



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA
APROBADO EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY INTEGRAL
PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN**

I

ANTECEDENTES

Con fecha de 1 de febrero de 2011, ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) el texto del Anteproyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, remitido por el Ministerio de Justicia, a efectos de la emisión del preceptivo informe, conforme al art. 108.2 LOPJ.

La Comisión de Estudios e Informes, designó Ponente al Excmo. Sr. Vocal D. Claro José Fernández-Carnicero González, y en reunión de fecha 24 de febrero de 2011 aprobó el presente informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”*.

Atendiendo a este dictado, en aras de una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido, el informe que se emite se referirá al examen y alcance de las normas sustantivas y procesales que en él se incluyen, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada. No obstante, y sin perjuicio de la mayor incidencia en los aspectos procesales, en cuanto que nos sitúa ante el desarrollo de un derecho fundamental, parece obligado ponderar su aplicación en los distintos sectores del ordenamiento, desde la perspectiva de la tutela por los órganos jurisdiccionales en la interpretación y aplicación de la futura ley.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

En cuanto a la tramitación del presente informe, cuya trascendencia no necesita de más glosa por referirse su objeto a uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), además de ser principio fundante del constitucionalismo democrático, se aplica el procedimiento de urgencia.

III

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto, como explica su Exposición de Motivos, pretende *“convertirse en el mínimo común denominador normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas”*, dado que en el momento actual la lucha contra la discriminación no radica tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de los afectados.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La ley no se configura como una ley más de derechos sociales, sino que uno de sus objetivos es dar cobertura a las que existen o a futuras leyes en la materia, derivadas de los desafíos que la protección de la igualdad puedan plantear de cara al futuro. El derecho a la igualdad no puede ser considerado como estático, vinculado exclusivamente a las minorías o a situaciones singulares de determinados grupos de la población, sino que ha de ser abordado de forma general e integral, según la pauta normativa iniciada con la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. También en materia de discapacidad se han aprobado medidas legislativas y administrativas dirigida a asegurar el pleno ejercicio de sus derechos y libertades por las personas con discapacidad sin discriminación alguna, en atención a esta causa, destacando, entre otras, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el Régimen de Infracciones y Sanciones en materia de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

Entre los objetivos de la Ley, la Exposición de Motivos señala los de prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, conjugando el enfoque preventivo con el reparador, incluido un sentido formativo y de prevención general. La Ley es una ley de garantías, una ley general y una ley integral, que pretende transponer de manera más adecuada *“los objetivos y fines de las Directivas 2000/43 y*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2000/78, lo que se hizo parcialmente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”.

La Ley se estructura en cuatro Títulos, integrados por un total de 47 preceptos, diez Disposiciones adicionales, dedicadas, sucesivamente a las modificaciones de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la actualización de la cuantía de las sanciones, la asistencia jurídica a la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, la designación de esta Autoridad, la no afectación de la legislación en materia de extranjería; una Disposición transitoria única relativa al régimen transitorio aplicable a los procedimientos, una Disposición derogatoria, y cuatro Disposiciones finales, referidas, respectivamente, al fundamento constitucional, la constitución de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, la habilitación normativa de desarrollo y la entrada en vigor que se prevé para el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El Título Preliminar, arts. 1 a 3, regula el objeto y ámbitos de aplicación de la ley, ámbito subjetivo que incluye cualquier discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y el ámbito objetivo, referido a todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social y, especialmente,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

el empleo y trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y de despido, promoción profesional y formación para el empleo, el acceso, promoción y condiciones de trabajo y formación en el empleo público, la afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico, la educación, la sanidad, las prestaciones y servicios sociales y el acceso, oferta y suministro de bienes a disposición del público, incluida la vivienda.

El Título I se divide en dos Capítulos, dedicados, el primero (arts. 4-11), a las Disposiciones generales, con la regulación de los conceptos de derecho a la igualdad de trato y no discriminación, discriminación directa e indirecta, discriminación por asociación y discriminación por error, discriminación múltiple, acoso discriminatorio, inducción, orden o instrucción de discriminar, represalias, y medidas de acción positiva, y el segundo Capítulo (arts. 12 a 22), con el régimen aplicable al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo y el trabajo por cuenta ajena, la negociación colectiva, el derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo por cuenta propia, en organizaciones sindicales, empresariales y profesionales, en la educación, en la atención sanitaria, en la prestación de los servicios sociales, en el acceso a la vivienda, en la oferta pública de bienes y servicios, en establecimientos o espacios abiertos al público, y en los medios de comunicación y publicidad.

El Título II se estructura en dos Capítulos que establecen: el Capítulo I (arts. 23 a 30), el régimen de garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, con la regulación de la nulidad de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

pleno derecho, las medidas de protección frente a la discriminación, la responsabilidad patrimonial, la tutela judicial del derecho, la legitimación para su defensa, reglas relativas a la carga de la prueba, la actuación administrativa contra la discriminación, y el Ministerio Fiscal. El Capítulo II (arts. 31 a 36), atiende a las medidas de promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva.

El Título III (arts. 37 a 41) regula la creación y régimen de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, y el Título IV (arts. 42 a 47) introduce el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación, así como el procedimiento aplicable y las administraciones competentes.

IV

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El texto constitucional de 1978 consagra el principio de igualdad ante la ley en su art. 14, al reconocer que *“[l]os españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier condición o circunstancia personal o social”*. Además de este concepto clásico de la igualdad, el texto español recoge la dimensión material de la igualdad, propia del Estado social, en su art. 9.2 al imponer a los poderes públicos la obligación de *“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.



De la concordancia de ambos preceptos se deriva un deber de igualdad de trato en la esfera jurídica, que incluye tanto la igualdad ante la ley como en la aplicación de la ley. Este derecho de igualdad se limita a proscribir toda “discriminación” basada en una de las causas del art. 14 CE, y además, al promover medidas de acción positivas en favor de la igualdad, conduce a evitar diferencias arbitrarias, injustificadas, inmotivadas y desproporcionadas. El derecho que incorpora este precepto constitucional goza de idénticas garantías de tutela que el resto de derechos fundamentales: de un lado, la reserva de ley con intangibilidad del contenido esencial, que recoge el art. 53.1 CE, aunque no le alcanza la reserva de ley orgánica; de otro, la protección jurisdiccional reforzada a que se refiere el art. 53.2 CE, y que incluye la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El principio de igualdad que recoge el referido art. 14 de nuestra Constitución rige, al entender de la doctrina mayoritaria, respecto de cualquier relación jurídica prevista por el ordenamiento y conforme a los criterios establecidos por el legislador, a diferencia de lo que ocurre con el art. 14 CEDH que opera únicamente respecto a los derechos reconocidos en el Convenio. No obstante, la interpretación del TEDH de este precepto ha sido generosa, de modo que ha declarado la vulneración del art. 14 CEDH en casos en que no ha habido vulneración sustantiva del derecho respecto del que se había producido la discriminación (Sentencia del TEDH *Caso Lingüístico Belga* de 23 de julio de 1968).

El principio de igualdad es uno de los derechos más invocados en los recursos de amparo promovidos ante el Tribunal Constitucional, lo que ha permitido, a la par, de una nutrida y variada jurisprudencia, que



el Tribunal, dada la naturaleza relacional de la igualdad, conociese y declarase sobre una pluralidad de derechos que no tienen abierta la vía al recurso de amparo por sí mismos (como la propiedad, las relaciones laborales, el régimen de pensiones o la protección de la maternidad con el permiso de lactancia). De forma sintética, la doctrina constitucional puede sistematizarse de la forma siguiente:

- i) La igualdad ante la ley implica la exigencia de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales, es decir, la exigencia de que un mismo tribunal ofrezca un tratamiento igual a supuestos sustancialmente iguales (Sentencia 25/1999), salvo que la resolución distinta se encuentre justificada motivadamente excluyendo tanto la arbitrariedad como la inadvertencia (Sentencias 2/1991, 185/1996 y 169/2001). A fin de compatibilizar este principio con la independencia judicial, el Tribunal cada vez ha sido más restrictivo en la apreciación de su vulneración, de tal modo que no ha considerado que exista conculcación del derecho cuando las resoluciones divergentes partían del mismo órgano pero de distintas Salas (así, entre otras, Sentencias 144/1988, 134/1991).
- ii) Las Administraciones públicas han de procurar que la ley se aplique de forma igual a todos, correspondiendo a los tribunales la corrección de la desviación (Sentencia 144/1988).
- iii) El Tribunal ha entendido que el art. 14 también incluye la igualdad en la ley, esto es, la prohibición al legislador de



establecer un trato distinto a personas en la misma situación (Sentencias 144/1988; 68/1991 o 181/2000). A estos efectos, el Tribunal aplica el llamado “test de igualdad”, es decir, somete a la norma a un examen para determinar si en el trato diferenciado existe justificación objetiva y razonable, si se ha aplicado el principio de proporcionalidad y si concurre la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos. Por tanto, no toda desigualdad está proscrita, sino sólo aquella que resulta discriminatoria (Sentencias 23/1989; 100/1989 y 117/1998). Así, salvo incurrir en discriminación, se estiman legítimas, si superan el “test de la igualdad”, las leyes dirigidas a sectores o grupos determinados (Sentencia 158/1983, sobre pensiones a mutilados y excombatientes de la zona republicana durante la guerra civil).

- iv) El trato diferenciado, correlativo de la dimensión material de la igualdad que consagra el art. 9.2 CE, en palabras del Tribunal, *“puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento”* (Sentencia 128/1987, o Sentencia 46/2000, en la que el Tribunal estima que un tratamiento fiscal que no tuviera en cuenta las diferencias sociales resultaría inconstitucional).
- v) La legitimidad de estas medidas dictadas al amparo de la procura de la igualdad material, exige que sean



acordes con su finalidad, proporcionales entre medios y fines, de carácter temporal, admisibles en tanto se mantenga la situación discriminatoria de partida, siendo necesaria su revisión periódica; así se ha admitido en relación con el acceso de la mujer al trabajo (Sentencia 128/1987), o respecto a discapacitados (Sentencia 269/1994), o con relación a medidas adoptadas para asegurar la igualdad de oportunidades (Sentencia 229/1992).

- vi) Por tanto, el Tribunal, como también han sostenido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las conocidas Sentencias Kalanke c. Bremen, de 17 de octubre de 1995, y Marschall c. Renania del Norte-Westfalia, de 11 de noviembre de 1997, y otras cortes constitucionales de nuestro entorno, reconoce la posibilidad de adoptar medidas de discriminación positiva, tanto de acción positiva (Sentencia 3/1993) como de favorecimiento (Sentencias 216/1991, 28/1992), dirigidas a asegurar la igualdad de oportunidades (Sentencias 269/1994, sobre la admisibilidad de una reserva porcentual de plazas en la Administración, o la Sentencia 109/1993, sobre la concesión del permiso de lactancia en exclusiva a la madre).

