de que está siendo objeto de investigación y de la sospecha que tiene. En la comunicación se ha de indicar expresamente la ilegalidad cometida y la consecuencia que las leyes prevén frente a esa acción, indicándole al autor que debe cesar su actividad discriminatoria y que no puede continuar desarrollando esa clase de acciones prohibidas. También se puede incluir en el comunicado criterios de actuación para evitar la discriminación. Una vez recibida esa notificación la persona destinataria dispondrá de seis semanas para recurrir ante los Tribunales bien porque considera que no ha cometido la acción discriminatoria que se le imputa o bien que la petición o requerimiento que se le hace es poco razonable o no esta justificado (más adelante, en otro apartado, analizamos cómo se articula el proceso judicial cuando ha existido un previo pronunciamiento de la Comisión).

La protección más importante, no ya sólo para la víctima sino también para prevenir futuras lesiones, supone la exigencia de redactar por parte del infractor un plan para poner freno a la discriminación e implementarlo (sección 22). Se trata, sin duda, de una respuesta legal constructiva. Esto acontecerá en el caso de que

se imponga la obligación de diseñar una concreta actuación para eliminar la discriminación, por la CEHR se debe notificar al responsable el tiempo de que dispone para presentar ante la propia Comisión un borrador de las medidas que adoptará. La Comisión podrá aprobar el borrador o comunicar que aquél no es adecuado o indicar que debe ser revisado o, por último, formular recomendaciones sobre su contenido. También se regula el momento a partir del cual debe entrar en vigor el plan de acción para frenar la discriminación (teniendo en cuenta el posible silencio de la Administración y el plazo de seis semanas desde que tuvo entrada el borrador). Incluso se permite modificar el plan original siempre que medie un acuerdo entre la Comisión y quien debe redactarlo.

Así mismo se regulan los acuerdos que puede alcanzar la Comisión con la persona que sospecha que cometió un acto ilegal (sólo se permite el acuerdo en estos casos), de tal forma que el acuerdo se fundamenta en dos compromisos (sección 23). Uno que corresponde cumplir al posible transgresor, que se comprometa a no cometer nuevamente un acto ilegal motivado por aquella clase de factor discriminatorio y se comprometa a adoptar otra acción específica (como puede ser la preparación de un plan que persiga erradicar la discriminación) o a abstenerse de realizar acciones discriminatorias. El otro compromiso corresponde a la Comisión y consistirá en no proceder contra aquella persona ni investigándola, ni comunicándola la obligación de implantar un plan (ya que voluntariamente habría accedido a ello).

3.2.- Asistencia-asesoramiento a las víctimas

La Ley encomienda a la Comisión la asistencia individual a quien es o puede ser parte de un proceso judicial cuando (1) se solicite el cumplimiento de derechos recogidos en las leyes de igualdad o (2) se alegue que se ha sido víctima de un comportamiento contrario a esas normas (sección 28). Para prestar esa ayuda la Comisión ofrecerá directamente por ella misma o concertará con terceros las siguientes

asistencias: asistencia legal, representación legal, ayudas para la resolución de un pleito o cualquier otra medida que se requiera.

Con carácter general la atención a las víctimas se concibe como una asistencia global e irá dirigida a cualquier aspecto del procedimiento judicial, siempre que la asistencia a las víctimas se vincule con la normativa antidiscriminatoria o a la normativa común si ésta incluye preceptos relacionados con factores de discriminación, en particular cuando los motivos relativos a la discriminación sean: sexo, raza origen racial y étnico, religión, creencia, discapacidad, edad y orientación sexual o se confieran derechos individuales. Aunque se excepciona a la Comisión de las reglas del Derecho general de recibir reclamaciones de responsabilidad o indemnización ante la defectuosa asistencia prestada. Además no se trata de una asistencia gratuita, ya que los gastos de la misma y en su caso costas procesales se reclamarán a la persona que solicitó la colaboración de la Comisión, salvo que se tenga derecho a una ayuda de acceso a la justicia.

Como en otros apartados, la norma se detiene en la singular atención que se ha de prestar a quienes, siendo discapacitados, soliciten ayuda en asuntos relativos al alquiler de vivienda o uso de locales, para la desaparición de las barreras arquitectónicas y el acondicionamiento apropiado de aquéllos a las necesidades y el bienestar de su ocupante y/o usuario. En particular, en el territorio escocés se ha de atender a esas solicitudes cuando se trate de la única residencia o de la residencia habitual del discapacitado. Igualmente, se insiste en la importancia de ofrecer asistencia en los procesos judiciales a las personas discapacitadas siempre que lo que se discuta en el proceso tenga relación con su situación de discapacidad. Pero la Ley también señala excepciones, ya que esta asistencia no será ofrecida cuando se trate de un comportamiento contrario a las normas de derechos de los discapacitados (en su parte V) en el caso del transporte público para sujetos discapacitados.

3.3.- Otras funciones

Para el buen cumplimiento de las distintas funciones que le han sido atribuidas a la Comisión se le conceden una serie de poderes o facultades. Tales como publicar o difundir información y los propósitos que tiene encomendados, realizar estudios o investigaciones, ofrecer formación, asesorar u orientar (incluso sobre la efectividad u operatividad de las leyes), pudiendo concertar todas estas actividades (formativas de asesoramiento y estudio) con quienes consideren conveniente e, igualmente, cooperar con distintas instituciones para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo estas otras atribuciones no habilitan a la Comisión para asistir a las personas en la preparación de una demanda judicial. Otro importante encargo que recibe la Comisión es la redacción de códigos de buenas prácticas en conexión con las distintas normas que componen el acervo de la igualdad y no discriminación en el Reino Unido. La Ley fija los contenidos mínimos de estos códigos (1) asegurar o facilitar el cumplimiento de las normas de igualdad –los que supone en la práctica la presencia de códigos por los distintos factores que prohíben la discriminación⁵- o (2) promover la igualdad de oportunidades (sección 14); esos códigos serán periódicamente revisados, pero también pueden ser derogados por el Secretario de Estado mediante decisión o mandato o a petición de la propia Comisión. E incluso la normativa se referirá a algunos códigos de buenas prácticas concretos, particularmente en materia de arrendamientos en los territorios de Inglaterra, Gales y Escocia.

En relación con los grupos también la Comisión realizará una función colaboradora o de asistencia para poder desarrollar actividades sociales, cívicas, deportivas, educativas, sociales o de otra índole pero también respecto a los delitos que afectan a ciertos grupos, o para la búsqueda de la prevención de ciertas acciones delictivas.

⁵ Los mismos pueden ser localizados en la dirección URL de la Comisión <http://www.equalityhumanrights.com/>

3.4.- Análisis del cumplimiento de las obligaciones de igualdad por parte del sector público

Una atribución tradicional de las Comisiones británicas de igualdad, que ahora hereda la nueva Comisión, es la de evaluación del correcto cumplimiento de sus obligaciones en la consecución de la igualdad por parte de las autoridades y poderes públicos (secciones 31 y 32). Las distintas normas antidiscriminatorias establecen con carácter general una obligación a la Administración pública de erradicar la discriminación; en este apartado la Ley aborda con especial detenimiento los motivos de sexo, raza y discapacidad.

Mediante sus informes periódicos o a través de otros estudios, la Comisión hará recomendaciones para que se alcance ese propósito. Pero también realizará los apercibimientos puntuales que en cada caso corresponda a las distintas Administraciones que incumplan con sus obligaciones de eliminar la discriminación. Esas notificaciones podrían, incluso, revestir la fórmula de avisos o de apercibimientos.

La CEHR realizará un seguimiento cuando detecte el incumplimiento de aquellas obligaciones, solicitando a la correspondiente Administración pública que le presente por escrito las acciones que llevará a cabo para luchar contra la discriminación detectada; en ese documento escrito también se informará de cada uno de los pasos que se han tomado o se van a tomar. Debe asignarse una persona de la Administración que asista a la Comisión en sus peticiones y facilite el seguimiento del cumplimiento real de la obligación legal. En la notificación que se enviará a la Administración la Comisión dejará expuesto el plazo en el que se ha de informar, que no podrá exceder de tres meses así como, también, la forma y manera de transmitir la información necesaria para confrontar si el cumplimiento de la obligación se está realizando correctamente. No obstante, cuando se trate de cuestiones relacionadas con la discriminación por razón de sexo o de discapacidad antes de requerir el cumplimiento de su

obligación a la Administración la Comisión deberá realizar una evaluación previa y notificar los resultados de aquélla.

Los entes públicos o autoridades que reciban una llamada de atención de la Comisión están obligados a cumplir con lo que se les imponga, y en caso de que contravengan el requerimiento la Comisión podrá solicitar ante los Tribunales que dicten un mandato de observancia.

4.- Informe anual

La Comisión está obligada a presentar un Informe anual de actividad (coincidiendo con la finalización del año financiero, esto es, cada 31 de marzo), se concretarán en el texto las actividades desarrollada por la Comisión y la ejecución de sus cometidos. El informe ha de presentar y recoger en particular las actuaciones llevadas a cabo en los territorios de Escocia y Gales. La Memoria ha de remitirse al Secretario de Estado y este deberá dar traslado de la misma al Parlamento; también se ha de enviar a los Parlamentos territoriales de Escocia y Gales.

A los cinco años, contados desde el inicio de su puesta en funcionamiento la CEHR evaluará las actividades llevadas a cabo por el Comité de la discapacidad. En todo caso, ha de asegurarse que en ese proceso han sido previamente consultadas personas discapacitadas y otras personas que se detecte que tienen interés en la defensa de la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas discapacitadas, y se resolverá si se estima conveniente o no la continuidad de este Comité especializado y, si así fuera, por cuánto tiempo adicional. La decisión de continuidad o disolución del Comité corresponde adoptarla a la Secretaría de Estado mediante la propuesta, no vinculante, de la Comisión para la igualdad y los Derechos Fundamentales.

Los informes han de ser publicados.

5.- Solución de controversias a través de servicios de conciliación

Mediante la sección 27 se faculta a la Comisión a que adopte las disposiciones pertinentes para implantar servicios de conciliación. Como ante cualquier conciliación, vista como un medio de solución de disputas, la finalidad de esos servicios de conciliación será conseguir que se resuelva el conflicto gracias al acuerdo que alcancen las partes en disputa, delante del conciliador, pero sin someterse a procedimientos judiciales.

La conciliación servirá para procurar resolver conflictos planteados en cuestiones vinculadas con la discriminación (en atención al conjunto de disposiciones que protegen frente a la discriminación que posee el país británico con excepción de la Ley de 1970 que regula la igualdad retributiva). La conciliación se desarrollará mediante servicios de conciliación implantados según las reglas que fije la Comisión. En todo caso se deberá procurar, siempre que sea posible, que haya este tipo de servicios allí donde las partes lo soliciten.

En ellos no podrán participar ni los miembros de la Comisión ni su personal, ni tampoco quien sea designado para investigar un caso en la Comisión como comisionado instructor. La Ley se detiene en la importancia de estos servicios conciliadores para solucionar disputas entre el propietario y el arrendador de vivienda en los casos que esté presente el motivo de la discapacidad. E, incluso, por sus especialidades introduce reglas transitorias relativas al arrendamiento de viviendas en Escocia (sección 43).

6.- Encaje de la CEHR con el procedimiento judicial

Como ya hemos apuntado anteriormente las decisiones adoptadas por la Comisión son recurribles ante los Tribunales a través de apelaciones (sección 21). La 'jurisdicción' competente para conocer dependerá del tipo de reclamación que se realiza, si lo es frente a cuestiones que afectan al empleo la vía judicial será el tribunal de empleo, si se trata de otros aspectos corresponderá a la jurisdicción

ordinaria, que en Inglaterra y Gales será la Corte del respectivo condado y en Escocia ha de ser interpuesta la acción de reclamación ante el *sheriff*.

La respuesta de los juzgadores ante esos recursos, que interpone quien ha sido declarado responsable de un acto ilegal, puede ser: la confirmación de la decisión de la Comisión, la anulación de aquélla, alterar el sentido del fallo emitido por la Comisión, confirmar el requerimiento realizado a la persona infractora por la Comisión para el cese de la discriminación y se someta al cumplimiento de la legalidad, anularlo o modificar aquel requerimiento. Así mismo se hará mención al pago de las costas procesales.

