

## Posicionamiento ante el ANTEPROYECTO DE LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN

17 de Enero 2011

Graciela Malgesini, EAPN ES

### Justificación

El texto está enmarcado en el desarrollo reciente en la materia de la Unión Europea y se fundamenta en la Constitución Española.

La Unión Europea ha insistido en garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a través de diversos instrumentos jurídicos, destacándose las dos Directivas específicas de 2000/43 y 2000/78.

**El anteproyecto debería mencionar** también las Modificaciones del Tratado Constitutivo de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que introduce el “Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea” (2007/C 306/01, 17/12/2007, Diario Oficial de la Unión Europea, que entraron en vigor el 1 de diciembre de 2009), ya que refuerzan la línea argumental del Anteproyecto.

Concretamente:

- Se inserta un artículo 1 bis: «Artículo 1 bis: La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la **no discriminación**, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.» (página 12)
- La sustitución del artículo 2 «Artículo 2: 1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos» por el texto siguiente:
  - «2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.
  - 3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente.
  - Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.
  - **La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.**

- La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.
  - La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo. » (página 12).
- c) La inserción de un artículo 5 ter: «Artículo 5 ter: En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de **luchar contra toda discriminación** por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.».(página 50)
- d) la Segunda Parte: “Ciudadanía de la Unión”, que pasa a llamarse “**No Discriminación** y Ciudadanía de la Unión”. (página 52).

**Coincidimos** en que “el derecho a la igualdad y la no discriminación no puede ser abordado sólo como una cuestión de minorías”, porque son temas que afectan a toda la sociedad.

**Coincidimos** en el diagnóstico de la discriminación en nuestro país, que “no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas”. De acuerdo con el Eurobarómetro especial sobre Discriminación (2009), “Más de la mitad de los españoles (en una proporción ligeramente mayor que la media europea) dice no conocer sus derechos en el caso de ser discriminados o acosados.”<sup>1</sup>

Por otra parte, las opiniones del estudio indican que los ciudadanos en España son más propensos que los europeos en general a considerar **que se está haciendo suficiente en su país para combatir todas las formas de discriminación (55%)**. Este resultado está en la línea del resultado obtenido en 2008 en España, mientras que los resultados sobre este tema en Europa en general han progresado.<sup>2</sup>

Si nos comparamos con la situación europea, sí se observa que existe una necesidad de mejorar el aspecto protector: siguiendo la misma fuente, “al igual que con los europeos en general, si fueran víctimas de discriminación o acoso, los ciudadanos en España se pondrían en contacto primero con la policía, y luego con un abogado y los tribunales. **Pero mientras un tercio de los europeos se dirigirían a continuación a una organización para la igualdad de oportunidades, solamente un 18% de los encuestados en España actuarían de esa forma, prefiriendo en cambio dirigirse a un sindicato o a una asociación.** Esto podría indicar una falta de conocimientos sobre este tipo de organización en España.”<sup>3</sup>

## Oportunidad

Por otro lado, **compartimos** la visión de que “la trasposición realizada por la Ley 62/2003, lo fue sin un adecuado debate público en un ámbito que requiere sensibilización y visibilización pública, la repercusión social y política de sus deliberaciones y una tramitación parlamentaria significativa.” También con el diagnóstico de que es necesario retomar y reforzar el tema, porque “la trasposición se

<sup>1</sup> Pregunta QE10 ¿Conoce usted sus derechos si es víctima de discriminación o acoso?[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_317\\_fact\\_es\\_es1.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_317_fact_es_es1.pdf)

<sup>2</sup> Pregunta QE9 En general, ¿diría que en (NUESTRO PAÍS) se realiza suficiente esfuerzo para luchar contra todas las formas de discriminación?

<sup>3</sup> QE15T Si fuera víctima de discriminación o de acoso, ¿a quién preferiría informar sobre su caso? ¿En primer lugar? ¿Y después? ¿Y por último?

ha demostrado insuficiente e ineficiente a la hora de acometer los problemas relativos a la igualdad y la no discriminación de la sociedad española y en este tiempo, sobre todo en el actual contexto de crisis económica, algunos de los problemas que pretenden encarar las mencionadas Directivas se han agravado.”

No obstante, creemos que **habría sido necesario hacer una evaluación pública del grado de cumplimiento e impacto de dicha ley** (capítulo III), particularmente del grado de puesta en funcionamiento de los organismos previstos, detectar sus fallos, aciertos y lagunas, antes de proceder a elaborar una nueva.