- vii) Por el contrario, algunas medidas, calificadas por el Tribunal como normas protectoras, han sido consideradas por el Tribunal como contrarias al objetivo de promoción de la igualdad, pues pese a estar dirigidas,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

en principio, a mejorar la condición de un colectivo, suponen, en realidad un obstáculo al mismo (Sentencia 28/1992).

El principio de no discriminación ha sido objeto de numerosas Sentencias del Tribunal, pronunciándose sobre la interdicción de la discriminación sexual en el trabajo, buscando incluso la equiparación de los varones frente a unas ventajas injustificadamente reconocidas a la mujer (Sentencias 81/1982, o 207/1987), o de las mujeres que recibían trato discriminatorio en el trabajo (Sentencias 166/1988, y 145/1991, entre otras), en el acceso al trabajo o profesión (Sentencias 216/1991, 229/1992), en el régimen de pensiones, equiparando viudos y viudas en el acceso a las pensiones de viudedad (Sentencias 103/1983), sobre discriminación racial en la Sentencia 126/1986, por razón de opinión en la Sentencia 63/1993, o por nacimiento en las Sentencias 67/1998 y 84/1998.

A este respecto, cuando la discriminación se fundamenta en alguna de las causas expresamente prohibidas en el art. 14 CE, las llamadas “categorías sospechosas”, como las cataloga la doctrina estadounidense y su Tribunal Supremo, el Tribunal realiza un análisis singularmente más escrupuloso y estricto que cuando se recurre a otros motivos de discriminación (Sentencia 128/1987).

Pero además, el Tribunal también ha apreciado supuestos de discriminación por “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”: así el estado civil, declarando, en la Sentencia 45/1989, la inconstitucionalidad de un trato diferenciado entre casados y parejas de hecho a efectos de la tributación en el impuesto sobre la renta de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

personas físicas; o la situación profesional, estimando, en la Sentencia 90/1995, la inconstitucionalidad de un trato diferenciado para funcionarios dentro del régimen de la LAU, o en la Sentencia 134/1996, en relación a los perceptores de rentas de distinta procedencia.

Es también reiterada la jurisprudencia del Tribunal respecto a la inversión de la carga de la prueba cuando se invoca la igualdad por supuesta discriminación (Sentencias, entre otras, y a partir de la Sentencia 38/1981, 82/1997; 293/1993). De modo que se exige al demandado que pruebe que los hechos objeto de controversia son legítimos, justificados, exentos de motivación discriminatoria, sin perjuicio de exigir al demandante que señale indicios de los que deducir o presumir una conducta discriminatoria.

En la consecución de la igualdad real y efectiva, especialmente en cuanto a la no discriminación por razón de sexo, España camina al paso que desde hace tiempo ha marcado el Derecho de la Unión Europea, del que puede decirse que, tanto en su formulación normativa (Derecho originario y derivado) como en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se caracteriza por la progresiva profundización en el principio de igualdad tanto en el propio ordenamiento de la Unión como en la práctica de sus políticas.

Al ser la procura de la igualdad “misión” de la Unión Europea (cf. artículo 2 Tratado de la Unión), se configura como principio general y fundamental de este ordenamiento, de sus objetivos, así como determinante, en cuanto a su respeto y garantía por los Estados, de la concurrencia de los requisitos para nuevas incorporaciones de Estados e, incluso, ante la eventualidad de adoptar sanciones frente a su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

desconocimiento por alguno de los Estados miembros (artículo 6 Tratado de la Unión).

De esta manera, buena parte del Anteproyecto incorpora el Derecho comunitario derivado, que ya España ha ido, como se ha dicho, incorporando, al menos parcialmente, tanto en leyes estatales como autonómicas, como la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social o la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Entre las autonómicas -referidas más en concreto a la igualdad entre mujeres y hombres- está la Ley 9/03, de 2 de abril, de la Comunidad Autónoma Valenciana, para la Igualdad de Mujeres y Hombres; la Ley 7/04, de 16 de julio, de Galicia, para la igualdad de mujeres y hombres, y la Ley 4/05, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, aprobada por el Parlamento Vasco.

Incorporado a la Carta Europea de Derechos Fundamentales (artículos 21 a 23, hoy integrados en la Constitución Europea), es el eje de la Carta Social Europea aprobada en 1989, fundamento de las Directivas que se incorporan en el Anteproyecto informado. A su vez la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la exigua base del artículo 141 (antes 119) –referido a la igualdad entre mujeres y hombres en la retribución por el mismo trabajo- ha realizado una interpretación extensiva al entender que la discriminación estaba



prohibida en el ámbito laboral en general, no sólo en materia de salarios, lo que dio pie a su inclusión, incluso ampliada, en el Tratado de la Comunidad Europea, tras el Tratado de Ámsterdam.

Conforme a lo dicho puede hablarse de tres etapas, no ya en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sino en la política de la Unión Europea, pues ese acervo jurisprudencial va unido al desarrollo normativo. Así de una primera etapa -hasta la década de los 90- en la que abordó la igualdad de trato en el ámbito laboral (cf. Sentencia *Defrenne*, antes referida) se pasa a una segunda -desde principios de los 90- de avance hacia la acción positiva de los Poderes Públicos a favor de la mujer mediante la adopción de medidas estructurales que permitan el aumento de la participación de la mujer en las diferentes actividades sociales y la igualdad real entre hombres y mujeres (cf. Sentencias dictadas en los casos *Kalanke*, *Marshall* y *Badeck*), y estando la tercera etapa, presidida por las políticas de la *transversalidad* que se inaugura con la Conferencia de Pekín de 1995.

La jurisprudencia del TJCE puede sinterizarse en los siguientes postulados:

- 1º La igualdad entre hombre y mujer es un principio básico del ordenamiento comunitario de forma que, como derecho fundamental de la persona, sus excepciones se interpreten restrictivamente (Sentencias *Defrenne* y *Thomas*).



- 2º Son admisibles las medidas de acción positiva favorables a la mujer, en cuanto sexo más discriminado e infrarrepresentado en el mundo laboral.
- 3º Estas medidas pueden favorecer laboralmente a la mujer en caso de igualdad de méritos entre candidatos, pero no si falta este requisito, en cuyo caso el trato distinto sí es contrario a la igualdad (Sentencias *Kalanke* y *Marshall*).
- 4º Los Tratados prohíben la discriminación directa e indirecta (Sentencias *Meyers* y *Kording*).
- 5º Ha anulado la prohibición de trabajo nocturno de mujeres o la fijación de edades de jubilación diferentes entre hombres y mujeres.
- 6º Ha insistido en la necesidad de proteger a las mujeres y sus circunstancias especiales (embarazo, lactancia, permiso de maternidad), y así ha reconocido como principio la necesidad de proteger a la mujer en su vida familiar y en el desarrollo de su actividad profesional (Sentencia *Gerster*).
- 7º Ha defendido la posición de la mujer y su especial rol en las relaciones laborales en determinadas profesiones (Sentencias *Brown*, *Hoever* y *Zachow*, *Krüger* y *Hill*), y en otras ha puesto su empeño en exigir profesionalmente de la mujer lo mismo que del varón (Sentencias *Minne*, *Boyle*, *Griesmar*, *Coote* y *Gillespie*).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por otra parte, la política europea antidiscriminación parece encaminarse en los últimos años a profundizar en el derecho antidiscriminatorio a partir de la ampliación de motivos de posible discriminación y de los ámbitos en que ésta es aplicable, hasta ahora centrados en el acceso y condiciones laborales y en la defensa y tutela del trato igual por razón de género, principalmente.

Así, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 14 de enero de 2009, tras considerar las Directivas 2000/43 y 2000/78 como “norma mínima” y fundamento para una “política exhaustiva contra las discriminaciones”, insiste a los Estados en la necesidad de combatir toda forma de discriminación garantizando la igualdad de oportunidades como derecho fundamental y aconsejando a los Estados que tengan en cuenta las recomendaciones de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales de 2008 y la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre, que, en el marco de la Agenda Social Renovada, y con la Propuesta de Directiva presentada por el Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones en julio de 2008, tienen como objetivo garantizar la prohibición de toda forma de discriminación, incluido el acoso, por motivos de edad, orientación sexual, discapacidad, religión o convicciones en ámbitos como la sanidad, las prestaciones sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, con el fin de completar el proceso de aplicación del art. 19 del Tratado a todos los motivos de posible discriminación que sólo gozan de protección en el ámbito del empleo y la ocupación. Motivos de los que ha conocido el Tribunal de Justicia en alguna ocasión, así los casos Grant y P/S, referentes a discriminación por razón sexual.



En este sentido se han de destacar la Directiva 2000/43, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2004/113, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y a su suministro.

V

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

1. Objetivos del Anteproyecto. Entre los objetivos del Anteproyecto, la Exposición de Motivos identifica el propósito “*de trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43 y 2000/78, lo que se hizo parcialmente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*”. En el ámbito comunitario las normas antidiscriminatorias han focalizado sus fines protectores en las relaciones económico-laborales y en el acceso a bienes y suministros. De hecho, las Directivas que se pretende incorporar de forma más adecuada, aunque lo cierto es que ya se han transpuesto a nuestro ordenamiento, si bien con críticas por parte de las instituciones comunitarias, y que contienen una regulación, en términos sustantivos, semejante a las que se recoge en el Anteproyecto, se refieren, respectivamente, a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000), y al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Sin embargo, la Exposición de Motivos menciona, en su primer apartado (I), tanto la Directiva 2002/73, de reforma de la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, como la Directiva 2004/113, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministros.

Estas Directivas, en puridad, ya fueron incorporadas a nuestro ordenamiento con motivo de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. En consecuencia, el Anteproyecto que ahora se informa supone una nueva consideración de las mismas, por cuanto se reclama como ley general, integral y de garantías, cuya pretensión es recoger el derecho antidiscriminatorio en nuestro país. Por tanto, parece aconsejable que la Exposición de Motivos identifique de forma clara cuáles son las Directivas que realmente se incorporan, dado que las referencias que ahora contiene el Preámbulo del Anteproyecto resultan divergentes en cuanto a la normativa comunitaria que se menciona como explicación y justificación del mismo y la que es objeto de una efectiva incorporación normativa.

Por otra parte, en el ámbito de la Unión Europea existe una pluralidad de Directivas en la materia, que han sido objeto de sucesivas reformas, siendo necesaria una Directiva de refundición de las anteriores que, de un modo u otro, han sido recogidas en nuestro ordenamiento (en ocasiones, sin mencionar expresamente que se trataba de la transposición comunitaria cuando la norma europea obliga



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

a que la norma nacional lo recoja expresamente). Así, además de las citadas, cabe mencionar las siguientes, en atención de su vinculación estrecha con la materia que se regula en el texto remitido:

- Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.
- Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, Directiva que refunde las anteriores en la materia.
- Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.



- Directiva 96/97/CE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social.

- Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social

A la vista del contenido de estas Directivas, coincidente en materias y aspectos sustanciales, y del propio del Anteproyecto se recomienda que en la Exposición de Motivos se identifique claramente el Derecho europeo ya incorporado, con mención explícita de las normas en las que se encuentra ya transpuesta, habida cuenta que el contenido del Anteproyecto y su carácter de norma general e integral acogen un ámbito de relaciones materiales y posibles motivos discriminatorios más amplio que el de las dos Directivas mencionadas, incluso mayor que el de las Directivas aprobadas en la materia hasta el momento, albergando contenidos y aspectos de la Agenda Social Renovada, de la Propuesta de Directiva de 2008 de prohibición de toda forma de discriminación, incluido el acoso, por motivos de edad, orientación sexual, discapacidad, religión o convicciones en ámbitos como la sanidad, las prestaciones sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, y de las Recomendaciones de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales de 2008 y la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, como parece reconocer la Exposición de Motivos del Anteproyecto en su apartado tercero (III), al afirmar que el



Anteproyecto, como ley integral, toma como referencia los motivos de discriminación que identifica el art. 14 CE y los recogidos en la normativa comunitaria.

2. El carácter general e integral del Anteproyecto. El Anteproyecto se califica como **ley general**, entre cuyos principios inspiradores está *“el establecimiento de un marco legal adecuado para la prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación, el impulso de la aplicación transversal de la igualdad de trato en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, la coordinación entre las diferentes Administraciones públicas y la colaboración entre las mismas, los agentes sociales y la sociedad civil organizada, todo ello para favorecer la corresponsabilidad social ante la discriminación”, e integral “respecto de los motivos de discriminación”,* tomando como referencia los que recoge el art. 14 CE así como los contenidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), añadiendo los de enfermedad, identidad sexual y lengua y una cláusula abierta a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y a su pretensión de aplicación *“en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social y singularmente en el empleo, el trabajo, la educación, la salud y los servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, la participación social o política y los medios de comunicación, estableciendo un conjunto de obligaciones que vinculan incondicionadamente a todas las Administraciones Públicas y en la forma que la propia Ley establece en el caso de las relaciones entre particulares.”*



El Anteproyecto posee, por tanto, un objetivo ambicioso, la regulación conjunta de los arts. 14 y 9.2 del texto constitucional, con la voluntad de configurar el régimen general del derecho contra la discriminación en España, sin perjuicio de las competencias que corresponden a las Administraciones territoriales según la distribución competencial, constitucional y estatutariamente establecida, y de profundizar en la efectividad y realidad del principio de igualdad, valor superior de nuestro ordenamiento, y principio basilar en la consolidación de todo régimen democrático, siguiendo la tendencia marcada por las Declaraciones de las Instituciones Internacionales, y singularmente de la Unión Europea.

En la consecución de este objetivo, el Anteproyecto se enfrenta a diferentes dificultades de las que deriva que su regulación deba integrarse, como no podía ser de otro modo, con otras normas del ordenamiento jurídico, sobre las que a su vez se proyecta.

i) En primer lugar, la propia dificultad de regular de forma completa un derecho como la igualdad (abarcando sus contenidos de igualdad formal y de igualdad material), que carece, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia constitucional de forma constante, de un contenido propio, distinto de su formulación clásica como igualdad en la ley (Sentencias del Tribunal Constitucional 166/1986; 144/1988; 23/1989; 100/1989; 6/1991; 69/1991; 158/1993; 117/1998 y 181/2000, entre otras) y en la aplicación de la ley (Sentencias del Tribunal Constitucional 144/1988; 2/1991; 134/1991; 185/1996; 25/1999 y 169/2001), configurándose como un derecho relacional, que necesita en su concreción de un término de comparación y una relación jurídica



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

concreta, para poder determinar si existe un trato desigual y si éste se encuentra o no justificado.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional señala de forma recurrente que el art. 14 CE establece una norma de derecho objetivo y un derecho subjetivo, pero un derecho que no se configura como un derecho subjetivo autónomo, por lo que no puede ser invocado en abstracto (Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983), exclusión que no puede dejar de considerarse a la hora de configurar un marco normativo.

Esta objeción sustantiva, y no meramente formal, lleva al Tribunal Constitucional a considerar, en la mencionada Sentencia 76/1983, que el principio, el derecho de igualdad, no admite un desarrollo legislativo, con un alcance general relativo a toda relación jurídica y aplicable a todo el Estado en virtud de un criterio armonizador y que impida la diversidad que reconoce y es propia del Estado autonómico, poniendo en duda, el Tribunal, la posibilidad de una regulación general del principio de igualdad.

A ello se añade el que, como pone de manifiesto en la Sentencia 144/1988, el principio de igualdad no implica una exigencia de univocidad (vid. arts. 14 y 9.2 CE y art. 3.1 y 2, de la Constitución italiana) en la interpretación de las normas, lo que conduce a excluir una regulación general o integral de la igualdad, valor superior del ordenamiento jurídico y principio constitucional capital (Sentencia 76/1983), que debe proyectarse en los sectores concretos de ese ordenamiento desde su transversalidad, contextualidad y reconocimiento casuístico (precisamente, por la singularidad circunstancial que se



asocia a la definición misma de “igualdad de trato” que, como el principio mismo de igualdad, tiene un significado prescriptivo y no meramente descriptivo, como reconoce la doctrina).

ii) De hecho, el propio texto señala, en su art. 3.2 relativo al ámbito objetivo de aplicación, que *“[l]o dispuesto en la presente Ley se entiende sin perjuicio de los regímenes específicos más favorables establecidos en la normativa estatal o autonómica por razón de las distintas causas de discriminación previstas en el apartado primero del artículo dos”*. Por su parte, en la Disposición final primera relaciona qué preceptos son de aplicación en todo el Estado, cuáles tienen carácter de legislación básica, cabiendo el desarrollo y ejecución autonómica, y cuáles son de aplicación por la Administración General del Estado.

iii) A lo largo del texto son varias las referencias a la aplicación preferente del derecho específico allí donde exista, singularmente en el Título IV del Anteproyecto, relativo a infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación, cuyo art. 42, que regula su objeto y ámbito de aplicación, establece que el régimen de infracciones y sanciones previsto será común en todo el territorio nacional, y podrá ser objeto de desarrollo y tipificación específica por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, y así mismo que en los ámbitos en que exista *“un régimen especial de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación, aquél resultará de aplicación preferente al previsto en esta Ley”*, mencionando expresamente que respecto a las personas con discapacidad se aplicará lo previsto en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, del régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

discapacidad, y en el orden social, el régimen será el contenido en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

iv) En su Disposición adicional décima, el Anteproyecto, establece la no afectación de esta norma a la legislación en materia de extranjería, como, por lo demás, establecen las Directivas comunitarias a transponer.

v) Este carácter de ley integral, al que ya ha recurrido el legislador en la materia denominada de igualdad de género (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, y Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), y su amplio y ambicioso objeto y ámbito de aplicación, probablemente expliquen los términos generales y programáticos, dirigidos a configurar futuras políticas públicas, en que se redacta el texto remitido y la falta de precisión que manifiesta en alguno de sus preceptos (cuestión a la que se referirá este informe más adelante).

El Anteproyecto parece, pues, una regulación del derecho a la igualdad, no tanto en su sentido clásico y general sino en el específico admitido por el Tribunal Constitucional como parte de su contenido como derecho a la no discriminación, en desarrollo del mandato del art. 9.2 CE a los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan u obstaculicen la igualdad real entre los individuos y los grupos y colectivos en que se integran.

3. Rango del Anteproyecto. Respecto al rango del Anteproyecto, el Tribunal Constitucional ha excluido de forma rotunda y explícita la



necesidad de Ley Orgánica para regular el principio de igualdad, afirmando, en su Sentencia 76/1983, que “[n]o resulta constitucionalmente defendible equiparar las materias que pueden ser objeto de recurso de amparo y las que han de ser reguladas por Ley Orgánica”, excluyendo, a continuación, expresamente el art. 14 CE de la reserva de ley orgánica que impone el art. 81.1 CE en materia de desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que se vincula a los recogidos en los arts. 15 a 29, esto es, en la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I de la Constitución, Sección de la que no forma parte, sino que sirve de apertura, el derecho a la igualdad.

De hecho, de la propia Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, pese a su denominación y como declara su Disposición final segunda, sólo poseen rango orgánico las tres primeras Disposiciones adicionales, dedicadas a establecer el criterio base y concepto de paridad, la reforma de la LOPJ y la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

4. Títulos competenciales. La materia objeto de este Anteproyecto se sitúa en el ámbito de la competencia, aunque no exclusiva en todos los aspectos, del Estado en los términos que se recoge en la Disposición final primera del texto remitido: de acuerdo con el art. 149.1.1ª CE, en tanto parte del contenido previsto constituye regulación de las condiciones básicas de ejercicio de los derechos fundamentales por los ciudadanos, garantizando la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, con el art. 149.1.2ª, del régimen de nacionalidad y extranjería, con el art. 149.1.6ª sobre competencias en legislación procesal y apartado 7 del mismo precepto, en materia



laboral, y 18, bases del régimen administrativo general y 27, de las normas básicas en materia de medios de comunicación social. El Anteproyecto además reconoce las competencias autonómicas de desarrollo en las materias afectadas.

Además de la existencia de títulos competenciales del Estado en la materia, la competencia del Estado viene avalada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha admitido que el Estado legisle con carácter supletorio en materias de competencia autonómica cuando se trate de incorporar Derecho comunitario al Derecho interno.

5. El texto del Anteproyecto ha sido acompañado de la documentación legalmente prevista, esto es, la **Memoria de Impacto Normativo**, que incluye Informes sobre la necesidad y oportunidad del Anteproyecto, sobre el impacto por razón de género de las medidas que establece, y la Memoria económica estimatoria de los costes si los hubiere, a que viene obligado por el art. 22 de la Ley del Gobierno. No obstante, en este último aspecto la Memoria es parca no incluye una información detallada sino meras referencias generales a una presunta o supuesta escasa incidencia en los Presupuestos Generales del Estado.

VI

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

1. **Contenido de las Directivas a transponer.** Como expresa su Exposición de Motivos, entre los **finés de esta ley está el de**



transponer las Directivas comunitarias 2000/43 y 2000/78, relativas, respectivamente, a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El contenido de estas Directivas es básicamente el mismo, coincidente en los aspectos tratados y en las obligaciones impuestas a los Estados, así como ocurre con el resto de Directivas en materia de discriminación e igualdad de trato que han sido aprobadas con posterioridad en distintos sectores y con diferente alcance, y que han sido mencionadas en apartados anteriores de este Informe.