Por otro lado, la Comisión puede acudir a los Tribunales cuando estime que es probable que una persona vaya a cometer una acción discriminatoria (vía mandamiento judicial restrictivo o interdicto prohibitivo) para así evitar que se cometa la acción lesiva. Igualmente puede solicitar la colaboración judicial cuando considere que el acuerdo alcanzado con la Comisión no está siendo cumplido y existía un compromiso de observancia de aquél; del mismo modo podrá solicitar la colaboración judicial para que se dicte un requerimiento al infractor que le obligue a cumplir con su compromiso o acordar otras consecuencias que el propio Tribunal determinará.

Si se considera que un anuncio es discriminatorio también corresponde acudir a los tribunales de empleo o a los ordinarios, dependiendo de la cuestión objeto del anuncio, y presentar una demanda o solicitud de retirada, la misma petición ha de realizar ante los Tribunales si se sospecha de: la existencia de coacciones discriminatorias, que se están dando órdenes de discriminar o cuando la Comisión opine que la reacción del infractor es desmedida/desproporcionada. Ante esa petición el órgano judicial determinará si la pretensión de la Comisión es correcta (sección 25). En todo caso, ninguna de estas reglas resultará de aplicación si la

actuación cometida es delictiva ya que el órgano competente para su conocimiento será el penal. Por otro lado, este tipo de solicitudes no podrán iniciarse cuando la decisión de la Comisión fue recurrida y la causa esté aun pendiente en los Tribunales o cuando aquella causa todavía pueda ser recurrida por no haber precluído el plazo para la interposición del recurso.

En la Ley se fijan plazos preclusivos para interponer esta especial acción de contención o freno, de seis meses desde que se cometió la reacción discriminatoria si está relacionada con el empleo y de cinco años si se trata de una reclamación ante tribunales ordinarios, si fuera una conducta continuada computará el plazo desde el último día en que aconteció. (Por cierto, la mencionada acción sólo cabe interponerse en atención a determinados preceptos de las distintas normas antidiscriminatorias por razón de sexo, raza, discapacidad o religión).

Finalmente, la Comisión tiene reconocida capacidad legal para comparecer en juicio. Por lo tanto, podrá iniciar procesos o intervenir en los asuntos judiciales propuestos por terceros siempre que la materia objeto de la *litis* esté relacionada con las funciones que le han sido encomendadas (sección 30).

7.- Presupuesto

Cuando la Ley aborda las cuestiones presupuestarias atiende a las remuneraciones de sus miembros, fijando las cuantías en atención a que los emolumentos han de ser razonablemente suficientes para el ejercicio de sus funciones. Esas cuantías han de ser determinadas por el Secretario de Estado (teniendo en cuenta no sólo los salarios, sino también las aportaciones para sus pensiones y otras gratificaciones, asignaciones o complementos vinculados al cargo e incluso las indemnizaciones por cese o compensaciones por pérdida de empleo).

Pero la norma de 2006 también introduce las obligaciones financieras de la propia Comisión, que ha de fijar un balance de sus gastos y preparar cada año su situación contable, enviándoselo al Secretario de Estado, así como al Auditor General. En todo caso, cualquier instrucción de pago debe ser consentida por el Tesoro Público.

Ya que en su funcionamiento cotidiano la Comisión puede trabajar mediante comités (si así decide constituirlos) se ha de asegurar que éstos reciben el dinero necesario para poder realizar las tareas que les hayan sido encomendadas.

Del mismo modo se recogen reglas presupuestarias para el Comité de la discapacidad, exigiendo a la CEHR que asegure que este Comité recibe una partida económica suficiente para el ejercicio de sus funciones. Aunque también exige que a la finalización de cada año económico el cotado Comité de la discapacidad emita un informe de actividad dirigido a la nueva Comisión, dicho informe se incluirá dentro del Informe anual de la Comisión, pero siempre en un apartado diferenciado.

SUECIA

Ley de Discriminación (2008:567).

Ley de discriminación SFS n° 2008:567, promulgada el 5 de junio de 2008. La fecha de entrada en vigor de la norma está prevista para el 1 de enero de 2009.

I.- Introducción

Se trata de una Ley que tiene por objeto prevenir la discriminación y, correlativamente, fomentar la igualdad de derechos y oportunidades sin distinción de sexo, identidad o expresión transexual, pertenencia a una étnica, religión u otras creencias, discapacidad, orientación sexual o edad.

Antes de la promulgación de esta Ley, en Suecia existía una legislación muy dispersa en materia de igualdad, que tiene su punto de partida en 1991 con la entrada en vigor de la *Ley de Igualdad* (1991:433), y que posteriormente se va incrementando con múltiples leyes que prevén medidas contra la discriminación en diversos ámbitos. La Ley que analizamos pretende unificar toda esta normativa y deroga las siguientes:

- la Ley de Igualdad (1991:433);
- la Ley (1999:130) sobre las medidas contra la discriminación en el ámbito laboral por razón de pertenencia étnica, religión u otras creencias;
- la Ley (1999:132) sobre la prohibición de discriminación en el ámbito laboral por razón de discapacidad;
- la Ley (1999:133) sobre la prohibición de discriminación en el ámbito laboral por razón de orientación sexual;
- la Ley (2001:1286) sobre la igualdad de trato a los estudiantes universitarios;
- la Ley (2003:307) sobre prohibición de discriminación, y
- la Ley (2006:67) sobre prohibición de discriminación y otros tratos ofensivos a niños y alumnos.

La nueva Ley pretende refundir en un solo texto toda la normativa vigente en materia antidiscriminatoria, regulando de forma conjunta todos los supuestos de discriminación prohibidos por las Directivas comunitarias, excepto la discriminación por razón de sexo que sigue desarrollada en una Ley autónoma. Sin embargo, la mayor parte de las leyes que deroga llevaban a cabo un desarrollo mucho más pormenorizado de las discriminaciones frente a las que se trataba de luchar.

II.- Estructura de la Ley

Consta de seis Capítulos, divididos en artículos. Cada Capítulo comienza la numeración de su articulado desde el número uno. Carece de una Exposición de Motivos y de un Título Preliminar.

El Capítulo Primero contiene definiciones y otras disposiciones introductorias. El Capítulo Segundo se centra en la prohibición de discriminación y de represalias en los ámbitos laboral, educativo, afiliación a organizaciones de diversa naturaleza, asistencia médica y sanitaria, servicios sociales y Seguridad Social, seguro de desempleo y ayudas al estudio, servicio militar y servicio civil de defensa. El Capítulo Tercero contiene disposiciones sobre medidas activas en los ámbitos labora y educativo. El Capítulo Cuarto regula las figuras del Defensor contra la Discriminación, y el Comité contra la Discriminación. El Capítulo Quinto contiene disposiciones sobre indemnizaciones y nulidad de cláusulas contractuales discriminatorias. Por último, el Capítulo Sexto se refiere a la protección en vía jurisdiccional.

III.- Motivos de discriminación

Sexo, identidad o expresión transexual, pertenencia a una etnia, religión u otras creencias, discapacidad, orientación sexual o edad.

IV.- Definiciones

En los arts. 4 y 5 del Capítulo primero, se aportan las siguientes definiciones:

1. *Discriminación directa*: situación de desventaja ocasionada a una persona por recibir un trato menos favorable que el que otra persona recibe en una situación comparable, si el perjuicio tiene relación con razones de sexo, identidad o expresión transexual, pertenencia étnica, religión u otras creencias, discapacidad, orientación sexual o edad;

2. *Discriminación indirecta*: situación desfavorable en que se encuentra una persona a causa de la aplicación de una disposición, un criterio o una práctica que, pese a su apariencia de neutralidad, pudiera llegar a causarle una desventaja por motivos de sexo, cierta identidad o expresión transexual, cierta pertenencia étnica, cierta religión o ciertas creencias de otro tipo, cierta discapacidad, cierta orientación sexual o cierta edad, a no ser que dicha disposición, dicho criterio o dicha práctica respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios;

3. *Acosos en general*: comportamientos que atentan contra la dignidad de una persona y que tienen relación con alguna de las causas jurídicas de discriminación, a saber, sexo, identidad o expresión transexual, pertenencia étnica, religión u otras creencias, discapacidad, orientación sexual o edad;

4. *Acosos sexuales*: comportamientos de naturaleza sexual que atentan contra la dignidad de una persona;

5. *Instrucciones de discriminar*: órdenes o instrucciones de discriminar a alguien, y que se dan respecto de quien se encuentra en un relación de obediencia o de dependencia respecto a la persona que formula la orden o la instrucción o que asume por encargo de esta persona el cumplimiento de una tarea.

6. *Identidad o expresión transexual*: que una persona no se identifique como mujer u hombre, o que mediante su forma de vestir o de cualquier otro modo exprese que pertenece a otro sexo.

7. *Pertenencia étnica*: origen nacional o étnico, color de piel o cualesquiera circunstancias análogas.

8. *Discapacidad*: limitaciones permanentes en las capacidades funcionales de una persona que tengan carácter físico o psíquico, o que estén relacionadas con otras facultades, y que son consecuencia de una lesión o una enfermedad de nacimiento, o bien han surgido posteriormente o se prevé que surjan;

9. *Orientación sexual*: orientación homosexual, bisexual o heterosexual, y

10. *Edad*: tiempo de vida alcanzado.

En el ámbito de la discriminación por razón de sexo quedan asimismo incluidas aquellas personas que tengan la intención de cambiar o hayan cambiado de sexo.

V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación

Aunque, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo, la Ley se centra en la prohibición de discriminación y de represalias en los ámbitos laboral y educativo, en el Capítulo segundo también se encuentran disposiciones dirigidas a evitar situaciones de discriminación en materias como la afiliación a organizaciones de diversa naturaleza; el acceso a la asistencia médica y sanitaria, a los servicios sociales y a la seguridad social, así como al seguro de desempleo y a las ayudas al estudio. Por último, se encuentra una referencia expresa al servicio militar y al servicio civil de defensa.

1.- ÁMBITO LABORAL

La Ley opta por una protección que abarca la prohibición de discriminación por parte del empresario, tanto respecto de los

trabajadores ya empleados, como respecto de los solicitantes de empleo. Así, establece que *“un empresario no puede discriminar a una persona que en la empresa: es empleado; se informa sobre un empleo o lo solicita; solicita o realiza unas prácticas, o se pone a disposición de realizar o realiza un trabajo como empleado temporal o contratado externo”* (art. 1, Capítulo segundo).

La prohibición de discriminación es aplicable, asimismo, a aquellos casos en que el empresario, mediante medidas razonables de apoyo y adaptación, pueda procurar que un empleado o un trabajador en prácticas con discapacidad, se encuentre en una situación comparable a la de aquellas personas que no tengan esa discapacidad.

Ahora bien, de forma muy detallada la Ley aclara que la prohibición expresada en el art. 1 no impide:

- a) el trato especial que se deriva de una cualidad relacionada con alguna de las causas jurídicas de discriminación, cuando, al tomarse una decisión sobre un puesto, un ascenso o la formación a recibir para un ascenso, dicha cualidad, por razón de la naturaleza del trabajo a realizar o del contexto donde el trabajo se realice, constituya un requisito profesional real y determinante que tenga una finalidad legítima, siendo el requisito para la consecución de esa finalidad adecuado y necesario;
- b) las medidas que formen parte del esfuerzo por fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y que se refieran a cuestiones no relativas al salario o a otras condiciones laborales;
- c) la aplicación de límites de edad para tener derecho a beneficios en las pensiones de jubilación o invalidez en contratos individuales o convenios colectivos,
- d) el trato especial por razón de edad, si este trato responde a una finalidad legítima y los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios.

Como medida antidiscriminatoria en el acceso al empleo, destaca lo que la Ley califica como *información sobre cualificaciones*. Así, cuando un candidato a un empleo no es contratado o no ha sido seleccionado para una entrevista de trabajo, o si un empleado no ha sido ascendido o seleccionado para la formación que se requiere para un ascenso, el aspirante al empleo o al ascenso deberá recibir un informe escrito del empresario acerca de la formación, la experiencia profesional y otros méritos y cualificaciones que tuviera quien haya sido finalmente seleccionado.