También consideramos que **este tema se debería haber abordado antes de 2008** ya que, a partir de entonces, se observan las consecuencias de la crisis financiera y económica en la sociedad. Antes de 2008 las condiciones sociales para el cambio eran más propicias y el debate se hubiera politizado menos que lo que se prevé pueda suceder en 2011.

## Contenidos

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

**Siendo la prevención una política deseable, es difícil aceptar que una ley como esta pueda ejercer esa misión, que nos parece compete más al ámbito educativo y de sensibilización, excepto en aquellos procesos discriminatorios que se den en la práctica por el efecto de las normas, regulaciones e instrucciones de organismos del ámbito institucional.**

El Título I de la Ley contiene, en el capítulo I, una parte básica de definiciones acordes con los avances doctrinales y jurisprudenciales en la materia. Es preciso destacar en este título la definición y regulación de la discriminación múltiple y de las medidas de acción positiva adecuadas a este tipo específico de discriminación por su especial trascendencia para el desarrollo de las políticas de igualdad dirigidas a las mujeres, especialmente vulnerables a este tipo de discriminación cuando al motivo de discriminación por razón de sexo se le añade cualquier otro motivo previsto en la Ley. Por otra parte, en el capítulo II se regula la prohibición de discriminación en distintos ámbitos: empleo y trabajo, educación, sanidad, vivienda, servicios sociales y acceso a los bienes y servicios ofertados al público, limitando el derecho de admisión por lo que se refiere al acceso a estos últimos.

**El texto mejora las definiciones de discriminación directa, indirecta y medidas de acción positiva, y se incorporan por primera vez al ordenamiento jurídico español: discriminación por asociación y discriminación por error; discriminación múltiple; acoso discriminatorio; inducción, orden o instrucción de discriminar; represalia; y diferencia de trato no discriminatoria. Nos parece adecuado que se incluyan dos nuevos motivos de discriminación, los de identidad sexual y enfermedad, que se suman a los recogidos en el artículo 14 de la Constitución Española (CE) y a los incluidos en la normativa comunitaria.**

**Libertad de expresión:** Nos preocupan mucho los límites de esta ley, en cuanto pudiera colisionar con la libertad de expresión, dado el amplio abanico de aspectos y el también amplio campo de interpretaciones que podrían haber, por ejemplo dentro del concepto de “discriminación múltiple”.

**Esto puede ser especialmente grave en el caso de la libertad de expresión en las asociaciones, los partidos políticos, las Iglesias, las cátedras y organismos científicos, las redes sociales, entre otros, además de los medios de comunicación y la publicidad.**

**Además, los acuerdos de autorregulación que se hicieran podrían no ser comprensivos de todos los contenidos, especialmente los de ficción o creación cultural y entrarían en conflicto con la creatividad artística.**

El Título II fija en su capítulo I, medidas relativas a la tutela judicial y actuación administrativa contra la discriminación, ofreciendo como pretensiones posibles de la acción la declaración de nulidad, cese, reparación, prevención, indemnización de daños materiales y morales, y regulando las reglas de la carga de la prueba. Por otro lado, prevé la designación por el Fiscal General de un Fiscal de Sala para promover y coordinar las actuaciones penales en este ámbito, así como fomentar la formación especializada. En su capítulo II, recoge el mandato a los poderes públicos de promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y tiene en cuenta la importancia de la dimensión transversal de la igualdad de trato y no discriminación, por lo que establece la necesidad de elaborar una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y no Discriminación, como instrumento principal que permitirá planificar toda la actividad del Estado en la materia. Asimismo, se incluye el principio de colaboración entre todas las Administraciones Públicas. Además, en cumplimiento de las observaciones de diversos organismos internacionales se establece el deber de los poderes públicos de recoger y sistematizar datos con vistas al diagnóstico de la realidad y al diseño de las políticas más adecuadas.

El Título III de la Ley regula una de sus principales novedades, relativa a la tutela institucional, y más concretamente a la creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, un organismo independiente, unipersonal y basado fundamentalmente en la autoridad de su titular, que ofrezca protección frente a la discriminación y promueva el cumplimiento del derecho antidiscriminatorio.