De forma sucinta, el contenido de estas Directivas que se pretende incorporar al ordenamiento interno español y las obligaciones que imponen a los Estados es el siguiente:

a) El objeto y ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 es el de establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación (incluyendo las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y condiciones de contratación, promoción, el acceso a todos los niveles de orientación y formación profesional, condiciones de empleo y trabajo, remuneración, despido y afiliación y participación en organizaciones de trabajadores, de empresarios, o profesionales), con el fin de que los Estados apliquen el principio de igualdad de trato. El objeto de la Directiva 2000/43, es establecer ese mismo marco contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico pero con un contenido más amplio relativo a las condiciones de empleo en términos equivalentes a la anterior, y a la



protección social, seguridad social y asistencia sanitaria, ventajas sociales, educación y acceso a bienes y servicios disponibles para el público, así como la oferta de los mismos, incluida la vivienda.

b) La definición del concepto de discriminación directa e indirecta y de igualdad de trato, que se delimita por la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por alguno de los motivos mencionados en las Directivas, la declaración del acoso como forma de discriminación cuando tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno hostil, degradante, humillante u ofensivo, dejando que los Estados definan este concepto de acuerdo a su normativa y prácticas nacionales. Será también discriminación toda orden de discriminar.

c) El principio de igualdad de trato no impedirá a los Estados la acción positiva y las medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por alguno de los motivos considerados discriminatorios. Especialmente respecto a las personas con discapacidad, los Estados podrán mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, o dirigidas a crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral.

d) Los Estados podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección de la igualdad de trato, sin que la aplicación de la Directiva pueda suponer motivo para reducir el nivel de protección ya garantizado por los Estados. Son, por tanto, Directivas de contenidos mínimos obligados.



e) Los Estados velarán por la existencia de procedimientos judiciales o administrativos, incluidos los de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del principio de igualdad de trato. Igualmente velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas, de acuerdo con el Derecho nacional, que tengan un interés legítimo en la materia objeto de las Directivas, puedan iniciar en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones de las Directivas.

f) Conforme a su ordenamiento jurídico interno, los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha existido la vulneración del principio de igualdad de trato, con la premisa de que el demandante alegue hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. Los Estados pueden adoptar normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante.

g) Los Estados deben adoptar medidas de protección contra las represalias, para difundir lo dispuesto en las Directivas, y para fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales, para promover la igualdad de trato, incluido el control de las prácticas de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta y mediante la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas; fomentarán también la celebración de convenios que establezcan normas antidiscriminación, así como el diálogo con las organizaciones no gubernamentales.



h) Se declararán nulas o inválidas o se modificarán las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en contratos o convenios colectivos, reglamentos internos de las empresas o estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales.

i) Los Estados establecerán un régimen de sanciones para el caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de las Directivas, que incluirán indemnizaciones a la víctima, efectivas, proporcionadas y disuasorias.

j) Los Estados designarán, en el marco de la Directiva 2000/43, uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por razón de origen racial o étnico, con las competencias mínimas de prestar asistencia independiente a las víctimas a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación, sin perjuicio del derecho de las víctimas y de las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas legitimadas; realizar estudios independientes sobre discriminación, y publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con la discriminación.

2. Transposición realizada por el Anteproyecto. En principio, el Anteproyecto realiza una incorporación de las obligaciones impuestas por las Directivas comunitarias que, según afirma en la Exposición de Motivos, pretende transponer. Incluso amplía los motivos posibles de discriminación e incluye, entre los ámbitos objetivos de la aplicación del principio de no discriminación, todos los contenidos de la Directiva 2000/43, que ésta vincula con motivos de origen racial o étnico, y los



extiende a cualquier razón en que se funde la discriminación. Sin embargo, se advierte también que parte de los contenidos especificados en el Anteproyecto se contemplan en otras Directivas comunitarias, por lo que sería aconsejable que se expresase de forma más precisa en el Anteproyecto las Directivas efectivamente incorporadas a nuestro Derecho, como, por lo demás, exige la normativa a transponer.

Este es el caso, del apartado 2 del art. 12, relativo al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo y el trabajo por cuenta ajena, cuando se refiere a los servicios públicos de empleo, entidades colaboradoras y agencias de colocación autorizadas, que responde a lo previsto en la Directiva 2008/104; del art. 14, relativo al Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia, que es reflejo de la Directiva 2010/41; del art. 18, sobre el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la prestación de servicios sociales, que aborda la Directiva 2006/54; y del art. 20, del Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la oferta pública de bienes y servicios, que responde a la Directiva 2004/113, concretamente en la contratación de seguros y servicios afines, y a la Directiva 2006/54, con carácter más general.

De otra parte, se advierte que el contenido del Anteproyecto, a excepción de su pretendida integralidad y de la creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, no es totalmente novedoso en nuestro ordenamiento, bien por estar presente en legislación específica, bien por encontrarse asentado ya en nuestra jurisprudencia.



En cuanto a la modalidad que el Anteproyecto adopta, para atender el mandato del art. 9.2 CE, es la de una actividad de fomento o promocional, de carácter positivo (políticas activas de igualdad, que garanticen las condiciones para que ésta sea efectiva), de acuerdo con el espíritu y sentido de la Sentencia 216/1991.

De ello son buena muestra las medidas de fomento y protección pública que se adoptan en el Capítulo II del Título II (arts. 31-36), del Anteproyecto, dedicado a la promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva, incluyendo la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación, o el art. 2.2 del Anteproyecto que constriñe el motivo de edad como causa de discriminación en función de esa dimensión de promoción y protección, al señalar que *“[p]odrán establecerse diferencias de trato por razones de edad cuando así venga autorizado por normas con rango de ley, o cuando resulten de decisiones generales de las Administraciones Públicas destinadas a proteger a los menores de edad, a los mayores, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales.”*

Esta diferencia de trato en razón de edad, ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 5 de marzo de 2009, queda limitada a la posibilidad de establecer excepciones en virtud de objetivos legítimos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. Las diferencias de trato en razón de edad sólo pueden adoptarse por los Estados, cuando estén «objetiva y razonablemente» justificadas por una finalidad legítima y siempre que los medios para



lograr este objetivo sean adecuados y necesarios, correspondiéndole al Estado la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado, lo que acredita un nivel elevado de exigencia probatoria.

No obstante esta vocación de plenitud, el Anteproyecto no contempla una dimensión de la igualdad que también recoge el art. 9.2 CE, a saber, la promoción de la igualdad efectiva de los grupos y colectivos en que se integra el individuo (como ha reconocido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 253/2004), a salvo del cierto reconocimiento implícito que deriva de la legitimación activa de asociaciones y personas jurídicas que tengan entre sus fines la promoción y defensa de la igualdad de trato y no discriminación.

Esta carencia debería superarse, para evitar que, al separar a los ciudadanos de su contexto social, se debilite la efectividad de la garantía que el Anteproyecto, con carácter amplio, pretende establecer.

3. La diferente vinculación del principio de igualdad de trato entre los particulares. La evidente e indisoluble relación que se establece entre igualdad y libertad en los albores del constitucionalismo y que se mantiene en los textos actuales, en tanto la igualdad se configura como fundamento de la libertad del individuo, ha de ser referente en el análisis de esta materia y, por tanto, de este Anteproyecto, singularmente en lo que se refiere a la vinculación de la igualdad a las relaciones entre particulares. Como ha sostenido el Tribunal Constitucional (entre otras Sentencias 128/1987 y 166/1988), el art. 14 CE contiene dos normas diferenciadas, la primera que prescribe la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por parte de los poderes públicos, y la segunda, que se extiende al ámbito de los



particulares y que, aún reconociendo que la vinculación a aquellos, en la relación jurídica de ciudadanía, no es tan intensa como respecto a los poderes públicos, establece la prohibición de discriminaciones, ordenando la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que la inspiran. De hecho, la mayoría de los preceptos tienen como destinatarios a los poderes públicos, especialmente en el empleo público, la negociación colectiva, la educación, la sanidad, atención sanitaria y los servicios sociales, y la vinculación respecto a los particulares no se extiende más allá de lo previsto en términos generales en la normativa comunitaria a trasponer.

El escenario más habitual donde el principio de no discriminación puede entrar en colisión con el ejercicio de la autonomía de la voluntad es el referido al marco jurídico en el que se ejercita la libertad contractual (libertad para fijar el contenido de un contrato), así como el de la libertad para contratar. Esta última libertad puede llegar a conculcar el derecho a la igualdad de trato del afectado por la decisión [de no contratar], cuando comporte una discriminación relativa a alguno de los factores enumerados no exhaustivamente en el artículo 14 CE. La explicación teórica más habitual es que un ejercicio tal de la libertad contractual podría contravenir el *orden público* constitucional (del que indudablemente forma parte el artículo 14 CE), que se erige como límite expreso a la autonomía de la voluntad, en virtud del artículo 1255 del Código civil, o bien podría conllevar un ejercicio abusivo o antisocial del propio derecho, con contravención del artículo 7.2 del Código civil.

Ello se corrobora, como queda dicho, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según la cual también en el ámbito de las



relaciones *inter privatos* opera la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al principio de igualdad. De esta forma, en el ámbito de las relaciones entre particulares, en las relaciones sinalagmáticas, en la que el libre ejercicio de los derechos se conecta ineludiblemente con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad que son fundamento del orden político y la paz social, tal como reza el art. 10.1 CE, no está vedada toda desigualdad de trato, sino sólo aquella que se funde en alguna de las causas discriminatorias prohibidas en el artículo 14 CE, u otras análogas.

Así, en la Sentencia 34/1984, de 9 de marzo, en la que se trataba de saber, a decir del propio Tribunal, *“si la concesión de una cantidad que carece de justificación objetiva a unos trabajadores y no a otros vulnera el derecho a la igualdad. Dicho de otro modo, si el principio de igualdad exige la identidad en la retribución, admitiéndose exclusivamente las diferencias que estén objetivamente justificadas en tanto que lo estén”*, se razona que el hecho de que el asunto se plantee en un ámbito de relaciones entre particulares, *“por sí sólo no supone la exclusión de la aplicación del principio de igualdad”*, aunque el ámbito en el que el problema se suscita, sí origina *“una matización importante en la aplicación del principio de igualdad con efectos determinantes en nuestro caso”*. Tras recordar que el hecho de que la legislación laboral, en desarrollo del artículo 14 CE, prohíba la discriminación entre trabajadores por una serie de factores, no implica, según general opinión, la existencia de una igualdad de trato en sentido absoluto, la Sentencia observa que *“ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad, que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece,*



dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales”. Y concluye: “En la medida, pues, en que la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad. No afecta para nada a ello la argumentación del recurrente sobre las consecuencias que una situación de este tipo puede originar (vejación del trabajador, desunión de los trabajadores, etc.). Como toda medida en que se manifiestan los poderes empresariales, la licitud dependerá de un ejercicio dirigido hacia los fines por los cuales tales poderes se reconocen, y es evidente que una finalidad vejatoria, por ejemplo, convertirá en ilícita la medida, pero, aparte de que ello deberá demostrarse, el problema se sitúa en un ámbito diferente al del principio de igualdad” (F. J. 2º).

En la Sentencia 108/1989, de 8 de junio, se advierte cómo “*el respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE*” (F. J. 1º), mientras que en la STC 2/1998, de 12 de enero, se señala cómo “*la doctrina de este Tribunal relativa a la aplicación del principio de igualdad en materia salarial ha establecido una importante diferencia entre los casos en los que la desigualdad retributiva alegada se produce en el ámbito de las relaciones entre particulares, y aquellos otros en los que el empresario o empleador es la Administración Pública, siempre y cuando la diferencia salarial*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cuestionada no tenga un significado discriminatorio, por incidir, entre otras, en alguna de las causas prohibidas por la Constitución”, remitiéndose a continuación a la doctrina sentada en la STC 34/1984 (F. J. 2º).