En otro orden de materias, a lo largo de todo el articulado se detecta una especial sensibilidad frente al acoso. En este sentido se prevé la obligación del empresario de investigar y adoptar medidas contra dicha situación cuando un empleado considere haber sido objeto de acoso sexual o de otro tipo en relación con su trabajo y por parte de alguien que trabaja o realiza prácticas en la empresa.

También encuentra un especial apartado en la Ley *la prohibición de represalias* en el ámbito laboral. Así, un empresario no puede tomar represalias contra un empleado cuando éste:

- a) haya informado o denunciado que el empresario ha actuado contra la ley;
- b) haya colaborado en una investigación conforme a la ley, o
- c) haya rechazado o consentido acosos sexuales o de otro tipo por parte del empresario.

La prohibición es aplicable asimismo en lo que respecta a una persona que en la empresa:

- a) se informa sobre un empleo o lo solicita;
- b) solicita o realiza unas prácticas, o
- c) se pone a disposición de realizar o realiza un trabajo como empleado temporal o contratado externo.

2.- ÁMBITO EDUCATIVO

La ley se dirige a todas aquellas personas que se dedican a las actividades reguladas en la Ley de Educación Escolar (1985:1100) o a otras actividades de formación, prohibiendo todo tipo de discriminación referida a cualquier niño, alumno o estudiante que participe o solicite participar en cualquier actividad educativa o de formación. Se equipara a los empleados y contratados para trabajar en las actividades de formación con los organizadores de actividades.

La prohibición de discriminación es aplicable, asimismo, respecto a la accesibilidad y el uso de los locales, cuando se trata de personas con discapacidad que solicitan formación o han sido seleccionadas para recibir educación conforme a lo dispuesto en la Ley de Educación Universitaria (1992:1434), o para la obtención de un diploma o título conforme a lo dispuesto en la Ley (1993:792) sobre las condiciones para expedir determinados diplomas o títulos.

3.- INICIO Y DESARROLLO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS, Y LICENCIAS PROFESIONALES

Queda prohibida toda discriminación en lo relativo a ayudas económicas, autorizaciones, registros o cuestiones similares que sean necesarias o puedan tener importancia para que alguien pueda iniciar o desarrollar una actividad económica; así como en todo lo referido a licencias, permisos, autorizaciones, registros, aprobaciones o cuestiones similares que sean necesarias o puedan tener importancia para que alguien pueda ejercer una determinada profesión.

4.- AFILIACIÓN A DETERMINADAS ORGANIZACIONES

Queda prohibida toda discriminación en lo relativo a la afiliación a organizaciones de trabajadores, de empresarios o de profesionales, o la colaboración con éstas. También respecto de las ventajas y los beneficios que tales organizaciones puedan proporcionar a sus miembros.

5.- MERCANCÍAS, SERVICIOS, VIVIENDAS, ETC.

Queda prohibida toda discriminación por parte de quien, fuera del ámbito privado y familiar, proporciona mercancías, servicios o viviendas al público u organiza reuniones, encuentros, conferencias o actos lúdicos o festivos de carácter público.

En estos casos, la prohibición no es aplicable a la discriminación relacionada con la edad. La prohibición de discriminación por razón de sexo no se aplica a la provisión o venta de servicios de seguros y tampoco impide que mujeres y hombres, en lo que respecta a la vivienda u otros servicios, reciban un trato diferente, si este trato responde a una finalidad legítima y los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios.

6.- ASISTENCIA MÉDICA Y SANITARIA, SERVICIOS SOCIALES, Y OTROS BENEFICIOS

Queda prohibida toda discriminación en lo relativo a la asistencia médica y sanitaria y otras actividades relacionadas con la medicina y las actividades de los servicios sociales, así como las ayudas en forma de servicios de transporte locales o nacionales para mayores y discapacitados, y las ayudas para adaptar viviendas.

La prohibición no es aplicable, sin embargo, a la discriminación por razón de edad. La prohibición que se aplica a la asistencia médica y sanitaria y a otras actividades relacionadas con la medicina o a las actividades de los servicios sociales no impide que mujeres y hombres reciban un trato diferente, si este trato responde a una finalidad legítima y los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios.

7.- SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, SEGURO DE DESEMPLEO Y AYUDAS DE ESTUDIOS

Queda prohibida toda discriminación en lo relativo a la Seguridad Social y al sistema de subvenciones asociado a ésta como el seguro de desempleo, y las ayudas públicas de estudio.

Una vez más, se añade que la prohibición no es aplicable a la discriminación por razón de edad, y la prohibición de discriminación por razón de sexo en relación con la seguridad social y el sistema de subvenciones asociado a ésta no impide tampoco que se apliquen regulaciones sobre pensiones de viudedad, pago de suplementos por esposa de pensionista y pago de ayudas por hijo.

8.- SERVICIO MILITAR Y SERVICIO CIVIL DE DEFENSA

Queda prohibida la discriminación en el alistamiento, la prueba de admisión o cualquier otra revisión de las condiciones personales conforme a lo dispuesto en la Ley (1994:1809) sobre la obligación de prestar servicio en caso de emergencia o guerra, así como en el proceso de inscripción para y durante el cumplimiento del servicio militar o del servicio civil de defensa.

La prohibición no es aplicable a la discriminación por razón de edad y tampoco impide la aplicación de diferencias relativas a las obligaciones de alistamiento y de prestación de servicio exclusivas para hombres, o la circunstancia de que una persona sujeta a la obligación de prestar servicio en caso de emergencia o guerra no sea convocada para su alistamiento o llamada a filas para cumplir con el servicio militar o el servicio civil de defensa, si él o ella alegan razones de pertenencia a una determinada comunidad religiosa.

VI.- Medidas de acción positiva

No se prevén expresamente medidas de acción positiva. De hecho, ni siquiera aparece este concepto entre las definiciones del Capítulo primero.

No obstante y aunque, como se ha apuntado en el anterior párrafo, se elude por completo la figura de la acción positiva, sí se prevén *medidas activas* por parte del empresario con la obligación de introducción de un deber activo consistente en la obligación de elaborar cada tres años un plan de trabajo para la igualdad (como se estudia en el apartado siguiente).

VII.- Medidas activas

Con un contenido sustancialmente distinto a las medidas de acción positiva, la Ley dedica todo el Capítulo tercero al establecimiento de una serie de medidas *activas* destinadas a lograr la igualdad de derechos y de oportunidades en el ámbito laboral, y a evitar futuras situaciones de discriminación. Con esta finalidad, fija una suerte de *colaboración* entre empresario y empleado, cargada de buenas intenciones pero que, dada su inconcreción, tiene un valor más programático que jurídico, aunque en el apartado dedicado a las sanciones. Dichas medidas puede sintetizarse en los siguientes puntos:

- 1) El empresario y el empleado trabajarán de manera particular por nivelar e impedir las diferencias en los salarios y en otras condiciones laborales entre mujeres y hombres que realizan trabajos considerados iguales o de valor equivalente. Asimismo, empresario y empleado fomentarán la igualdad de oportunidades de desarrollo salarial entre hombres y mujeres (la evaluación de las exigencias planteadas por el trabajo se llevará a cabo tomando en consideración criterios como conocimiento y competencia, responsabilidad y esfuerzo).
- 2) El empresario desarrollará, dentro del marco de sus actividades, un trabajo planificado con objetivos precisos para fomentar de manera activa la igualdad de derechos y oportunidades, sin distinción de sexo, pertenencia étnica, religión u otras creencias.
- 3) El empresario deberá ejecutar aquellas medidas que, teniendo en cuenta sus recursos y demás circunstancias, puedan requerirse para que las condiciones de trabajo resulten adecuadas para todos los empleados sin distinción, y deberá facilitar, tanto a las empleadas como a los empleados, la forma de conciliar su vida laboral y su condición de madres o padres.

- 4) El empresario deberá adoptar medidas para prevenir e impedir que algún empleado sea objeto de acosos o represalias que tengan relación con su sexo, pertenencia étnica, religión u otras creencias, o que sufra acoso sexual.
- 5) El empresario deberá fomentar por medio de la formación, el desarrollo de aptitudes y otras medidas adecuadas, una distribución equilibrada de mujeres y hombres en los diferentes tipos de trabajo y en las distintas categorías profesionales.
- 6) Cuando en un lugar de trabajo no exista una distribución equilibrada de mujeres y hombres en un determinado tipo de trabajo o categoría profesional, el empresario, al contratar nuevos empleados, deberá hacer un esfuerzo especial para favorecer la contratación de candidatos del sexo menos representado.

En el ámbito salarial, la Ley concreta algo más las obligaciones del empresario, estableciendo medidas obligatorias con objeto de descubrir, corregir e impedir diferencias injustificadas en los respectivos salarios y otras condiciones laborales, así:

- 1) Cada tres años el empresario deberá identificar y analizar las regulaciones y las normas respecto a salarios y otras condiciones laborales que la empresa aplica, y las diferencias salariales entre mujeres y hombres que realizan trabajos considerados iguales o de valor equivalente.
- 2) Deberá evaluar si las diferencias eventualmente encontradas guardan relación directa o indirecta con razones de sexo. Esta evaluación deberá tener en cuenta de manera particular las diferencias entre las mujeres y los hombres que realizan trabajos considerados iguales o de valor equivalente.
- 3) Deberá instituir, cada tres años, un plan de acción para la equiparación salarial, y presentar en dicho plan el resultado de la identificación y el análisis efectuados. En el plan deben

reflejarse los ajustes salariales y demás medidas que se requieran para lograr la igualdad de salarios para aquellos trabajos que se consideran iguales o de valor equivalente. El plan deberá incluir una estimación de costes y un calendario de ejecución, en función del objetivo de que los ajustes salariales necesarios se lleven a cabo tan pronto como sea posible, y a más tardar, en tres años. En el plan de acción de años posteriores se incluirá una presentación y una evaluación de cómo se han ejecutado las medidas planeadas.

- 4) El empresario deberá suministrar a aquella organización de trabajadores con la que los empleados estén vinculados por convenio colectivo, la información necesaria para que la organización pueda colaborar en los procesos de identificación, análisis y creación del plan de acción para la equiparación salarial.

Entre las obligaciones que la Ley impone al empresario, destaca la de instituir cada tres años un ***plan de trabajo para la igualdad***. El plan incluirá una descripción general de medidas que es necesario adoptar en el lugar de trabajo, conforme a lo dispuesto en la Ley, así como un informe en el que se especificarán cuáles de estas medidas tiene intención de poner en marcha o de ejecutar durante los años siguientes. El plan también deberá incluir una presentación general del plan de acción para la equiparación salarial, anteriormente mencionado.

La obligación de instituir un plan de igualdad no es aplicable al empresario que al finalizar el último año natural tuviera contratados menos de 25 empleados.

VIII.- Organismo de igualdad

La Ley prevé varias figuras de protección contra la discriminación: el Defensor contra la Discriminación, el Comité contra la Discriminación y el Comité de apelación para la Educación Universitaria. También lleva a cabo un reforzamiento de la figura del

Defensor contra la Discriminación, así como del Comité contra la Discriminación, otorgándoles con respecto a la normativa anterior nuevas funciones de control y vigilancia en el cumplimiento de la Ley, como vía de protección previa al orden jurisdiccional.

1.- El Defensor contra la Discriminación

Ejerce una labor de vigilancia respecto de la aplicación de la Ley (las disposiciones sobre las funciones del Defensor contra la Discriminación aparecen asimismo en la Ley (2008:568) sobre el Defensor contra la Discriminación). Al respecto se regulan las siguientes materias.

A) Obligación de información:

La ley dispone que todo el que esté incluido dentro del ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación, de la obligación de investigar y de adoptar medidas contra el acoso, tiene a requerimiento del Defensor contra la Discriminación, la obligación de:

- a) Entregar la información sobre las circunstancias relativas a la actividad que resulte relevante para la vigilancia.
- b) Entregar la información sobre méritos y cualificaciones cuando el Defensor contra la Discriminación apoye la petición de un particular en este sentido.
- c) Permitir al Defensor contra la Discriminación el acceso libre al lugar de trabajo o a otros locales donde se desarrolle la actividad, para que pueda efectuar las inspecciones que resulten pertinentes para la vigilancia.
- d) Sumarse a las deliberaciones del Defensor contra la Discriminación.