**Nos parece positiva la adopción de una Estrategia Estatal para la igualdad de trato y no discriminación, con un mandato a los poderes públicos para la adopción de medidas de acción positiva, así como el reconocimiento de las empresas a realizar acciones de responsabilidad social en este sentido y hacer publicidad de ellas. Nos parecería importante que dicha estrategia tuviera:**

- a) su reflejo en el ámbito autonómico, contando para ello con un proceso participativo con todos los agentes sociales;**
- b) unas metas claras y cuantificables, a corto y medio plazo, que fueran realistas y ajustadas a las realidades regionales y locales, pero sin perder de vista el alcance nacional.**
- c) un sistema de indicadores ex - ante, que permitieran una evaluación periódica de la Estrategia.**

**d) informes periódicos públicos de acciones o procesos, como de resultados, con una frecuencia no superior al año.**

Con respecto a este nuevo organismo que centraliza competencias: se contempla la fusión de varios organismos -Subdirección General para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, la Subdirección de Igualdad de trato de la Dirección General de Discapacidad, el Observatorio de Racismo y la Xenofobia (en Trabajo e Inmigración), entre otros- en otro órgano independiente denominado 'Autoridad Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación'. Esta entidad prestará asistencia a los afectados y promoverá fórmulas de mediación o conciliación entre las partes con su consentimiento. Esta Autoridad podrá investigar por cuenta propia la existencia de posibles situaciones de discriminación y ejercitará acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato.

**Con respecto a la Autoridad Estatal, creemos que debería tener en cuenta:**

**a) un sistema claro de gobernanza con los agentes sociales, para hacer el seguimiento, evaluación y ajuste de la Estrategia Estatal y a nivel autonómico.**

**b) un funcionamiento autónomo y altamente transparente, con publicidad de los informes periódicos, de las acciones sancionadoras emprendidas y de las resoluciones.**

El Título IV de la Ley recoge el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación, una exigencia de la trasposición de las directivas antidiscriminatorias, pero que actualmente solo se dan en el ámbito laboral y en relación con la discapacidad, y cuya existencia fortalecerá las funciones de mediación o conciliación de la Autoridad.

Sobre este tema, es importante comentar en concreto “Artículo 28. Reglas relativas a la carga de la prueba

1. De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte un principio de prueba sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente acreditada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”

**Nos preocupa que la ley regule la carga de la prueba. que sea la persona acusada *quien deba demostrar su inocencia*, mientras que la persona que acusa quede libre de cualquier acusación. Por otra parte, no se sabe en qué consistiría “el principio de prueba que se aporte”, ya que la jurisprudencia no acepta una serie de pruebas obtenidas por métodos no autorizados legalmente.**

**Por todo ello, consideramos que se debería fundamentar muy rigurosa y detalladamente este aspecto, teniendo en cuenta la casuística y la jurisprudencia en otros países europeos, para evitar que la ley de lugar a que se cometa un nuevo tipo de abusos, por ejemplo denuncias en falso, bajo la acusación de ser víctima de discriminación. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que ya el propio anteproyecto, en el art. 28.3 establece “*que lo establecido en el apartado primero, no será de aplicación ni a los procedimientos penales ni a los procedimientos administrativos***

**sancionadores” En consecuencia la “inversión de la carga de la prueba” se limita a los procedimientos civiles, laborales y contencioso – administrativo, siempre que no se trate de materia sancionadora. Lo que supone el pleno respecto y salvaguarda al principio de presunción de inocencia.**

Creemos que dicha “inversión de la carga de la prueba ha de regularse exhaustivamente, pero siempre teniendo en cuenta la credibilidad de la víctima y la situación de especial vulnerabilidad de la misma que hace difícil en muchos casos que “denuncie” (no en sentido procesal-penal) su situación. Se cree importante que se defina jurídicamente el concepto de “aportar un principio de prueba sobre su existencia”, para evitar en un futuro fluctuaciones jurisprudenciales que generen inseguridad jurídica.

Por último, la norma se cierra con una serie de disposiciones adicionales con las modificaciones legales necesarias para trasladar las previsiones de la Ley al ordenamiento jurídico vigente. Cabe destacar la preocupación por el riesgo de que las redes informáticas y la información electrónica sean utilizadas para la comisión de los delitos discriminatorios, por lo que se facilita la adopción judicial de medidas cautelares, que permitan el cese inmediato y definitivo de la difusión de comportamientos discriminatorios, contrarios a la igualdad y a la dignidad de las personas. Igualmente, se recoge el principio de no retroactividad, a efectos del régimen transitorio de la ley.