Por su parte el Auto del mismo Tribunal 1069/1987, de 30 de septiembre, por el que se inadmite el recurso de amparo de un copropietario en régimen de propiedad horizontal que alegaba infracción del artículo 14 CE frente a la sentencia de la Audiencia Provincial que le había condenado al derribo del cerramiento de una terraza a instancias de una demanda interpuesta por otros vecinos, siendo así que éstos no habían demandado a su vez a otros copropietarios que habían realizado cerramientos similares, indica que *“es posible entender que algunos derechos fundamentales producen un cierto grado de eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares y que, en tal caso, se encuentra el derecho a no ser discriminado que establece el art. 14 de la Constitución, cuando se trata de las discriminaciones típicas -por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o condición social-. No puede decirse lo mismo cuando se trata del ejercicio de derechos y de acciones en el que no es posible encontrar discriminación. Ningún precepto, ni constitucional ni ordinario (salvo, en ocasiones, el principio de buena fe del art. 7 del Código Civil y la regla de comportamiento coherente en él establecida, que aquí están en cuestión), obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones en forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes, sin que, fuera de los mencionados casos de buena fe o abuso del derecho, se puedan medir los móviles que a tal actuación impulse. Es claro, por ejemplo, que un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro,*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

o reclamar prontamente la deuda a uno y condonarla total o parcialmente a otro” (F. J. 1º).

Por consiguiente, lo que el artículo 14 CE prohíbe, como parte del orden público, es que el ejercicio arbitrario de la autonomía privada pueda producir discriminaciones manifiestamente contrarias a las expresamente prohibidas en dicho precepto (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión), o a otras que deriven de condiciones o circunstancias personales o sociales que posean igualmente, por razones históricas, geográficas, económicas o de otra índole, la trascendencia social indispensable para que dicha prohibición alcance el valor de orden público. Esa limitación de la autonomía operará con mayor o menor eficacia dependiendo de la naturaleza de los negocios jurídicos considerados, los derechos que se ejerzan o las circunstancias que concurren. En principio, cabe afirmar que el principio de igualdad tendrá escaso margen de incidencia en los negocios a título gratuito, o en el mero ejercicio de los derechos (v. gr. a la hora de reclamar un crédito a un deudor y no a otro, o de reaccionar frente a una vulneración de la propiedad cometida por un sujeto y no frente a la cometida por otro), siendo mayor su incidencia en la contratación dirigida al público en general (prestaciones de bienes y servicios), sobre todo cuando se trate de contratación que recaiga sobre materias socialmente importantes y el sujeto discriminador ostente una posición total o parcialmente dominante en el mercado.

En este sentido, la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios de suministro, establece en su art. 3.1, que *“se aplicará a todas las personas que suministren bienes y*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

servicios disponibles para el público, con independencia de la persona de que se trate, tanto en lo relativo al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en ese contexto”, y, en el párrafo 2 del mismo precepto establece, que la “presente Directiva no afectará a la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante.”

En consecuencia, cabe sostener que el impacto del principio de igualdad es menor cuando estemos ante contratos o negocios que se proyecten principalmente en el ámbito personal, familiar o doméstico (así, autonomía para contraer matrimonio, contratación de personal de servicio doméstico, contratación de profesor particular, entre otros supuestos).

El Anteproyecto contiene algunos preceptos relativos al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en los artículos 19, 20 y 21, que se refieren al derecho de igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda, en la oferta pública de bienes y servicios, y en establecimientos o espacios abiertos al público respectivamente.

En estos tres preceptos, se observa que la exigencia de no incurrir en desigualdad de trato por alguna de las causas de discriminación que contempla el artículo 2 del Anteproyecto, se aplica o bien a Administraciones públicas, o bien a sujetos privados que reúnan la característica de ser:



- “*Prestadores de servicios* de venta, arrendamiento o intermediación inmobiliaria” (artículo 19.2);
- “*Entidades, empresas o particulares* que ofrezcan al público bienes y servicios *de consumo*” (artículo 20.1);
- “Titulares de establecimientos y locales o espacios *abiertos al público*” o sujetos que organicen “espectáculos públicos o actividades recreativas” (artículo 21.1 y 3).

En todos los casos se aprecia la nota de ofrecimiento al público y/o de habitualidad o profesionalidad en la actividad de que se trate, lo que implica que el Anteproyecto se circunscribe a los ámbitos en los que el oferente dirige su oferta públicamente a cualesquiera destinatarios, desarrollando su actividad con la nota de profesionalidad, quedando, como impone la Directiva, fuera los supuestos de contratación entre particulares en los que en el oferente no concurra la condición de “prestador de servicios”, en la dicción del Anteproyecto, es decir, no sea una de las “personas que suministran bienes y servicios para el público fuera del ámbito de la vida privada y familiar”, expresión más precisa y que debiera sustituir en el texto del Anteproyecto a la más indeterminada “prestador de servicios”:

Por lo que se refiere a la correspondencia entre esta parte del Anteproyecto y las disposiciones de las Directivas a cuya transposición se tiende, conforme a la Exposición de Motivos del texto en tramitación, el contraste debe establecerse fundamentalmente con la Directiva 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, y con



la Directiva 2004/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, ya que las Directivas 2000/78/CE y 2002/73/CE se circunscriben al ámbito estrictamente laboral (igualdad de trato en el empleo y la ocupación la primera, y acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, la segunda).

La Directiva 2004/113/CE se aplica a “todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público, (...) y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar” (artículo 2.1), si bien sólo se refiere a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (artículo 1), y de hecho no afecta “a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante” (artículo 2.2.). La cobertura o pie que ofrece la Directiva al Anteproyecto es, por tanto, únicamente parcial, puesto que aquélla sólo se dirige a combatir actos de desigualdad que se apoyen, como factor discriminador, en el sexo de la persona. Ciertamente, se trata de una Directiva de mínimos, pero la facultad de los Estados miembros de introducir o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad, se circunscribe al ámbito estricto de la igualdad entre hombres y mujeres, como señala su artículo 7.1.

En cuanto a la Directiva 2000/43/CE, conforme a su artículo 3.1, se aplica a todas las personas en relación, entre otros casos (v. gr. acceso al empleo, a la formación profesional, a la protección social, a la educación), con el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. Su objeto se circunscribe a la lucha contra la discriminación por motivos de origen



racial o étnico (artículo 1). No obstante, el artículo 6.1 admite que los Estados miembros adopten o mantengan “disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva”. No hay aquí una referencia explícita al concreto factor discriminador (etnia, raza) que constituye el eje de la Directiva, pero debe inferirse que el carácter de Directiva de mínimos se establece en relación con ese específico objeto.

Este principio de igualdad también ha de proyectarse, para ser pleno y efectivo, sobre la capacidad para fijar las condiciones del contrato, proscribiendo la adopción en el mismo de cláusulas o estipulaciones discriminatorias por alguna de las razones constitucionalmente previstas. Así se desprende del art. 19.2 del Anteproyecto que establece la obligación de los prestadores de servicios de venta, arrendamiento o intermediación inmobiliaria, de *“respetar en sus operaciones comerciales el derecho a la igualdad de trato y no discriminación”*, y prohíbe, en su apartado b), *“[d]iscriminar a una persona en cuanto a los términos o condiciones de la venta o arrendamiento de una vivienda con un fundamento en las referidas causas”*, previsión que extiende a *“los locales de negocio”*, y del art. 20.1, que proscribe en la concertación de contratos de seguro *“establecer diferencias de trato en las condiciones de los mismos por razón de alguna de las causas mencionadas en el artículo dos de la presente Ley, salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro y a las condiciones objetivas de los solicitantes.”*

Con carácter general, el art. 23, declara la nulidad de pleno derecho de *“las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan, causen o puedan causar discriminación”*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

De otra parte, siguiendo con esta perspectiva, de la distinta vinculación de la ley a los poderes públicos y a los particulares, en el ámbito de sus relaciones sinalagmáticas singulares, el Anteproyecto prevé, en el último párrafo del apartado 1 del art. 12 que *“[n]o constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con una causa de discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”*, disposición que resulta especialmente relevante en el caso de las llamadas “empresas ideológicas” o “de tendencia”, que, en ejercicio de su libertad ideológica o religiosa, de información, o de prensa y de opinión, pueden requerir de una persona la coincidencia con ese factor de la empresa que resulta determinante para la prestación laboral, como puede ser partidos políticos, y singularmente, centros educativos vinculados a confesiones religiosas o medios de comunicación social. Lo anterior no puede significar, en ningún caso, que esta excepción ampare supuestos de discriminación por alguna de las causas constitucionalmente reconocidas, sino que permite la diferenciación siempre que ésta se encuentre justificada, sea razonable y proporcionada al objetivo perseguido, esto es, que constituya una característica o requisito profesional esencial y determinante para el ejercicio de la función, siempre que el objetivo sea legítimo, y el requisito proporcionado.

En este sentido, en el ámbito de la actividad de los medios de comunicación social, no en el de la contratación, el art. 22 impone a los



mismos el respeto al derecho de igualdad de tratamiento, evitando toda forma de discriminación en el tratamiento de la información, en sus contenidos y su programación; imposición que no es nueva en el ámbito del derecho audiovisual, sino que ya estaba presente, en relación con la discriminación de la mujer, en la Ley 25/1994, de transposición de la Directiva comunitaria “Televisión Sin Fronteras”. Tampoco es absolutamente novedoso respecto a lo prescrito en la Ley General de Publicidad, el contenido del art. 22.3 que considera publicidad ilícita la comunicación publicitaria, comercial o institucional que contenga elementos de discriminación por alguna de las causas de la Ley. En consecuencia, se recomienda al legislador que ambas obligaciones procedan a integrarse en sus respectivas leyes reguladoras, procediendo a su modificación en las Disposiciones adicionales de la ley, como se ha hecho con las reformas de las leyes procesales y de otras leyes afectadas por el Anteproyecto, a fin de dar seguridad a la determinación de la conducta ilícita, máxime cuando ésta puede llevar aparejado un régimen de sanciones que habrá que entender que es el propio de la legislación específica en materia de publicidad.

En el ámbito de la aplicación del principio de igualdad de trato en el ámbito de la educación, el art. 16.2 establece que *“[e]n ningún caso los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos a grupos o personas individuales por razón de alguna de las causas establecidas en esta Ley, podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública”*.