B) Sanciones

Aquél que no se atenga a una petición formulada por el Defensor contra la Discriminación, será objeto de una pena de sanción. Las resoluciones sobre órdenes de sanción podrán ser recurridas ante el Comité contra la Discriminación.

C) Prohibición de recurso de apelación

Las resoluciones del Defensor contra la Discriminación no pueden ser recurridas, a excepción de aquellas resoluciones que dicte sobre órdenes de sanción conforme a lo dispuesto en el artículo 4.

2.- El Comité contra la Discriminación

Es el órgano encargado de examinar los requerimientos de órdenes de sanción impuestos por el Defensor contra la Discriminación así como los recursos de apelación de resoluciones sobre órdenes de sanción, siguiendo un procedimiento que se examina en el epígrafe siguiente.

3.- El Comité de apelación para la Educación Universitaria

Conocerá de los recursos contra las resoluciones adoptadas por una Universidad o una Escuela Universitaria, en relación con las actividades de formación y conforme a lo dispuesto en la Ley de Educación Universitaria (1992:1434), siempre que la resolución infrinja la prohibición de discriminación en relación con:

- a) acceso a la formación,
- b) acreditación de estudios realizados,
- c) prórroga de estudios o reanudación de estudios tras haber interrumpido la formación,
- d) cambios de tutor o de director de tesis,
- e) supresión del director de tesis y de otros recursos en la formación a nivel de doctorado e investigación,
- f) subvenciones de estudios para doctorandos, o
- g) medidas de intervención contra un estudiante;

Las resoluciones dictadas por el Comité de Apelación para la Educación Universitaria en virtud de lo dispuesto en la presente Ley no pueden ser recurridas.

IX.- Procedimientos de protección y tutela

1. Procedimientos administrativos

Con carácter previo a la vía judicial, la Ley prevé las siguientes normas procedimentales de naturaleza administrativa:

1.1 Tramitación de “requerimientos de órdenes de sanción” por parte del Comité contra la Discriminación

La parte a la que se dirige un “requerimiento de orden de sanción” a instancia del Defensor contra la discriminación por incumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la Ley, será conminada a pronunciarse sobre dicho requerimiento en un plazo determinado y a entregar la información sobre las circunstancias relativas a su actividad que el Comité contra la Discriminación necesite para examinar el requerimiento. Si el requerimiento ha ido presentado por una organización de trabajadores, se dará al Defensor contra la Discriminación la oportunidad de pronunciarse al respecto.

El Comité contra la Discriminación se encargará de que los asuntos se sometan a una investigación suficiente. Los asuntos remitidos al Comité se resuelven tras una vista oral, excepto en los casos en que Comité considere que no es necesario celebrar dicha vista. A ese fin se citará tanto al requirente como al requerido y, si se estimara necesario, a terceras personas. El Comité puede obligar a la parte requerida o a su representante legal a comparecer personalmente en la vista oral, bajo pena de sanción.

Ni la falta de respuesta o colaboración, ni la incomparecencia de la parte requerida a la vista oral impedirá la resolución del Comité. Por el contrario, si el Defensor contra la Discriminación o la organización de trabajadores que ha presentado el requerimiento de orden de sanción no comparecen en una vista oral se entenderá que desisten poniéndose fin al procedimiento.

1.2 Prohibición de recurso de apelación

Las resoluciones dictadas por el Comité contra la Discriminación en virtud de lo dispuesto en la presente Ley no pueden ser recurridas.

1.3 Imposición de sanciones

El Defensor contra la Discriminación será el encargado de llevar ante un tribunal de primera instancia, en su caso, las demandas sobre imposición de sanciones que se hayan presentado en virtud de lo dispuesto en la presente Ley. En una causa por imposición de sanción, el tribunal de primera instancia puede juzgar también la conveniencia de la sanción.

2. Procedimientos judiciales

El Capítulo sexto de la Ley se refiere a los procedimientos de protección en vía jurisdiccional. En este sentido, y según el tipo de discriminación de que se trate, se aplicará lo dispuesto en la Ley (1974:371) de Enjuiciamiento Laboral o se tramitará conforme a las disposiciones del Código de Enjuiciamiento para Procesos Civiles. Al respecto destacan las siguientes normas:

Tanto el Defensor contra la Discriminación como una asociación sin ánimo de lucro que según sus estatutos tenga que hacerse cargo de los intereses de sus miembros (siempre que no sea una organización de trabajadores) pueden actuar legalmente en nombre de un particular si éste otorga su consentimiento para ello. Cuando el Defensor contra la Discriminación o la asociación ejerzan tal acción legal, podrán presentar asimismo otras demandas a favor de la misma persona si ésta da su consentimiento.

Si la persona que considera haber sido discriminada u objeto de represalias aporta indicios bastantes para suponer que ha sido objeto de discriminación, será la parte demandada quien tenga que demostrar que la discriminación o las represalias no han tenido lugar.

X.- Indemnizaciones y nulidad de cláusulas contractuales

El Capítulo quinto de la Ley se dedica a fijar un conjunto de indemnizaciones que tendrán que pagar aquellas personas que infrinjan la prohibición de discriminación o adopten represalias, o que incumpla sus obligaciones de investigar y adoptar medidas

contra los acosos sexuales o de otro tipo conforme a lo dispuesto en la Ley. Para determinar la cuantía de la indemnización se tomará en consideración de manera especial el propósito de prevenir tales infracciones en el futuro.

Asímismo se regula la eventual anulación o modificación de toda cláusula que figure en un contrato individual o en un convenio colectivo y que contenga cualquier forma de discriminación prohibida conforme a lo dispuesto en la presente Ley. Si la cláusula tiene tal importancia en el contrato que no fuera razonable exigir que dicho contrato pueda seguir siendo aplicable sin modificar su contenido, el contrato deberá modificarse también en otros aspectos o ser declarado nulo en su totalidad.

Si alguien es discriminado por medio de la rescisión de un contrato o por medio de otra acción legal semejante, dicha acción legal será declarada nula a solicitud de la persona discriminada.

PARTE II: ANÁLISIS COMPARADO.

I.- INTRODUCCIÓN GENERAL.....	15
PARTE I: LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN A LAS LEYES NACIONALES.....	17
Un estudio de ocho países comunitarios.....	17
I.- INTRODUCCIÓN	19
ALEMANIA	27
Ley de 14 de agosto de 2006, por la que se aplican las Directivas europeas para el establecimiento del principio de igualdad de trato	27
I.- Introducción.....	27
II.- Estructura de la Ley.....	27
III.- Motivos de discriminación.....	28
IV.- Definiciones.....	28
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	29
1.- EMPLEO PRIVADO	30
2.- EMPLEO PÚBLICO	34
3.- ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL.....	35
VI.- Medidas de acción positiva.....	37
VII.- Organismo de igualdad	38
1.- Organización:.....	38
Composición y Estatuto de sus Miembros	38
2.- Autonomía	39
3.- Competencia(s).....	39
4.- Consejo Consultivo	41
5.- Encaje de la Oficina con el procedimiento judicial	42
6.- Presupuesto.....	43
VIII.- Otros aspectos de interés	43
BÉLGICA	45
Ley de 10 de mayo de 2007, contra ciertas formas de discriminación (bs 30 v 07).	45
I. Introducción	45
II. Estructura de la Ley	45
III.- Motivos de discriminación.....	46
IV. Definiciones	47
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	50
1.- APLICACIÓN GENERAL	50
2.- EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA	51
V.- Excepciones o causas justificativas de las distinciones	52
VI.- Medidas de acción positiva.....	55
VII.- Organismo de igualdad	55
1.- Competencia(s).....	56
VIII.- Procedimientos de protección.....	57
IX.- Ámbito penal.....	60
BULGARIA.....	63
Ley de protección contra la discriminación de 30 de septiembre de 2003. Modificada por Ley de 22 de agosto de 2006.....	63
I.- Introducción.....	63
II.- Estructura de la Ley.....	64
III.- Motivos de discriminación.....	66

IV.- Definiciones.....	67
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	70
1.- PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO.....	70
2.- PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y A LA FORMACIÓN.....	74
3.- PROTECCIÓN DE OTROS DERECHOS.....	75
4.- EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA LEY.....	76
VI.- Medidas de acción positiva.....	79
VII.- Organismo de igualdad.....	80
1.- Organización.....	80
Composición y Estatuto de sus Miembros.....	80
2.- Autonomía.....	81
3.- Competencia(s).....	81
4.- Informe de actividad de la Comisión.....	89
5.- Encaje del organismo con el procedimiento judicial.....	89
6.- Presupuesto.....	91
VIII.- Otros aspectos de interés.....	91
FRANCIA.....	93
Ley nº 2006-396, de 31 de marzo de 2006, de Igualdad de Oportunidades y Ley nº 2004-1486, de 30 de diciembre de 2004, por la que se establece la Alta Autoridad para la lucha contra la Discriminación y en favor de la Igualdad.....	93
I.- Introducción.....	93
II.- Estructura de la Ley.....	94
III.- Motivos de discriminación.....	95
IV.- Definiciones.....	95
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	96
1.- EMPLEO JUVENIL.....	96
2.- PERIFERIA URBANA, MARGINACIÓN Y DESEMPLEO.....	98
3.- COHESIÓN SOCIAL Y MEDIOS AUDIVISIOSALES.....	99
VI.- Medidas de acción positiva.....	99
VII.- Organismo de igualdad.....	101
1.- Competencias.....	101
2.- Informe anual.....	103
3.- Organización.....	103
4.- Presupuesto.....	104
VIII.- Procedimientos de protección y tutela.....	105
ITALIA.....	111
Decreto Legislativo nº 215, de 9 de julio de 2003 y Decreto Legislativo nº 216, de 9 de julio de 2003.....	111
Decreto legislativo nº 215, de 9 de julio de 2003, para la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente de raza y origen étnico.....	111
I.- Introducción.....	111
II.- Estructura de la Ley.....	111
III.- Motivos de discriminación.....	112
IV.- Definiciones.....	112
V.- Ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación.....	113
VI.- Excepciones o causas justificativas de las distinciones.....	114
VII.- Medidas de acción positiva.....	114

VIII.- Organismo de igualdad	115
1.- Competencias	115
IX.- Procedimientos de protección.....	117
Decreto legislativo nº 216, de 9 de julio de 2003, para la aplicación de la Directiva sobre no discriminación en el empleo.....	118
I.- Introducción.....	118
II.- Estructura de la ley	119
III.- Motivos de discriminación.....	119
IV.- Definiciones.....	119
V.- Ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación.....	120
VI.- Organismo de igualdad.....	121
VII.- Procedimientos de protección.....	121
PAÍSES BAJOS	123
La Ley, de 2 de marzo de 2004, de igualdad de trato (modificada el 9 de septiembre de 2004).....	124
I.- Estructura de la Ley	124
II.- Motivos de discriminación	124
III.- Definiciones	125
IV.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	125
1.- EMPLEO Y PROFESIONES	125
2.- ÁMBITO SOCIO-ECONÓMICO.....	127
3.- EXCLUSIONES GENERALES O CAUSAS JUSTIFICATIVAS PARA LA DIFERENCIA DE TRATO.....	129
V.- Medidas de acción positiva	130
VI.- Instrumentos de protección frente a la discriminación	130
VII.- Organismo de igualdad	131
1.- Organización	132
Composición y Estatuto de sus Miembros	132
2.- Autonomía	133
3.- Competencia	133
4.- Encaje de la CGB con el procedimiento judicial.....	137
5.- Presupuesto.....	138
La Ley, de mayo de 2002, de igualdad de trato en el empleo por razón de edad.....	138
I.- Introducción.....	138
II.- Estructura de la Ley	139
III.- Motivos de discriminación.....	139
IV.- Definiciones.....	139
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	139
1.- EMPLEO	139
2.- EXCEPCIONES O CAUSAS JUSTIFICATIVAS DE LA DIFERENCIA DE TRATO.....	140
V.- Medidas de acción positiva	142
VI.- Organismo de igualdad.....	142
VII. Protección y tutela legal	143
La Ley, de 3 de abril de 2003, de igualdad de trato para los discapacitados y los enfermos crónicos.	144
I.- Estructura de la Ley	144
II.- Motivos de discriminación	145