**En el Artículo 47. Autoridades competentes y procedimiento, observamos que se prevén sanciones a las autoridades o funcionarios públicos que cometan actos discriminatorios. Sin embargo, no queda clara la responsabilidad en el caso de que dichos actos se hubieran cometido como resultado de instrucciones, medidas, planes, orientaciones escritas, normativa interna de los gobiernos correspondientes.**

**Por ejemplo, si la policía detiene a una persona y le causa un perjuicio (por ejemplo, pérdida de un vuelo, retrasos, etc.) porque se ajusta a una descripción que ha sido circulada en nota interna por la autoridad competente, en la que se ordena detener a todas las personas que respondan a una determinada minoría, por ejemplo gitana, o fenotipo, no cabría esperar que se sancione al oficial que ejecuta la detención por cumplir órdenes. Este punto no está suficientemente aclarado en el texto.**

**Por otra parte, en la “Disposición adicional décima. No afectación de la legislación en materia de extranjería” se dice que lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de la regulación establecida en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social en su redacción dada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre y 2/2009, de 11 de diciembre.**

**Es decir que, tal como se entiende, una persona extranjera que está residiendo en situación irregular no podría denunciar, ni ser considerada víctima de discriminación, lo cual podría dar lugar a abusos, a menos que se establezcan excepciones.**

### Otras preguntas (sin exhaustividad, solo a nivel de ejemplos)

- ¿Cuál sería la situación de personas que tienen órdenes de expulsión pero a quienes no se les expulsa, no se les documenta y por lo tanto tampoco pueden conseguir empleo? Esta situación ¿podría considerarse discriminatoria?
- ¿Qué pasaría si se trata de una persona que, porque pierde el empleo debido a la discriminación, se queda en situación irregular?
- ¿Cómo contemplaría la ley que un/a ciudadano/a español/a, aspirante a un puesto de trabajo, denuncie a una persona de origen extranjero con residencia legal, que ha conseguido el puesto de trabajo al que aspiraba, en virtud de las políticas positivas que contempla la ley?

Estos y otros aspectos semejantes deberían señalarse con claridad y no lo están en el texto.

### Posición

- **Con respecto a la justificación:** La evolución de la UE refuerza la consolidación del *derecho anti-discriminatorio*, especialmente desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que modifica en ese sentido a los tratados constitutivos de la Unión Europea. Por tal razón, es acertado ampliar el alcance de las Directivas contra la discriminación de 2000 a otros ámbitos fuera del laboral, tal como recomienda el Parlamento Europeo en su resolución del 14 de enero de 2009. La lucha contra la discriminación no tiene que verse como un aspecto “de minorías” sino ligada a la promoción de la igualdad de oportunidades para todas las personas.
- **Con respecto a la oportunidad:** La trasposición de las Directivas 2000/43 y /78 en la Ley 62/2003 no ha sido debatida suficientemente en su momento. No obstante, en los años siguientes, pensamos que no se han invertido suficientes recursos para que esta ley entrara en vigor y para que las instancias que en ella se establecieron tuvieran una intervención pública destacada, particularmente el Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico. Por lo tanto, creemos que habría sido necesario hacer una evaluación pública del grado de cumplimiento de dicha ley (capítulo III, artículos 37 al 43 inclusive), con el objeto de detectar sus fallos, aciertos y lagunas, antes de proceder a elaborar una nueva ley. También consideramos que, en este momento de la crisis económica y social, hay razones positivas para debatir el tema (por su carácter proactivo), pero también hay razones negativas (riesgo de politización excesiva) que pueden aconsejar no introducirlo.
- **Con respecto a los contenidos:** como se ha mencionado, el texto tiene aspectos positivos y otros negativos. Entre los positivos, el reconocimiento de dos nuevos aspectos y la definición compleja de los

distintos términos. También la creación de la Autoridad y la Estrategia Estatal. Entre los negativos, la colisión con la libertad de expresión, individual y colectiva; la inversión de la carga de la prueba (que, a pesar de los cambios introducidos con respecto al anterior borrador, sigue necesitando una definición que garantice mejor la equidad entre las partes en un potencial conflicto); aspectos del régimen sancionador cuando se trata de los contenidos discriminatorios que pueden encerrar orientaciones de la administración; y el respeto incuestionable a la ley de extranjería (cuando ésta podría ser una buena ocasión para reformar aspectos discriminatorios de dicha Norma).