Esta prescripción no puede considerarse una sanción por conducta discriminatoria, sino como la imposibilidad de obtener un beneficio público en el caso de que esos centros educativos, en virtud de su propio ideario ideológico, nieguen el acceso a grupos de personas



o personas determinadas en función de la concurrencia en las mismas de alguno de los motivos de eventual discriminación, y guarda coherencia con lo que prevé el art. 4.5 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, al establecer que “[/]os poderes públicos no facilitarán ningún tipo de ayuda a las asociaciones que en su proceso de admisión y en su funcionamiento discriminen por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

En todo caso, este precepto habrá de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España, como establece el art. 10.2 CE.

Desde una perspectiva de seguridad jurídica y máxima efectividad de los derechos fundamentales, se aconseja una mejora de la redacción del art. 16.2 del Anteproyecto, proponiéndose la siguiente:

"2. En ningún caso, los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos, discriminándolos, a grupos o individuos, por alguna de las causas establecidas en esta ley, podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública".

4. El ámbito subjetivo de aplicación del Anteproyecto: los motivos de discriminación. Se ha de llamar la atención de que la **amplitud de los motivos en que cabe fundar la posible discriminación** que se incluyen en el Anteproyecto no puede proyectarse de igual modo en todos los sectores que constituyen el ámbito objetivo de aplicación de la ley, siendo en el ámbito de las relaciones laborales y la contratación de bienes y servicios, y servicios



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sanitarios, prestaciones sociales y de educación, con incidencia especial en los servicios públicos, donde despliegan la mayoría de sus efectos, como por lo demás ponen de manifiesto las Directivas comunitarias y los sectores y ámbitos a que se dirigen, así como la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otra parte, y frente a lo anterior, el Anteproyecto no incluye, como se ha expuesto en alguna ocasión anterior, entre los criterios la nacionalidad, salvo la aplicación de la legislación en materia de derechos y deberes de los extranjeros. Esta regulación es plenamente coherente con la prevista en las Directivas comunitarias que, recuérdese, centran su ámbito de aplicación preferentemente, en la contratación laboral, y el acceso y condiciones de trabajo.

Desde esta perspectiva, la exclusión de la nacionalidad entre los motivos discriminatorios está justificada en tanto el acceso al empleo está vinculado con la regularidad de la entrada en el territorio nacional, y el régimen de obtención del derecho de residencia, así como con la posibilidad de establecer diferentes condiciones de acceso de los extranjeros a determinadas prestaciones respecto de los nacionales. Sin embargo, dado que el ámbito objetivo del Anteproyecto es mucho mayor, la exclusión es de más difícil justificación si atendemos a sanidad, educación, o acceso a bienes y servicios a disposición del público. Ello sin perjuicio, siempre, de la limitación establecida en el art. 13.1 CE que circunscribe el estatuto básico de los extranjeros a lo dispuesto en los Tratados y en las Leyes.

Finalmente, esta amplitud del ámbito subjetivo de aplicación del Anteproyecto se cierra con una cláusula abierta, recogiendo así la



redacción del art. 14 CE y su cláusula de apertura. Esta cláusula debe ser interpretada en su sentido constitucional, como fórmula de apertura para un *numerus clausus* de posibles motivos de discriminación, que tanto la jurisprudencia constitucional, como la ordinaria, han vinculado con las razones históricas de la desigualdad, y los colectivos que la han padecido, y han explicado a partir de la *vis expansiva* de los derechos fundamentales.

Como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de enero de 2009, *“la cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, «pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta».* Los factores de diferenciación comprendidos en ella son *aquellas condiciones o circunstancias que «históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas».* En los términos de la STC 166/1988, se trata de *«determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas» que han situado a «sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE.»*

Respecto a la enfermedad como criterio de discriminación, el párrafo 3 del art. 2 del texto remitido establece que *“[l]a enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de las mismas, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigencias por razones de salud pública”*, siguiendo la redacción prácticamente equivalente de las Directivas comunitarias.



Sin embargo, el criterio del Tribunal Supremo para apreciar la enfermedad como motivo de discriminación y declarar, por tanto, el despido nulo en lugar de improcedente ha sido mucho más estricto, admitiendo la libertad del empresario al configurar la prestación y atender a la rentabilidad del mantenimiento del contrato de trabajo.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 27 de enero de 2009 que reitera jurisprudencia ya consolidada, sostiene que *“manteniendo la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que la enfermedad “en sentido genérico”, “desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo”, no puede ser considerada en principio como un motivo o “factor discriminatorio” en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29-1-2001, citada). Se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que “el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa (STS 29-1-2001, citada). De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) ET, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación.”*

Y, continúa el Tribunal sosteniendo que *“[s]ólo en determinados supuestos, por ejemplo el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, puede el despido por enfermedad*



o baja médica ser calificado como despido disciplinario, viciado de nulidad. Pero se trata, en realidad, como ha declarado recientemente el Tribunal Constitucional (STC 17/2007), de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo, en cuanto que la decisión o práctica de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo por motivo concerniente al estado de gestación sólo puede afectar a las mujeres, situándolas en posición de desventaja con respecto a los hombres.”

5. Alcance de las definiciones legales. Las definiciones a efectos de la Ley del sentido y contenido del derecho a la igualdad y no discriminación, así como con las conductas prohibidas y susceptibles de integrar una infracción que conlleva la imposición de la sanción pertinente, se contienen también en el Capítulo I, del Título I del Anteproyecto (arts. 4 a 11), relativo a las Disposiciones generales, donde se incluyen las **definiciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación**, de discriminación directa e indirecta, discriminación por asociación y discriminación por error, discriminación múltiple, acoso discriminatorio, inducción, orden o instrucción de discriminar, represalias, y medidas de acción positiva.

Las definiciones siguen, en principio, el contenido de las Directivas, de hecho reproducen prácticamente su tenor, así como las que se incorporaron, por discriminación directa e indirecta, a la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres, y cuyo sentido ha sido interpretado por la jurisprudencia tanto nacional como comunitaria de forma recurrente.



Sin embargo, en el Anteproyecto se amplían los supuestos de posible discriminación al añadirse la discriminación por asociación y por error, y discriminación múltiple, aquella en que operan dos motivos de discriminación y que ha sido en ocasiones admitida jurisprudencialmente (a ella se refiere la Sentencia de 27 de enero de 2009, si bien para reconducir la discriminación por maternidad a discriminación por razón de sexo), conceptos que no están definidos, ni vienen impuestos por la norma comunitaria.

En este sentido, admitiendo las dificultades de describir de forma detallada estos conceptos, se recomienda al legislador un esfuerzo de concreción de las definiciones, en los términos de las Directivas europeas y de la jurisprudencia consolidada, con el objetivo de incrementar la certidumbre en las definiciones y la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de la norma, en especial, por su proyección en el régimen de infracciones y sanciones.

Así, el enunciado genérico e indiferenciado, -conducta, acto, criterio o práctica-, que se contiene en el art. 4.1, segundo párrafo del Anteproyecto, resulta, de un lado, redundante, y de otro introduce confusión en punto a la concreción y sentido que deba darse al término “criterio” (que reaparece en el art. 4.2 del Anteproyecto). Parece, pues, aconsejable definir el derecho tal y como se realiza, de acuerdo con el texto comunitario, en el primer párrafo de este precepto y apartado, y, en todo caso, limitar el segundo párrafo a prohibir cualquier conducta que atente contra el mismo; máxime cuando a continuación insiste el Anteproyecto en considerar vulneraciones del derecho toda discriminación, directa o indirecta, por asociación y error, la discriminación múltiple, el acoso, la inducción, orden o instrucción de



discriminar, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales.

De otra parte, en el apartado 4.2 del Anteproyecto dispone que *“[n]o se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley derivada de una disposición, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla.”* Esta excepción, en la normativa comunitaria que sirve de referencia, se anuda a la discriminación indirecta, no se establece con carácter general. No obstante, ello no impide que el legislador la establezca en los términos que recoge el Anteproyecto, toda vez que así lo ha identificado la jurisprudencia comunitaria al examinar los supuestos de discriminación positiva, singularmente en relación con la maternidad-paternidad y el reconocimiento del permiso de lactancia (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de septiembre de 2010, rec. C-104/2009), o las disposiciones sobre cláusulas de extinción automática de contratos de trabajo por alcanzar la edad de jubilación el trabajador (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de octubre de 2010, rec. C-45/2009).

6. Las garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. El Capítulo I del Título II, que comprende los arts. 23 a 30, regula las garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, incluyendo el régimen de nulidad de pleno derecho, las medidas de protección frente a la discriminación, la atribución de responsabilidad patrimonial, la tutela judicial, el reconocimiento de



legitimación, las reglas relativas a la carga de la prueba, la actuación administrativa contra la discriminación y el Ministerio Fiscal.

a) En términos generales, el texto sigue los contenidos comunitarios, sin apartarse de ellos y en los límites del margen de actuación que reconocen las Directivas a los Estados, y que corresponde definir al legislador, que, puede decirse, mantiene y continúa la regulación y forma de protección del derecho que adoptó en su día la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

No obstante, se ha de señalar que el Anteproyecto opta por la máxima protección del derecho, previendo, en su art. 23, la nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan, causen o puedan causar discriminación, pues, las Directivas obligan a los Estados miembros, art. 15 de la Directiva 2000/78, a adoptar las medidas necesarias para que se supriman las disposiciones legales, reglamentarios y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, y que *“se declaren o puedan declararse nulas, inválidas o se modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales”*.

Respecto a este precepto del Anteproyecto, se ha de alertar nuevamente de la ambigüedad e indeterminación que produce la utilización del término que “puedan causar discriminación”, a la hora de determinar si una disposición, acto o cláusula puede o no tener este efecto y en consecuencia declarar su nulidad radical, de pleno derecho.



El art. 26 del Anteproyecto recoge, de un lado, la proclamación genérica del conjunto de medidas que puedan adoptarse para poner fin a una situación de discriminación, y, de otro, la previsión de determinadas medidas específicas en función de la finalidad perseguida por las mismas (así, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores del derecho, a la indemnización de bienes y perjuicios y restablecimiento del perjudicado en el pleno ejercicio y goce del derecho conculcado). La formulación que contiene el texto remitido es genérica y abierta, de carácter eminentemente procesal, que exigirá para su efectividad de la inclusión de las medidas en las leyes procesales, y su concreción y articulación en instrumentos procesales, como las acciones de cesación, las medidas cautelares o la adopción de medidas ejecutivas.

b) Por cuanto interesa a este informe, merecen reseñarse la regulación de la legitimación, de la carga de la prueba y la referencia al Ministerio Fiscal. Habida cuenta la evidente relación de estas cuestiones con las reformas introducidas por las Disposiciones adicionales en las normas procesales, éstas también se comentarán a continuación, de forma conjunta con los aspectos enunciados.

i) La **legitimación para la tutela del derecho a la igualdad de trato y no discriminación** se reconoce, en el art. 27 del Anteproyecto, en los términos de las leyes procesales y sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, a *“los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa del derecho a la igualdad de trato y no*



discriminación”, “para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas y asociadas en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, siempre que cuenten con su autorización”.