III.- Definiciones	145
IV.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación.....	145
1.- EMPLEO	145
2.- FORMACIÓN PROFESIONAL	146
3.- TRANSPORTE	146
4.- EXCEPCIONES O JUSTIFICACIONES A LA DIFERENCIA DE TRATO	147
V.- Medidas de acción positiva	148
VI.- Organismo de igualdad.....	148
VII.- Protección y tutela legal	149
REINO UNIDO	151
Ley de igualdad de 2006 (c. 3).	151
I.- Introducción.....	151
II.- Estructura de la Ley.....	153
III.- Motivos de discriminación.....	155
IV.- Definiciones.....	156
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación en relación con los motivos abordados.....	159
1.- RELIGIÓN Y CREENCIAS	160
2.- ORIENTACIÓN SEXUAL	166
3.- DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO PÚBLICO	167
4.- OTROS MOTIVOS: DISCAPACIDAD Y RAZA	168
VI.- Medidas de acción positiva.....	168
VII.- Organismo de igualdad	169
1.- Organización:.....	169
Composición y Estatuto de sus Miembros	169
2.- Autonomía	171
3.- Competencia(s).....	172
4.- Informe anual	182
5.- Solución de controversias a través de servicios de conciliación	183
6.- Encaje de la CEHR con el procedimiento judicial	183
7.- Presupuesto.....	185
SUECIA.....	187
Ley de Discriminación (2008:567).....	187
I.- Introducción.....	187
II.- Estructura de la Ley.....	188
III.- Motivos de discriminación.....	188
IV.- Definiciones.....	188
V.- Ámbitos de aplicación de la prohibición de discriminación	190
1.- ÁMBITO LABORAL	190
2.- ÁMBITO EDUCATIVO	193
3.- INICIO Y DESARROLLO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS, Y LICENCIAS PROFESIONALES.....	193
4.- AFILIACIÓN A DETERMINADAS ORGANIZACIONES	193
5.- MERCANCÍAS, SERVICIOS, VIVIENDAS, ETC.....	194
6.- ASISTENCIA MÉDICA Y SANITARIA, SERVICIOS SOCIALES, Y OTROS BENEFICIOS	194

7.- SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, SEGURO DE DESEMPLEO Y AYUDAS DE ESTUDIOS	194
8.- SERVICIO MILITAR Y SERVICIO CIVIL DE DEFENSA.....	195
VI.- Medidas de acción positiva.....	195
VII.- Medidas activas.....	196
VIII.- Organismo de igualdad	198
1.- El Defensor contra la Discriminación.....	199
2.- El Comité contra la Discriminación	200
3.- El Comité de apelación para la Educación Universitaria.....	200
IX.- Procedimientos de protección y tutela	200
1. Procedimientos administrativos.....	200
2. Procedimientos judiciales.....	202
X.- Indemnizaciones y nulidad de cláusulas contractuales	202
PARTE II: ANÁLISIS COMPARADO.	205
I.- Introducción.....	212
II.- Los factores, criterios o rasgos de discriminación.....	216
a) Origen racial o étnico.....	218
b) Religión o creencia.....	222
c) Discapacidad.....	222
d) Orientación sexual.....	223
e) Edad.....	223
f) Género.....	223
g) Otros rasgos	224
III.- Definiciones de la discriminación	226
IV.- Ámbitos de aplicación personal y material de las legislaciones antidiscriminatorias.....	234
A) Ámbito personal	234
B) Ámbito material.....	236
C) Excepciones al principio de igualdad de trato	237
V.- Garantías	242
A) Procedimientos judiciales y administrativos.	242
B) Legitimación procesal de asociaciones.....	243
C) Carga de la prueba.....	244
D) Protección frente a represalias.....	244
E) Sanciones	245
VI.- Garantías institucionales: los organismos de igualdad ^{45F}	249
A) Introducción. Situación general de los organismos de igualdad en Europa y requerimientos normativos sobre su organización y funcionamiento.	249
B) La función de asistencia a las víctimas.	258
C) Las funciones de conducir investigaciones independientes sobre la discriminación y de emitir recomendaciones e informes.	266
D) Otras competencias	267

I.- Introducción

El presente texto se basa, en gran medida, en la literatura especializada reciente más autorizada⁶ y, sobre todo, en el análisis del marco normativo y el rendimiento en la práctica del Derecho antidiscriminatorio de los países de referencia que se relacionan en la primera parte del estudio y en las directrices que sobre la materia proceden del Derecho de la Unión Europea. 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 2.000 (la de igualdad racial y la de igualdad en el empleo).

El Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea engloba un cuerpo de normas y de prácticas muy avanzado en materia de igualdad y prohibición de discriminación. En el considerando octavo de la Decisión que establece 2.007 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 antes 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,

⁶ Destacan dos estudios. El de Mark Bell, Isabelle Chopin y Fiona Palmer para la Red Europea de Expertos Independientes en el campo de la no-discriminación, titulado *“Developing Anti-Discrimination Law in Europe”*, publicado por la Dirección General para el Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea en julio de 2.007, y el texto de Rikki Holtmaat, miembro de la Red citada, publicado en los mismos términos que el trabajo anterior en marzo de 2.006 bajo el título: *“Catalyst for Change? Equality bodies, according to Directive 2000/43/EC –existence, independence and effectiveness”*. Esta cita general nos exime de las referencias puntuales.

exigencias de diálogo con el tercer sector y los agentes sociales⁷ y, sobre todo, la obligación de designar organismos de promoción de la igualdad. Este esquema se viene repitiendo una y otra vez desde el año 2.000. Por el momento, la última ocasión en que se ha hecho así es 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 este mismo año.

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 Amsterdam⁸, 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 1957⁹. Tan limitada base legal no impidió que la Comisión Europea impulsara desde principios de los años 70 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 el ordenamiento español del Derecho comunitario en esta materia ha

⁷ 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 2.004), *"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"*.

⁸ Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997.

⁹ TCE, firmado en Roma en marzo de 1957.

sido la Directiva 76/207/CEE¹⁰ 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 modificada¹¹ el 23 de septiembre de 2.002 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 la mayoría de Directivas sobre igualdad entre mujeres y hombres por la Directiva 2.006/54. La Ley orgánica 3/2.007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres es la norma que transpone en nuestro ordenamiento los principios y reglas provenientes del derecho europeo.

Respecto de la discriminación racial, el 29 de junio de 2000 se aprobó, con fundamento en el art. 13 del Tratado CE¹², sin que pueda olvidarse tampoco el posterior art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹³, 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 1999¹⁴, marca un antes y un después en la política

¹⁰ DOCE, serie L 39 de 14.02.1976.

¹¹ COM (2000) 334 Final.

¹² “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”.

¹³ 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...”.

¹⁴ 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

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 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 racial¹⁵. Precisamente, la propuesta de Directiva de 2.008 intenta extender la tutela antidiscriminatoria de la Directiva de igualdad laboral a las mismas cotas de la Directiva de igualdad racial.

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).

¹⁵ 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.

Lo cierto es, sin embargo, como reconoce el Informe del Comité de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2.008, que 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 protección¹⁶.

Pues bien, en este texto, a la luz de los datos más relevantes del Derecho europeo y comparado, se irán formulando propuestas o recomendaciones a tener en cuenta por la nueva regulación española.

II.- Los factores, criterios o rasgos de discriminación

Las dos Directivas del año 2.000 mencionadas exigen a los Estados miembros que prohíban la discriminación basada en el origen racial o étnico, la religión o creencia, la discapacidad, la edad y la orientación sexual. La Directiva 2.006/54, como ha sido dicho, se refiere al género. La propuesta de Directiva del Consejo de 2 de julio de 2.008 alude a la religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Y la Ley 62/2.003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que transpone al ordenamiento español la Directiva 2.000/43, define, 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”. La Ley Orgánica 3/2.007 orbita, como es fama, sobre el factor del género. De modo que, tanto

¹⁶ *Ibidem*, párrafo H.34.

las disposiciones europeas como las nacionales que hasta el momento han incorporado aquéllas, han venido configurando en España un Derecho Antidiscriminatorio de seis rasgos: género, origen racial o étnico, religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual. Una primera constatación se impone: estos seis factores deben ser necesariamente abarcados por la nueva regulación.

Otra cosa es que cada país haya ido dispensando un trato fragmentario y asimétrico a cada uno de estos factores. En España, el derecho de la igualdad de género, de discapacidad y de orientación (e identidad) sexual han ido alcanzando un desarrollo más que notable, 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 nueva Ley ha de 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. La nueva Ley debe ofrecer ese modelo, ese marco general desde el que comprender todo el Derecho antidiscriminatorio español.

La mayoría de los Estados europeos han incluido los seis rasgos mencionados, junto con otros rasgos, en listas más o menos abiertas. Ésta es una de las primeras decisiones fundamentales de la nueva Ley: ¿qué rasgos o factores incluirá? Como se ha visto, como mínimo los seis de referencia del ordenamiento europeo, pero ¿qué otros más y cuáles? La inclusión de unos u otros factores es un asunto capital porque se trata de una decisión sobre el ámbito de aplicación subjetivo de la tutela legal. Ligado a este problema, se halla la cuestión de si la lista debe ser abierta (como lo es nuestro artículo 14 CE) o cerrada. A favor de una lista amplia está el argumento, nada desdeñable, de otorgar la mayor protección posible

al mayor número de colectivos en desventaja posible. En contra, se puede alegar, no obstante, que se corre el peligro al aumentar la extensión de los grupos de perder intensidad en la tutela jurídica, así como de colapsar los nuevos mecanismos de protección (destacadamente, el organismo de igualdad), por no olvidar la objeción de que el Derecho de la Unión que se viene a transponer se refiere sólo a esos seis rasgos, de modo que cualquier ampliación obligará a establecer regímenes jurídicos parcialmente diferenciados en relación con los distintos rasgos (con la peligrosa jerarquización derivada subyacente). Por otro lado, algunos rasgos, como la nacionalidad, presentan problemas específicos. En Bélgica se excluye la lengua del sistema general. Yo soy partidario de configurar una lista abierta, pero, sobre todo, abierta, para que la nueva regulación tenga capacidad de adaptarse a la realidad cambiante (porque las manifestaciones sociales de las diversas clases de discriminaciones mutan a gran velocidad)

Veamos, en primer lugar, cómo han recogido los diferentes Estados los seis rasgos de discriminación que podríamos denominar “indiscutibles” y, más tarde, qué otros rasgos podrían considerarse.

a) Origen racial o étnico

Este factor presenta el problema específico del discutido y discutible uso de la palabra “raza” y su distinción con origen étnico.

El párrafo sexto del preámbulo de la Directiva de igualdad racial declara: “La Unión Europea rechaza las teorías que sostienen la existencia de razas humanas separadas. El uso del término “origen racial” en esta Directiva no implica la aceptación de tales teorías”. Algunos Estados han considerado que la inclusión de la palabra “raza” o de la expresión “origen racial” en la legislación antidiscriminatoria refuerza la percepción de que los seres humanos pueden ser distinguidos de acuerdo a la “raza”, a pesar de que no

existe justificación científica de esa categorización, y, por eso, han prescindido de tal palabra. La Ley finlandesa se refiere sólo al “origen étnico o nacional” y la sueca a la “pertenencia étnica”.

Así pues, ¿qué debiera hacer la nueva Ley española? La cuestión no es baladí porque el lenguaje no es neutro y, a menudo, contribuye a reforzar, o, por el contrario, a debilitar, los estereotipos discriminatorios. Ciertamente, el concepto “raza” es de estirpe biológica y con él se alude a “caracteres constantes y transmisibles, genéticamente determinados, que permiten diferenciar a unos individuos de otros dentro de una especie animal”¹⁷, y, desde el punto de vista estrictamente científico, hay acuerdo general en que “en el género humano no existen razas en términos estrictamente biológicos”¹⁸. Además, la subdivisión en razas “no expresa más que una parte muy escasa de la diversidad genética propia de la especie humana”¹⁹. Puede plantearse, incluso, la sospecha de si la utilización de la expresión “raza” en algunos textos jurídicos no estará evocando, en ciertos casos, algo tan elemental como el color de la piel²⁰. En ese supuesto, que no es inverosímil, el estatuto científico del concepto “raza” alcanzaría su cota ínfima. Así que, en primer lugar y en cualquier caso, la noción de “raza” carece de contenido científico fiable.

Por otro lado, se corre el peligro, históricamente contrastado, de derivar de la (como se ha visto, incorrecta) científicidad del concepto “raza” cualquier tipo de ideología “racista”, esto es, la convicción de que una raza determinada es biológicamente superior a

¹⁷ Luca y Francesco Cavalli-Sforza: Quiénes somos. Historia de la diversidad humana, Crítica, Barcelona, 1.994, p. 247.

¹⁸ M^a Dolores Machado Ruíz: La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 del Código Penal, Tirant, Valencia, 2.002, p. 210.

¹⁹ Luca y Francesco Cavalli-Sforza: “Quiénes somos...”, ob.cit., p. 247.

²⁰ De hecho, el Diccionario de la Lengua de la R.A.E. define como una de las acepciones de la palabra “razas” la de “*grupos de seres humanos que por el color de su piel y otros caracteres se distinguen en raza blanca, amarilla, cobriza y negra*”.

las demás. A este hecho aludía el párrafo sexto de la exposición de motivos de la Directiva 2.000/43, antes citada. En otras palabras, cuando se emplea la palabra “raza” parece estar invocándose la presencia odiosa del “racismo”. “Raza” es, en gran medida, una palabra contaminada porque forma parte del lenguaje acuñado por los distintos racismos, de modo eminente por el nacionalsocialismo alemán, que además intentó justificarlo de modo “científico”. Y es que, en realidad, como ha demostrado la derivación “racista” del pseudo-lenguaje científico “raza”, lo determinante no es el (presunto) hecho biológico en sí, la existencia de razas, sino la construcción de una ideología discriminatoria a partir de tal hecho.

Por todo ello suele argumentarse en la literatura que hubiera sido mucho más precisa la utilización en el texto constitucional del término “etnia” o “grupo u origen étnico”, en el sentido de grupo con cierta identidad cultural propia, que el de “raza”, pues permitiría subrayar el carácter ideológico-político, más que “científico”, de las discriminaciones racistas. Existiría un paralelismo entre las expresiones “sexo” y “género” en el ámbito de la lucha contra la discriminación de las mujeres, y el de “raza” y “grupo étnico” respecto de la discriminación racial²¹.

¿Puede ser el momento, por tanto, de suprimir la expresión “raza” u “origen racial” de la nueva normativa antidiscriminatoria, al modo sueco o finés? Pudiera ser y quizá tuviera sentido. Es una decisión política. Personalmente creo, a pesar de los problemas que rodean a la palabra “raza”, que su uso es preferible. En primer lugar, por un dato de derecho positivo: tanto la Constitución española (art. 14) como la Directiva de igualdad racial y su transposición nacional aluden a la “raza” o al “origen racial”. En un sentido semejante, la

²¹ V. Stolcke, “¿Es el sexo para el género como la raza para la etnicidad?”, Mientras Tanto, nº 48, pp. 87-133: “Las diferencias de sexo y raza son construidas ideológicamente como hechos biológicos significativos en la sociedad de clases, naturalizando y reproduciendo las desigualdades”.

Recomendación n° 7 de política general de la ECRI utiliza las expresiones “racismo” y “discriminación racial”, a las que llega a definir. Pero también porque la alusión a discriminaciones étnicas es demasiado general y poco expresiva para caracterizar los ataques a la dignidad de aquellos miembros de grupos o minorías que no sólo tienen una identidad cultural propia, distinta a la mayoritaria y con la que puede entrar en conflicto en ciertos casos, sino también ciertos rasgos morfológicos o físicos diferenciales que, aunque no permiten sostener científicamente que se trate de una raza autónoma, sí posibilitan agresiones específicamente racistas, dada su alta y permanente visibilidad. En otras palabras, mientras haya “racismo” en la sociedad será difícil prescindir de la expresión “raza” para describir, precisamente, las agresiones más incisivas de discriminación étnica. Y, por tanto, quizás pueda afirmarse no tanto que discriminación “racial” y “étnica” son la misma cosa, siendo más preciso el segundo término que el primero, sino más bien que, en cierta medida, la relación es de género (discriminaciones étnicas) a especie (discriminaciones raciales). En cualquier caso, si se acogiera la expresión “origen racial” o “raza”, quizás fuera interesante explicar en la exposición de motivos de la Ley que ello no supone validar cualquier tipo de teoría racial, del mismo modo en que se hace en la Directiva de igualdad racial y en la Recomendación n° 7 de la ECRI²².

El Informe de Bell y otros²³ advierte de las dificultades que está presentando en la implementación de la Directiva la no creación del organismo de igualdad en algunos países, entre ellos España (y también Chequia, Luxemburgo y Polonia), la segregación educativa de los niños gitanos en Estados como Chequia, Chipre, Dinamarca,

²² Donde se dice (en la nota a pie de página primera) que “dado que todos los seres humanos pertenecen a la misma raza, la ECRI rechaza las teorías basadas en la existencia de `razas´ diferentes. No obstante, en la presente Recomendación la ECRI utiliza este término para garantizar que la legislación protege a las personas que normalmente, y por error, se consideran pertenecientes a “otra raza”.

²³ Ob.cit., p. 17.

Finlandia, Grecia, Hungría, Polonia y Eslovaquia, o la carencia de datos en muchos países de la situación socio-económica de las personas vulnerables a la discriminación racial, lo que dificulta la identificación de las desventajas y la extensión de los progresos realizados para reducir las desigualdades.

b) Religión o creencia

Ningún Estado define estos conceptos, salvo Suecia, aunque algunos Estados, en la documentación explicativa de la legislación, sí llegan a definir “religión” (por ejemplo, en Austria, como un cuerpo de creencias confesionales, con reglas sobre el estado de vida y cierto tipo de culto). La mayoría de las controversias sobre este rasgo en relación con la transposición de la Directiva de igualdad laboral giran sobre las excepciones de tal disposición en el caso de las religiones organizadas (por ejemplo, respecto de las escuelas religiosas), así como sobre el código de vestuario (en países como Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Holanda, Suecia o Reino Unido).

c) Discapacidad

El Tribunal de Justicia ha distinguido “discapacidad” de “enfermedad” y ha definido a la primera, en la Sentencia “Chacón Navas v. Eurest Colectividades S.A.”, de 11 de julio de 2006, como “una limitación que resulta de cualquier impedimento físico, mental o psicológico y que dificulta la participación de la persona en su vida profesional, siempre que resulte probable que fuera a durar un tiempo largo”.

Una de las novedades más significativas de la Directiva de igualdad laboral es el deber empresarial de proveer una acomodación razonable en el trabajo para las personas con discapacidad. Sin embargo, algunos Estados (como Polonia) no han incorporado este concepto en su derecho y en otros el concepto permanece ambiguo, así como las consecuencias de su incumplimiento. La Ley española debe realizar un esfuerzo de precisión en este sentido.

d) Orientación sexual

La legislación británica se refiere a la orientación hacia personas del mismo sexo (homosexuales) y/o del mismo sexo y el opuesto (bisexuales). La Ley alemana adopta el término “identidad sexual”, que se refiere a las personas transexuales. La Ley española debería aludir a la orientación sexual y también a la identidad sexual porque la primera no engloba necesariamente a la segunda.

Los problemas más importantes de este rasgo en su aplicación práctica tienen que ver con sus excepciones en relación con empleadores de corte religioso y con el clima abiertamente hostil hacia la igualdad de los homosexuales en países como Polonia.

e) Edad

Se trata de una característica objetiva. La Directiva de igualdad laboral, como veremos, permite importantes excepciones tanto de discriminaciones directas como indirectas por este motivo y los Estados se han acogido a ellas, de modo que se produce cierta incertidumbre sobre el tratamiento de este tipo de factor. Un ámbito problemático es el de la jubilación forzosa.

f) Género

Algunas legislaciones no lo contemplan y en otras, donde ya existía una tutela antidiscriminatoria previa y bien desarrollada, se procede ahora a unificarla con el resto de motivos (por ejemplo, Suecia, donde la Ley de igualdad de género era de 1.991 y ahora se unifica en la Ley general de discriminación de 2.008) Los países comparables al nuestro la añaden como un factor más al resto.

Así pues, la Ley española debiera acoger la lista de seis rasgos que nos ordena el Derecho europeo. A esto habría que añadir, creo, algunos rasgos más. Ya he hablado de la identidad sexual. El Tribunal Constitucional español ha sostenido hace poco (STC 62/2.008, de 26 de mayo) que la enfermedad pudiera 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.

g) Otros rasgos

En el art. 14 CE se mencionan otros rasgos que no han aparecido hasta el momento: el nacimiento y la opinión (que es algo distinto de la creencia). También el origen nacional ha sido ya acogido como factor prohibido de discriminación en el art. 23 de la L.O. 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Obviamente, se puede tratar de modo distinto y peor 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 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 firma 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".

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 Fundamentales²⁴, 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 dado que es probable que en el futuro llegue a ser una disposición con eficacia jurídica vinculante (y no sólo con eficacia interpretativa como hasta ahora), creo que sería conveniente que se tuviera 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, por cierto, uniendo origen étnico a origen social y no a raza, lo que también es incorrecto desde el punto de vista técnico), añadiendo el origen social, la pertenencia a una minoría nacional, la lengua, el patrimonio y el nacimiento. En el ordenamiento español las referencias a las minorías nacionales y a la lengua podrían ser altamente problemáticas en la práctica (y además, 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), pero no creo que sea posible sortearlas

²⁴ El Informe sobre el progreso realizado en materia de igualdad de oportunidades y no-discriminación en la Unión Europea del Parlamento Europeo (de 17 de abril de 2.008) 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.

ignorando lo dispuesto por el art. 21 de la Carta. 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, o a la apariencia física, por ejemplo, por lo que esta lista debe ser considerada como una lista de mínimos y no de máximos.

La Ley española, me parece, debiera albergar una lista amplia y además abierta, 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.

III.- Definiciones de la discriminación

Todas las legislaciones (incluida la francesa, que lo ha hecho recientemente a través de la Ley 2008-496, de 27 de mayo) 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 nuestro ordenamiento, por ejemplo, en la primera Ley de transposición (la 62/2.003) o en la Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (L.O. 3/2.007).

No obstante, dada la vocación de generalidad de esta Ley en cuanto a la igualdad de trato, debiera procederse a catalogar de nuevo todas las definiciones, añadiendo, eso sí, algunas más recientes y mejorando la factura técnica de otras. Creo que debemos aspirar a redactar un capítulo de definiciones completo y conceptualmente preciso y hacerlo en forma de disposiciones jurídicas (del tipo: “se prohíbe..”) y no simplemente como un vademécum conceptual.

El esquema que propongo sería el siguiente. El derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de género, raza, etc. comprendería la igualdad de trato, con dos reglas a su vez, la prohibición de discriminaciones directas y la prohibición de

discriminaciones indirectas, y la igualdad de oportunidades o mandato o principio de acciones positivas.

Habría, pues, que encabezar ese título de definiciones con la cláusula general del derecho fundamental a no sufrir discriminación y su contenido de la igualdad de trato y de oportunidades. A continuación, debería recogerse la idea de que también están prohibidas las discriminaciones “supuestas”, “presuntas” o “erróneas”²⁵ (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” (que el Tribunal Constitucional español confunde una y otra vez, sin ningún motivo, con las indirectas: un ejemplo, la negativa a alquilar una vivienda a un gitano que se intenta justificar en que ya ha sido previamente alquilada –sin ser verdad- es una discriminación oculta, pero directa, no indirecta) 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 un discapacitado, 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 el 17 de julio de 2.008, 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 discapacitada²⁶. En muchos Estados (entre otros, por el momento, España, pero también

²⁵ Creo que podría traducirse de esas tres maneras la palabra inglesa “*assumed*”. Habría que elegir una. Yo descartaría 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, miro con reserva la palabra “*supuesta*”. Prefiero la expresión “*discriminación errónea*”.

²⁶ 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.

Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Italia, Letonia, Malta, Polonia o Eslovenia) 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 2.005 extiende su protección a las personas que cuidan a las personas discapacitadas. Pero, hasta donde sé, ninguna legislación contempla, por el momento, todas las nuevas categorías señaladas al mismo tiempo.