A estos efectos, se entenderá que las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones legamente constituidas tienen este fin primordial si acreditan los siguientes requisitos, que son acumulativos:

- Que tengan entre sus fines estatutarios la defensa y promoción de la igualdad de trato y no discriminación por alguna o algunas de las causas de la ley.
- Que se hubieran constituidos legalmente al menos dos años antes de la iniciación del proceso judicial, y ejerzan de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos, salvo que ejerciten acciones administrativas o judiciales en defensa de los miembros que la integran.
- Que según sus estatutos sean de ámbito estatal en el desarrollo de sus actividades o, en su caso, ejerzan su actividad en un ámbito territorial afectado por la posible situación de discriminación.

Consecuencia de esta previsión, las Disposiciones segunda y tercera del Anteproyecto prevén la modificación, respectivamente, de los arts. 11 bis y 222.3 LEC y 19.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Puesto que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ambos tienen un contenido igual, se utilizará como referencia en esta explicación la reforma de la LEC, por ser, además norma procesal supletoria.

El art. 11 bis reconoce, en los términos del Anteproyecto, legitimación activa para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, a los interesados y *“siempre con su autorización, estará también legitimados la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, así como, en relación con las personas afiliadas o asociadas a los mismos, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de este derecho”*.

Cuando las personas afectadas sean una pluralidad, un colectivo indeterminado, o difícilmente determinable, la legitimación, según prevé el Anteproyecto para el art. 11.bis 2 LEC, corresponderá a la Autoridad, a los partidos, sindicatos y demás asociaciones mencionadas, *“sin perjuicio en todo caso de la legitimación individual de aquellas personas afectadas que estuviesen determinadas”*.

En principio, el reconocimiento de legitimación activa a favor de asociaciones que representan y defienden, o promocionan, intereses y derechos colectivos, o de colectivos, no es nuevo en nuestro Derecho. Ya está presente en la legislación laboral, y en el ámbito de la legislación civil en el propio art. 11 LEC, en materia de consumidores y usuarios, y discapacitados (art. 19 de la Ley 51/2003). Constituye, pues, un ejemplo más de legitimación extraordinaria, derivada del reconocimiento expreso legal, y no de la titularidad de un derecho o



interés legítimo personal. Es pues, una decisión del legislador que no plantea objeción alguna. Por otra parte, esta previsión responde cabalmente con lo establecido en el art. 9.2 de la Directiva 2000/78, en relación con las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas, siempre que, como establece el Anteproyecto, cuenten con la autorización del afectado.

Sin embargo, entre las funciones que se otorgan en el art. 13.2 de la Directiva 2000/43 al organismo de promoción de la igualdad de trato que debe designar cada país, y que, como se verá más adelante en este Informe, será la Alta Autoridad que crea el Anteproyecto, no se contiene una referencia clara a esta legitimación sino que se impone a los Estados el que estos organismos cuenten al menos con la competencia para, dice textualmente el texto comunitario, *“sin perjuicio del derecho de víctimas y asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas”, “prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación.”*

La función que se reconoce al citado organismo en el ámbito comunitario, no se extiende a la legitimación procesal. Por otra parte, esta institución no se contempla en la directiva 2000/78.

En los procesos por acoso sexual y acoso discriminatorio, sólo estará legitimada la persona acosada, como dispone el apartado 3 del art. 11 bis LEC, según lo dispuesto en la Disposición adicional segunda del Anteproyecto.

En cuanto a la modificación del art. 222.3 LEC, el apartado 3 de la disposición adicional segunda del Anteproyecto, establece que *“[/]a cosa*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en los artículos 11 y 11 bis de esta Ley.”

Por tanto, el **efecto de cosa juzgada** se extiende a aquellos que, sin participar directamente en el proceso, han prestado su autorización, su consentimiento para que actuasen, bien la Autoridad para la Igualdad de Trato y No Discriminación, bien uno de los partidos políticos, sindicatos o demás asociaciones referidas. En este último caso, por la remisión al art. 11 bis, podrá actualizarse respecto a las personas afiliadas o asociadas a las respectivas organizaciones, no frente a terceros ajenos. Es decir, que estas organizaciones no podrán actuar en nombre y defensa sino de sus afiliados o asociados, y siempre mediando su consentimiento, con su autorización. De no ser así, la extensión del efecto de cosa juzgada afectaría a la tutela judicial de los derechos de terceros ajenos al proceso. Se recomienda por tanto que la norma exija que el consentimiento, la autorización, prestada por el afectado sea expreso y explícito, y que, en el art. 27.1, se sustituya la expresión “de las personas afiliadas y asociadas”, por “sus afiliados y asociados”.

Esta ampliación de la extensión del efecto de cosa juzgada ahora se prevé para los titulares de derechos en procesos para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios (artículo 11 LEC). Se trata de un supuesto de extensión del efecto de cosa juzgada a quien no ha sido parte en el proceso, como excepción al principio de *res iudicata inter partes*.



Ahora bien, hay una diferencia importante respecto a los procesos en materia de consumidores y usuarios, y es que el artículo 15 prevé expresamente que *“en los procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios”*, se llame al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses. Y cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido. Incluso cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Secretario judicial determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento.

En el supuesto de procesos por discriminación no se prevé esta llamada al proceso a los posibles interesados, por lo que oponerles el efecto de cosa juzgada sin haber sido llamados y haberles dado la



oportunidad de personarse podría afectar al principio de audiencia; objeción que sólo queda salvada al considerar que la autorización del interesado para que ejerzan las acciones los terceros con legitimación extraordinaria (sindicatos, partidos políticos, etc.) supone ya conocimiento de la existencia de un proceso cuyos efectos de cosa juzgada le van a ser extensivos.

ii) En los términos de los arts. 10 y 8 de las Directivas 2000/78 y 2000/43, el art. 28 del Anteproyecto incorpora con carácter general las **reglas relativas a la prueba** propias y asentadas, jurisprudencial y legislativamente, de forma especial en el ámbito laboral, en el derecho contra la discriminación.

Según el precepto citado, y de acuerdo con las normas procesales y reguladoras de procedimientos administrativos, *“cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte un principio 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”*. A estos efectos, el órgano judicial o administrativo, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe de los organismos autónomos en materia de igualdad.

Estas reglas de la prueba, tal y como sostiene el art. 28.3, no serán de aplicación en los procesos penales, ni administrativos sancionadores; exclusión que deriva de la aplicación estricta del principio de culpabilidad en estos procesos así como de la vigencia y aplicación a los mismos del derecho a la presunción de inocencia, que consagra la Constitución en su art. 24.2, *in fine*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La regulación del Anteproyecto no es desconocida en nuestro ordenamiento (ya se recoge el art. 20 de la Ley 51/2003, y art. 36/2003, o en el art. 47 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, de la Comunidad Autónoma de Cataluña), ni en nuestra jurisprudencia (así, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2000, o por citar algunas de otros Tribunales, Sentencias de 22 de abril de 2009, de 8 de septiembre, y de 30 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; de 4 de noviembre de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia). Antes bien, se recoge en el derecho laboral y en el art. 13 de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, que transpuso, en esta materia, la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, y que también se consagra en el art. 9 de la Directiva 2004/113; en el Preámbulo de la Directiva 2002/73; en el arts. 3.1.b) y 4 de la Directiva 1997/80, y en el art. 10 de la Directiva 2000/78.

Es también reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia (Sentencias, entre otras, y a partir de la Sentencia 38/1981, 82/1997; 293/1993), sosteniendo, conforme a la doctrina consolidada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia, por todas, de 30 de junio de 1988, asunto Comisión contra República Francesa), que se exige al demandado que pruebe que los hechos objeto de controversia son legítimos, justificados, exentos de motivación discriminatoria, sin perjuicio de exigir al demandante que señale indicios de los que deducir o presumir una conducta discriminatoria.



Expresivo al respecto es el fundamento jurídico 3 de la Sentencia 173/1994 del Tribunal Constitucional, reiterado en la Sentencia de 22 de marzo de 1999, en la que el Tribunal considera que esta regla probatoria procesal se encamina a hacer transparentes, en el ámbito del acceso al empleo, los criterios de selección de trabajadores a fin de que el órgano judicial en su función tuteladora del derecho fundamental los conozca y valore, *“dada la singular dificultad probatoria que reviste en tales casos la constatación de la conducta empresarial discriminatoria, máxime en la modalidad calificada como indirecta o de resultado adverso. Ahora bien, esta exigencia al empleador de acreditar que los criterios seguidos son ajenos a todo móvil de trato discriminatorio, por descansar en razones objetivas, sólo es procedente en aquellos casos en que la parte demandante aporte al proceso un mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia.”*

El precepto del Anteproyecto regulador de esta cuestión, se completa con las reformas introducidas en las leyes procesales, a saber, la reforma del art. 217.2 LEC, del art. 60.7 LJCA, y la adición de un apartado 4º al art. 80 de la Ley 30/1992, de Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública, para los procedimientos administrativos.

iii) Respecto al **Ministerio Fiscal**, el art. 30 establece que el Fiscal General del Estado designará un fiscal de Sala delegado para la tutela de la igualdad de trato y la no discriminación, correspondiendo al Gobierno fomentar la formalización especializada en esta materia de los miembros del Ministerio fiscal. Disposición que resulta coherente con la definición y las funciones que el art. 124.1 CE atribuye al Ministerio



Fiscal quien, según el art. 124.1 CE, *“sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”*.

Con todo, sería aconsejable que el legislador procediese a introducir las modificaciones necesarias en la estructura orgánica de la Fiscalía, incorporando estas previsiones en una Disposición adicional, en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Así mismo, en el párrafo 2 de este art. 30, se atribuye al Gobierno la función de fomentar la formación especializada en materia de igualdad de trato y no discriminación de los miembros del Ministerio Fiscal. Parece más adecuado que esta labor se encomiende a la Fiscalía General del Estado.

c) El art. 26 del Anteproyecto regula la **tutela judicial del derecho a la igualdad de trato y no discriminación** disponiendo que *“comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho”*, precepto que se enmarca en el art. 9 de la Directiva 2000/78 de Defensa de derechos que impone a los Estados velar por la existencia de procedimientos judiciales o administrativos,



incluidos, si se estima oportuno los de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva, a favor de todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación del principio de igualdad de trato, así como en el art. 17 en materia de sanciones, que obliga a los Estados a que en caso de incumplimiento de las obligaciones de la Directiva, la sanción incluya la indemnización a la víctima.

En este marco de la tutela judicial efectiva del derecho, además de los procedimientos ordinarios de protección de derechos, que no se modifican salvo en materia de legitimación y reglas de carga de la prueba ya referidos, se ha de incluir también la reforma de la Ley de Servicios de la Sociedad de la información y Comercio Electrónico que se recoge en la disposición adicional primera del Anteproyecto, y que establece que, en el ámbito de las medidas de protección de derechos fundamentales y tutela judicial de derechos, *“cuando resulte necesario para proteger los derechos de la víctima, los jueces y tribunales podrán acordar, de conformidad con la legislación procesal, motivadamente, y siempre de acuerdo con el principio de proporcionalidad, cualquiera de las medidas de restricción o interrupción de la prestación de servicios o de retirada de datos de páginas de Internet que contempla la presente ley.”*

La modificación se limita a citar expresamente la protección de los derechos de la víctima como presupuesto habilitante de la intervención judicial en la prestación de servicios o de retirada de datos de páginas de Internet. La referencia a las víctimas resulta confusa, ya que tanto podría referirse, en sentido estricto, a víctimas de acciones de



naturaleza penal, como, por el contrario, en sentido amplio, a afectados de cualquier acto ilícito y, singularmente, de actos discriminatorios.