La igualdad de trato conlleva, pues, además de las formas mencionadas, la prohibición de las discriminaciones directas, las indirectas, el acoso y las instrucciones para discriminar. La gran mayoría de Estados sí recogen estas cuatro últimas formas, de modo similar, si no idéntico, a cómo se recogen en la normativa comunitaria. En puridad, el acoso y las instrucciones para discriminar son dos manifestaciones concretas de las discriminaciones directas (esto debería tenerse en cuenta para no amontonar los conceptos, como hacen la mayoría de legislaciones, sino para proceder a una relación sistemáticamente precisa de las definiciones).

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 62/2.003, pero se ha incorporado de modo incompleto (y, por tanto, incorrecto) respecto del art. 2.2.a) de la Directiva 43/2.000, 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.

La legislación belga distingue entre “discriminación directa” (y también “indirecta”) y “distinción directa” (y también “indirecta”): las discriminaciones directas (o indirectas) serían sólo las distinciones directas (o indirectas) por raza/etnia, género, etc. que no puedan justificarse. Yo creo que es una diferenciación innecesaria en la medida en que la idea de “distinción directa o indirecta” no aporta nada, es jurídicamente insignificante (pues todo el mundo sabe que no toda diferenciación es discriminatoria, sino sólo la que no esté justificada, ya que igualdad no es identidad –lo cual, me parece, es el error conceptual subyacente en esa diferenciación).

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 que también debemos retener 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 (art. 12).

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 2.005, 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”.

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 62/2.003²⁷. 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 de la minoría respecto de los de la mayoría. A este fin, para valorar el impacto desigual, es preciso utilizar datos estadísticos. También a diferencia de las discriminaciones directas, las indirectas permiten más excepciones, ya desde su definición.

A mi juicio, 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

²⁷ “Discriminación indirecta: cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”.

empleo o en la formación, a menos que tales medidas impusieran una carga desproporcionada al empleador. Tratar de modo idéntico a discapacitados y no discapacitados (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 creo que debería recogerse en la Ley este deber 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.

Otra forma de discriminación que puede ser directa o indirecta pero que, en todo caso, supone una violación de la igualdad de trato y debiera, por tanto, ser recogida en la Ley española, es la discriminación múltiple. El concepto de discriminación múltiple dista de ser claro²⁸, 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.

Con esto acabaría la parte del capítulo dedicado a la igualdad de trato. Faltaría la relativa a la igualdad de oportunidades, esto es,

²⁸ Permítaseme la remisión al trabajo titulado: “La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo”, a publicar en el próximo número de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, sept.-diciembre 2.008.

al mandato a los poderes públicos de que promuevan acciones positivas o tratos jurídicos diferentes y favorables a las minorías en situación de desventaja fáctica. Definitivamente, creo que habría que desterrar 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 62/2.003²⁹) 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 excepción³⁰. Por eso, la redacción más precisa del artículo en la Ley española debiera ser algo así: “Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión, etc., los Estados deberán mantener o adoptar medidas específicas a favor de determinados colectivos

²⁹ Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la presente sección.

³⁰ Por la misma razón, me 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!

destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley”.

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 quería, con ese pretexto, abrirle la puerta inadvertidamente); me refiero al concepto de “discriminaciones positivas³¹”. Ninguna legislación (tampoco la de la Unión) se refiere a ella. ¿Por qué no hacerlo nosotros? Una discriminación positiva es (en mi opinión, porque el concepto también se discute) un trato jurídico diferente y favorable a los miembros de un grupo fácticamente desventajado que (a diferencia de las acciones positivas) simétricamente produce un trato jurídico *concreto* diferente y peor a uno o varios miembros del grupo mayoritario. Reviste la forma de cuotas y reglas de preferencia. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, algunas formas de discriminación positiva 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 hagan inclinar la balanza a su favor, es conforme a Derecho comunitario (Sentencia Marschall, de 1.998). Si la regla de preferencia es absoluta, no es conforme con el derecho comunitario (Sentencia Kalanke, de 1.995) A modo de hipótesis, planteo la posibilidad de reconocer en la Ley 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

³¹ El propio Informe de Bell y otros confunde clamorosamente los conceptos de acciones positivas y de discriminaciones positivas (*ibídem*, p. 48).

las personas con discapacidad³²), siempre que se respeten garantías como su reconocimiento mediante Ley, su transitoriedad, su carácter excepcional, etc. Si hiciéramos esto, la norma española estaría innovando esta materia en toda Europa.

IV.- Ámbitos de aplicación personal y material de las legislaciones antidiscriminatorias

A) Ámbito personal

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.

El párrafo 16 de la Directiva de Igualdad racial establece que la protección recae sobre todas las personas físicas, pero que los Estados también deberían proveer protección a las personas jurídicas cuando sufran discriminación por el origen racial/étnico de sus miembros. La Directiva de igualdad laboral no tiene una previsión equivalente, pero no hay razón para excluir a las personas jurídicas del ámbito de aplicación personal de la Directiva. De hecho, en la mayoría de países se protege a las personas físicas pero también a las jurídicas.

Ninguna de las dos Directivas indica, sin embargo, 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

³² 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 (ver: Informe de Bell y otros, *ibidem*, p. 48).

por terceros, aunque en ocasiones el empleador ha podido faltar a su deber de cuidado. Los sindicatos y las organizaciones profesionales no son normalmente responsables de las conductas discriminatorias de sus miembros.

El Informe sobre el progreso realizado en materia de igualdad de oportunidades y no-discriminación en la Unión Europea del Parlamento Europeo (de 17 de abril de 2.008), entre otros documentos, advierte del papel ejemplar que los entes públicos deben desempeñar en este campo³³ con sus políticas, la provisión de servicios y su prácticas de empleo.

³³ *Ibidem*, párrafo H.7.

B) *Ámbito material*

El art. 3 (1) de las dos Directivas contiene la lista de las áreas en las que el principio de igualdad de trato debe ser asegurado. Cuatro secciones son comunes a las dos y, por tanto, a los cinco rasgos de discriminación (el del género tiene su Directiva propia, que también se refiere a esos ámbitos): (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. La Directiva de igualdad racial extiende su ámbito de protección a la protección social, incluida la Seguridad Social y la asistencia sanitaria; beneficios sociales³⁴; 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. extiende, también en su art. 3.1, la protección por discriminación a esos rasgos, con importantes excepciones a las que más tarde me referiré.

Este ámbito material debe aplicarse, según el Derecho de la Unión, al sector público, pero también al privado. Sin embargo, como señala el Informe de Bell y otros³⁵, no todos los Estados están cumpliendo en este momento tal requerimiento.

³⁴ 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.

³⁵ *Ibidem*, p. 34.

El principal problema que se está planteando en Europa en esta cuestión se refiere a la discriminación en la educación de los niños de minorías étnicas, en particular la segregación escolar de los niños gitanos³⁶. El absentismo y la segregación escolar de los niños gitanos es un grave problema también en España.

C) Excepciones al principio de igualdad de trato

Las Directivas distinguen entre la discriminación directa, que no puede ser justificada, y la indirecta, que sí está abierta a una justificación objetiva. Ahora bien, la regla de la prohibición de la justificación de la discriminación directa cede en dos casos: respecto de la discriminación por edad, con carácter general, y respecto de algunas excepciones específicas (cuyo reconocimiento no es obligatorio para los Estados, sino optativo). Veámoslo con algún detalle.

a) Requisitos profesionales esenciales y determinantes.

El art. 4 de la Directiva de igualdad racial y el art. 4.1 de la Directiva de igualdad laboral permiten a los Estados realizar diferencias de trato racial, etc. cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, la raza/etnia, etc. constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. La mayoría de los Estados han incluido esta excepción en su legislación, cuya amplitud será precisada posteriormente por los tribunales de cada país. No todos los Estados lo han hecho. Francia, por ejemplo, no lo ha hecho y Holanda lo ha limitado a las circunstancias de un empleo donde la apariencia racial es relevante (como modelo o actor, por ejemplo).

³⁶ El asunto ha llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso “D.H. y otros v. Chequia”, de 2.007, que he tenido la ocasión de comentar en otro lugar.

b) Empleadores con ética basada en la religión o en una determinada convicción.

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, aunque varias legislaciones ofrecen soluciones en contrario). 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.

No todos los Estados han optado por incluir esta excepción. Chequia, Francia, Lituania, Eslovenia y Suecia no lo han hecho. En otros países, por el contrario, esta excepción parece configurarse de modo muy amplio: Grecia, Italia o Eslovaquia.

c) Fuerzas Armadas.

El art. 3.4 de la Directiva de igualdad laboral permite a los Estados miembros exceptuar la aplicación de la Directiva a las Fuerzas Armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y la edad. Pocos Estados han hecho uso de esta posibilidad; entre ellos, Francia, Grecia, Irlanda y Reino Unido. Otros Estados simplemente han mantenido los requisitos de edad y capacidad en sus normas de reclutamiento militar, sin hacer una declaración expresa de excepción de la igualdad de trato (por ejemplo,

España, Portugal o Eslovenia). Por el contrario, algunos Estados han establecido un marco de excepciones más amplio, abarcando la policía, el servicio de prisiones y/o los de emergencias (por ejemplo, Irlanda).

d) Discriminación por nacionalidad.

El art. 3.2 de ambas Directivas establece que no afectarán a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderán sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas.

Sin embargo, en diversos países la nacionalidad es un rasgo o factor de discriminación prohibida (por ejemplo, Holanda o Portugal). En otros, por el contrario, se ha adoptado esta excepción permitida por las Directivas (Chipre, Grecia, Italia, Malta o Luxemburgo).

Una solución de compromiso podría ser considerar la nacionalidad como un criterio de discriminación prohibida, salvo en relación con la entrada, residencia y trabajo de los extranjeros (no comunitarios) en España.

e) Discriminación por razón de edad.

La Directiva de igualdad laboral permite a la ley nacional justificar un amplio marco de excepciones respecto de la discriminación por edad, tanto directa como indirecta. Las excepciones deben poder justificarse de modo objetivo y razonable, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, siempre que los medios para lograr este objetivo sean adecuados y necesarios. La disposición propone ejemplos como los siguientes: 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 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.

Por el último, el art. 6.2 dispone que no será discriminación por motivos de edad la determinación para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminación por razón de sexo.

Varios Estados han insertado, simplemente, este precepto, en su derecho nacional (Austria, Grecia, Portugal, etc.); otros, lo han hecho propio sólo en parte. La especial protección de los trabajadores jóvenes, mayores o con personas a su cargo es un objetivo de la estrategia de empleo europea ampliamente difundido entre los Estados miembros de la Unión. A mi juicio, se trata de medidas de acción positiva que no constituyen una excepción, sino un complemento, al principio de igualdad de trato ni una discriminación directa o indirecta (nuevamente me topo con el erróneo, creo, marco conceptual europeo en este punto). Las acciones positivas son también prohibición de discriminación, como la igualdad de trato. Otras excepciones a las que se refiere este precepto sí pueden ser

más problemáticas. La exigencia de una edad mínima y/o máxima para trabajar, por ejemplo, aunque se trata de una práctica comúnmente aceptada. A mi juicio, para aceptarla, habrá que justificarla más y mejor en adelante.

f) Orden público.

El art. 2.5 de la Directiva de igualdad laboral establece que la esta norma 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.

La propuesta de Directiva sobre igualdad religiosa, por discapacidad, etc., desarrolla aún más el capítulo de excepciones. En los arts. 2 y 3, además de reiterar las relativas a la edad (art. 2.6: añadiendo que la Directiva no será obstáculo para la fijación de una edad determinada para el acceso a las prestaciones sociales, la educación y a determinados bienes y servicios y que la edad o la discapacidad –art. 2.7- cuando fuera un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de los datos actuariales y estadísticos, podrá ser tenida en cuenta para autorizar diferencias de trato), la nacionalidad (art. 3.5) y el orden público (art. 2.8), se precisa (1º) Que lo dispuesto en la Directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil, el concepto de familia y los derechos reproductivos (art. 3.2). (2º) Que se entenderá la Directiva sin perjuicio de las responsabilidades de los Estados en cuanto a los contenidos de la enseñanza, las actividades y la organización de los sistemas educativos, incluida la enseñanza para las personas con necesidades especiales; los Estados podrán permitir las diferencias de trato en la admisión a centros educativos confesionales o basados en ciertas convicciones (art. 3.3). (3º) Se entenderá la Directiva sin perjuicio de la legislación nacional que vele por el carácter laico del

Estado, las instituciones u organismos estatales, la educación o por lo que se refiere al status y actividades de las confesiones y de otras organizaciones religiosas o basadas en ciertas convicciones (art. 3.4). (4º) se entenderá sin perjuicio de la legislación nacional que promueva la igualdad entre hombres y mujeres (art. 3.4). (4º) Respecto del suministro de bienes y servicios, la propuesta de Directiva entiende que sería desproporcionado aplicar a los particulares que actúan con carácter estrictamente privado el conjunto de obligaciones impuestas por ella, de modo que limita su aplicación al suministro *comercial* de bienes y servicios. Esta propuesta de Directiva señala, por tanto, las delgadas líneas rojas que el Derecho de la Unión Europea no debe cruzar respecto de las decisiones de los diferentes Estados, pero no establece un límite para dichos Estados.

V.- Garantías

A) 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 porque 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.

Constata el Informe de Bell y otros³⁷ que en ningún Estado europeo los conflictos sobre discriminación se resuelven simplemente ante los tribunales de justicia. Todos los Estados, señala ese texto, combinan procedimientos judiciales (ya sean civiles, penales,

³⁷ *Ibidem*, p. 51.

laborales o contencioso-administrativos) con procedimientos no judiciales. No estoy tan seguro de esta afirmación por lo que se refiere al ordenamiento español vigente, donde sí 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) en España sale barato. 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.

A la hora de establecer la nueva legislación en España, sería interesante traer a todos los ámbitos nuevos de discriminación prohibida los avances que en materia de protección procesal incorporó en su momento la Ley orgánica 3/2.007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

B) 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 que participen en un procedimiento “en su nombre”. El art. 31 de la Ley 62/2.003 ya transpuso para el ordenamiento español esta obligación (aunque sólo

por motivos raciales/étnicos). Por lo que se refiere específicamente al acoso la legitimación corresponde a la víctima.

C) 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 ni en los casos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente. En relación con los procedimientos civiles y contencioso-administrativos, esta garantía se introduce en la Ley 62/2.003 (arts. 32 y 36); en el ámbito laboral: art. 40.

D) 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. El Informe de Bell y otros³⁸ señala que 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 el Informe nº 7 de la ECRI (apartado 27), la protección contra las represalias debería asegurarse a las personas

³⁸ *Ibidem*, pp. 58 s.

que aportan pruebas, información u otro tipo de asistencia vinculadas con los procedimientos judiciales o con la denuncia.

E) 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, como observa el Informe de Bell y otros³⁹, 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 (estableciendo, por ejemplo, una indemnización ejemplar para el discriminador), o preventiva, 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 decisión⁴⁰, 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

³⁹ *Ibidem*, p. 60.

⁴⁰ 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.

igualdad a los directivos⁴¹, suspensión de licencias, etc. Éste es, sin duda, un capítulo muy interesante a analizar ante la nueva Ley española, 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, contemplando no sólo sanciones económicas –el modelo británico sería un buen ejemplo-).

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, pueden 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.

En el ordenamiento español, como antes señalaba, se ha producido un interesante desarrollo del capítulo de garantías en relación con la igualdad de género a partir de la Ley orgánica 3/2.007, que quizá podría trasladarse a todos los factores de discriminación que contemple la nueva Ley. 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.

⁴¹ 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.

Este precepto busca garantizar la indemnidad de la víctima de la discriminación en todos los campos del ordenamiento, mezclando remedios de muy distinto régimen. M^a Paz García Rubio⁴², sin embargo, hubiera preferido como cláusula general una semejante a la que para la igualdad de las personas con discapacidad dispone el art. 18.1 de la Ley 51/2.003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados⁴³.

En cuanto a la acción de cesación de una situación discriminatoria que podría exigir la víctima, quizá cabría exigirse con carácter general a partir del art. 5.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁴, pero sería interesante reconocerla en la nueva Ley 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 discriminación⁴⁵. La indemnización por daño moral se recoge expresamente en el art. 8.2 de la Ley 51/2.003 en relación con la discriminación a personas con discapacidad. Los

⁴² Ver: M^a Paz García Rubio: “De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación por razón de sexo en la contratación privada”, en *Igualdad de género: una visión jurídica plural*, Universidad de Burgos, 2.008, pp. 177 ss.

⁴³ “La tutela judicial del derecho de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio de su derecho”.

⁴⁴ “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”.

⁴⁵ M.P. García Rubio, *ob.cit.*, p. 186.

arts. 180.1 y 181 de la Ley de Procedimiento Laboral recogen expresamente la indemnización por discriminación.

Por su parte, la Ley 30/2.007, 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 la Recomendación nº 7 de la ECRI, 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 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.

La Ley orgánica de igualdad efectiva también ha incorporado una reforma del capítulo de infracciones y sanciones en el orden laboral, 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. La inversión de la carga de la prueba en relación específicamente con la igualdad de género se recoge en el art. 13 de la L.O. 3/2.007. Una posibilidad interesante que abre esta misma Ley, en su art. 13.1, es la intervención procesal, si el órgano judicial lo considera útil y pertinente, en calidad de perito de los organismos públicos competentes.

En definitiva, la nueva Ley 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.

VI.- Garantías institucionales: los organismos de igualdad⁴⁶

A) Introducción. Situación general de los organismos de igualdad en Europa y requerimientos normativos sobre su organización y funcionamiento.

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 este año (igualdad de trato, art. 12; trabajo autónomo e igualdad de género, art. 10) establecen la misma

⁴⁶ 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 2.006, 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 2.005, 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.

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 los contenidos principales, sino el más importante, de la nueva 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 62/2.003, 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. Habrá que re-situar este Consejo en relación con el nuevo organismo a crear.

A lo dispuesto por las Directivas de la Unión sobre el organismo de igualdad, hay que añadir lo indicado por la Recomendación nº 2 de política general de la Comisión del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), de 13 de junio de 1.997, 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:

(1º) Crear, en la Constitución o en una ley, un órgano especializado en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia.

(2º) 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.

(3º) La composición del organismo especializado debería reflejar la sociedad en su conjunto y sus diferencias.

(4º) 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.

(5°) 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.

(6°) 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 modelo⁴⁷. 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, aunque, como veremos, luego no esté tan claro, en una lectura “micro”, como concretarlo en la práctica. Sobre ese troquel debemos configurar 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. Holmaat⁴⁸ 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 intento 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

⁴⁷ 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 1.993, 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.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 4 s.

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:

(1º) Algunos 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. Está claro que, en España, hay que crearlo por Ley.

(2º) 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 intervenir de alguna u otra forma sobre la política de la institución, o influir de modo indebido sobre las investigaciones y documentos. Está claro que la composición del organismo debe asegurar su independencia del Gobierno.

(3º) También bastantes de ellos guardan vínculos oficiales con las ONGs 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 ONGs en el Consejo de la institución). Hay que asegurar también la independencia del organismo frente al tercer sector (aunque deba implicársele como

actor principal⁴⁹) 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* de grupos de presión. Para evitar esto, el Informe propone varias vías⁵⁰: 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's, expertos en derecho, representantes del Gobierno, etc.). Los Principios de París recomiendan pluralismo en la composición del órgano.

(4º) Los contactos no oficiales con el Gobierno y con las ONGs 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.

(5º) 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.

(6º) 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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 35.

(7º) 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 Informe⁵¹ 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 status 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 ejercita 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, retengo 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 Informe⁵² 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 de Reino Unido, tal documento cero no parece existir en ningún país. Me parece sugerente la idea de elaborarlo en España

⁵¹ *Ibidem*, p. 33.

⁵² *Ibidem*, pp. 6 ss.

desde el Ministerio, 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 constata 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. 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 2.003, 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 constata que en Europa hay dos modelos estratégicos diferentes⁵³. De un lado, hay organismos de igualdad que se

⁵³ *Ibidem*, p. 57.

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.

A mi juicio, el examen comparado de los organismos de igualdad nos interesa especialmente en relación a 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 Mayores, 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 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, también 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 presencia de las minorías (raciales/étnicas, de personas discapacitadas –así, por ejemplo, en Reino Unido uno de los comisionados ha de ser discapacitado-, etc.)

Internamente, los organismos de igualdad suelen organizarse en secciones según los rasgos protegidos.

B) La función de asistencia a las víctimas.

Proporcionar asistencia a las víctimas de discriminación es una función fundamental del 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 y dilatada en el tiempo.

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 *status* 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 debemos 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 se muestra partidario de dar a los organismos de igualdad la potestad de oír e investigar reclamaciones de discriminación⁵⁴, 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 1.999⁵⁵, en orden a investigar y resolver un caso de discriminación de modo neutral y objetivo y dar un juicio u opinión independiente, un

⁵⁴ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁵ Citado por el Informe de Holmaat, *ibidem*, p, 27, nota 39.

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 él⁵⁶, 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 Informe⁵⁷ 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

⁵⁶ Por eso, el art. 7.3 de la Ley francesa de creación de la Alta Autoridad establece que cuando se proceda a la mediación, las comprobaciones y declaraciones recogidas no podrán ser presentadas ni alegadas posteriormente ante las instancias civiles o administrativas sin la conformidad de las personas interesadas.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 53 ss.

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 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 me resulta particularmente atractivo como fuente de inspiración para nuestro ordenamiento es el francés:

- 1) 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).

- 2) 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:

- rechazarla por manifiestamente infundada;
- derivarla a la autoridad competente (si ella carece de competencia);
- 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;
- o puede instruir el caso. Si hace esto, el procedimiento continúa así:

3) La Alta Autoridad puede:

- rechazar la reclamación por razones de fondo
- resolverla, de varias maneras:
 - a) 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.

b) A través de mediación.

c) 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.

d) Intervenir ante los órganos judiciales a petición de las partes o del Juez.

e) Remitir las actuaciones a la Fiscalía en caso de delito grave.

En el año 2.007, 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 2.007, la Alta Autoridad emitió 332 recomendaciones, propició 49 mediaciones, 28 transacciones penales, intervino ante las jurisdicciones en 115 ocasiones y excitó 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%), la orientación sexual (2%).

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 2.004).

Otro modelo especialmente activo e incisivo de organismo de igualdad, como ya se ha dicho, 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, determinado 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.

En otro orden cosas y por lo que se refiere específicamente a la mediación, hay que tener en cuenta que ya está disponible en el ordenamiento español un sistema 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 51/2.003 y desarrollado mediante R.D. 1417/2.006. Salvadas las distancias, este sistema quizá podría servir como modelo para todos los rasgos de discriminación en la nueva Ley o, en todo caso, habría que integrarlo en el nuevo sistema global de lucha contra la discriminación. Como es sabido,

el sistema arbitral para las reclamaciones en materia de discapacidad descansa sobre los siguientes elementos:

1º) Del sistema se excluyen los arbitrajes laborales y las quejas que presenten indicios racionales de delito o sobre las que hayan recaído ya resolución judicial firme.

2º) Por supuesto, el arbitraje es voluntario. Las entidades del sector y los representantes de los discapacitados también pueden presentar las quejas y reclamaciones.

3º) 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.

4º) 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.

5º) 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 dictara un laudo arbitral (en un plazo máximo de 4 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 de 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 víctima⁵⁸.

C) Las funciones de conducir investigaciones independientes sobre la discriminación y de emitir recomendaciones e informes.

El Informe constata que estas funciones, aunque reconocidas en la mayoría de las legislaciones, apenas se están 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 2.005, 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.

⁵⁸ Ver: 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, 2.006, p. 15.

Tampoco la emisión de informes y recomendaciones es una tarea popular en exceso. Entre 2.003 y 2.005, 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.

D) 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 pro-activo 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. En España, el Consejo tiene como tarea promover la igualdad de trato en la negociación colectiva. 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 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 otros⁵⁹ relaciona 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

⁵⁹ *Ibidem*, p. 68.

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 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 anti-discriminatorio.
- 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 (de 17 de abril de 2.008.⁶⁰) 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, así como un Informe sobre el rendimiento de la institución, incluyendo su evaluación y propuestas de mejora⁶¹.

⁶⁰ *Ibidem*, párrafo H.16.

⁶¹ En Alemania será cada cuatro años, y además, deberá presentarlo después de haberlo trabajado de forma conjunta con la Comisión parlamentaria y de Gobierno correspondientes. En Holanda es un Informe que ha de presentarse cada cinco años.