7. La creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. El Título III, que engloba los arts. 37 a 41, aborda la creación y regulación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, definida *“como autoridad independiente encargada de proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación de las personas por razón de las causas previstas en esta Ley, tanto en el sector público como en el privado, mediante el ejercicio”* de una pluralidad de funciones, que el art. 37 enuncia detalladamente (hasta dieciséis apartados).

Se configura esta institución como organismo público, de carácter unipersonal, dotado de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, que actúa para el cumplimiento de sus fines con independencia plena y autonomía orgánica y funcional, con capacidad para elaborar su propio Estatuto, que será elevado al Gobierno para su aprobación por Real Decreto.

Se pretende, siguiendo el modelo de agencias administrativas, o Altas Autoridades, como la creada en Francia en esta materia por Ley 2004-1486, de 30 de diciembre, por la que se crea la Alta Autoridad de Lucha contra las Discriminaciones y por la Igualdad, la creación de un órgano independiente, con competencias específicas en materia de igualdad de trato y prohibición de discriminación. Como forma de reforzar este estatuto de independencia, además de las cuestiones presupuestarias y de medios, se establece que sus resoluciones pondrán fin a la vía administrativa (art. 38.2 del Anteproyecto), no



estando, pues, sometido al régimen de los recursos administrativos y la consiguiente relación de jerarquía que deriva de los mismos.

Con esta misma perspectiva de la independencia del órgano, pese a ser designado su titular por el Gobierno, habrá de comparecer previamente ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, su mandato será de seis años, no renovable, y con causas tasadas de cese.

La creación de esta institución responde a la obligación que el art. 13 de la Directiva 2000/43 impone a los Estados de designar *“uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico. Dichos organismos podrán formar parte de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales”*, y entre sus competencias los Estados están obligados a incluir las siguientes:

“- sin perjuicio del derecho de víctimas y asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas contempladas en el apartado 2 del artículo 7, prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación,

- realizar estudios independientes sobre discriminación,

- publicar informes independientes y formulas recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación.”



Del tenor literal de la Directiva se desprende que la obligación que se impone a los Estados queda cumplida con la designación de un órgano, o varios, como responsables de la promoción de la igualdad de trato y no discriminación, sin que derive ni se excluya por la Directiva, la que, por demás, sólo utiliza como criterio discriminatorio el origen racial o étnico, la creación de un órgano específico como el que introduce el Anteproyecto.

Desde esta perspectiva, la regulación que establece el Anteproyecto cumple con el mandato de la Directiva, y se extiende más allá, pues, crea un órgano específico, dotado de un especial estatuto que garantice su autonomía, orgánica y funcional, y le dota de amplias facultades, incluidas las que por imposición comunitaria no resultan disponibles al legislador nacional.

Entre estas competencias destacan la legitimación activa ya comentada, y la contenida en el apartado b) del art. 37, de *“[c]onstituirse con el consentimiento de las partes, en órgano de mediación o conciliación entre ellas en relación con violaciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, excepción hecha de las que tengan contenido penal o laboral.”*

Esta mediación *“sustituirá al recurso de alzada y, en su caso, al de reposición en relación con las resoluciones y actos de trámite susceptibles de impugnación”*, a efectos de lo previsto en el art. 107.2 de la Ley 30/1992, en consonancia con las últimas reformas introducidas en el procedimiento administrativo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

A este nuevo organismo se reconoce competencia para investigar, por propia iniciativa, la existencia de posibles actuaciones por discriminación que revistan una especial gravedad, prestar apoyo a las víctimas, interesar la actuación de la Administración pública en procedimientos sancionadores, interesar la actuación del Ministerio Fiscal si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal, promover la adopción de códigos de buenas prácticas, colaborar con el Defensor del Pueblo, y sus equivalentes autonómicos e internacionales, emitir dictámenes sobre proyectos de disposiciones de carácter general de desarrollo de la ley, informar, con carácter preceptivo la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, elaborar informes estadísticos, velar por el cumplimiento de la normativa reguladora de la igualdad, formular propuestas para su modificación, informar, a instancias del Ministerio Fiscal o de los órganos judiciales, en los procesos judiciales que versen sobre estos derechos, elaborar y proponer al Gobierno para su aprobación su Estatuto, aprobar su informe anual de actividades y remitirlo al Congreso de los Diputados, al Gobierno y al Defensor del Pueblo, y las demás que le atribuya la ley.

Como se deduce de la enunciación anterior, el legislador ha dotado a la institución de nueva creación de muchas más competencias de las mínimas que impone la norma comunitaria y ha extendido su ámbito de actuación a cualquier motivo de discriminación y no sólo al vinculado al origen racial o étnico de la persona, como establece la Directiva 2000/43. No obstante, se ha de señalar que esta ampliación no contradice el ordenamiento comunitario que se reclama, en esta Directiva y en el resto de las aprobadas en materia de discriminación por razón de sexo, como un derecho mínimo, pudiendo los Estados adoptar regímenes más protectores y dotados de mayores garantías.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El legislador podría haber considerado la competencia y la trayectoria institucional del Defensor del Pueblo, órgano constitucional, independiente y de nombramiento parlamentario, no gubernamental, que el art. 54 CE califica *“como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración dando cuenta a las Cortes Generales”* (máxime cuando los Informes Anuales que elabora el Defensor del Pueblo y eleva a las Cortes Generales incluyen el seguimiento y tratamiento de la igualdad de trato y no discriminación de las personas, de forma específica).

El Defensor del Pueblo se configura así como garantía institucional de los derechos fundamentales, al que hay que sumar la propia configuración constitucional del Ministerio Fiscal quien, según el art. 124.1 CE, *“sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”*.

Según su ley reguladora, Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, a este órgano corresponden facultades de supervisión e investigación de la actuación de las Administraciones Públicas que pudieran afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en el Título I de la Constitución. Existe, por tanto, una coincidencia sustancial de las competencias atribuidas a la nueva Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Así, las competencias del Defensor del Pueblo por definición constitucional están vinculadas a la actuación pública administrativa, debiendo en caso de tratarse de quejas relativas a la Administración de Justicia dar cuenta al Ministerio Fiscal o trasladar las quejas al Consejo General del Poder Judicial (art. 13 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo), mientras que el ámbito de actuación de la Autoridad, en el marco de la Directiva comunitaria, se proyecta sobre la actuación pública y la actuación privada, con las reservas antes expuestas sobre ésta, a la luz del Derecho privado.

Sería aconsejable que el Anteproyecto pusiera de manifiesto que las competencias de esta nueva institución no incidirán en las propias del Defensor del Pueblo, y de sus equivalentes autonómicos, con una clara voluntad de mantener su estatus y competencias. Con todo y sin perjuicio de considerar en este Informe que existe un evidente riesgo de solapamiento de competencias y/o duplicación de instituciones que cumplen una función equivalente, lo cierto es que el Anteproyecto impone a la Autoridad la obligación de “[c]olaborar con el Defensor del Pueblo y con las instituciones y organismos públicos equivalentes autonómicos e internacionales” [art. 37.h)], que reitera en el art. 41.1 al prescribir que la Autoridad “prestará cuanta colaboración le sea requerida por las Cortes Generales, los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo y las Administraciones Públicas”.

La duda es si esta obligación de colaborar no derivará, por la pura inercia administrativa, en interferencia, duplicación de actuaciones o, abiertamente, en conflicto.



8. Régimen de infracciones y sanciones. El Título IV, que comprende los arts. 42 a 47, regula el régimen de infracciones y sanciones, como impone la normativa comunitaria que se traspone, en materia de igualdad de trato y no discriminación, tipificando las conductas infractoras, catalogadas como infracciones leves, graves o muy graves, estableciendo las infracciones previstas al efecto, así como los criterios de graduación de las sanciones, y las administraciones con competencia sancionadora y el procedimiento a seguir en caso de imposición de una de estas sanciones.

El ámbito de aplicación de este Título es común a todo el Estado, pero no es general, de un lado, porque, dadas las materias y sectores afectados por la ley y el sistema de distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como establece el art. 42 del Anteproyecto, el régimen aquí previsto *“podrá ser objeto de desarrollo y tipificación específica, en el ámbito de sus competencias, por la legislación autonómica”*, y de otro, porque, como prescribe el párrafo segundo de este mismo precepto del texto propuesto, *“[e]n aquellos ámbitos en los que exista un régimen especial de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación, aquél resultará de aplicación preferente al previsto en esta Ley”*; así como singularmente, respecto a las personas con discapacidad, se aplicará el régimen previsto en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, y en el orden social el régimen aplicable será el establecido en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.



Como se ha dicho, el Anteproyecto califica las infracciones como leves, graves y muy graves, estableciendo, en su art. 43, un plazo de prescripción para infracciones y sanciones de uno, dos y tres años, respectivamente.

Sin perjuicio del desarrollo y tipificación específica por las Comunidades Autónomas, el Anteproyecto califica:

- i) como infracciones leves *“las conductas que incurran en irregularidades meramente formales por la inobservancia de lo establecido en la presente Ley y en su normativa de desarrollo siempre que no tengan el carácter de infracción grave o muy grave”*;
- ii) describe como infracciones graves: los actos u omisiones que constituyan discriminación, directa o indirecta; los que supongan inducción, orden o instrucción de discriminar por alguna de las causas previstas en la ley; las conductas de acoso discriminatorio que no constituyan falta muy grave; las represalias; el incumplimiento de un requerimiento administrativo específico, que no constituya una exigencia formal; y la comisión de una tercera infracción leve, en el año anterior, cuando el infractor haya sido sancionado por dos faltas leves, y
- iii) califica como infracciones muy graves: las conductas de acoso discriminatorio que *“impliquen vejaciones graves en los derechos fundamentales de las personas o*



generen un grave perjuicio económico o profesional a las mismas”; la presión grave ejercida sobre autoridades y empleados públicos, en el ejercicio de las potestades administrativas en ejecución de las medidas previstas en la ley, la legislación específica y sus normas de desarrollo; y la comisión de una tercera infracción grave, si en el plazo de los dos años anteriores el infractor hubiera sido sancionado por dos faltas graves.

La tipificación que presenta el Anteproyecto de las conductas infractoras sigue la tripartición habitual del régimen sancionador administrativo, calificando y sancionando las conductas declaradas proscritas por la ley conforme a la gravedad de la misma, y el valor atentatorio hacia los derechos que la norma pretende proteger.

La tipificación de conductas exige, conforme al principio de legalidad sancionadora y al principio de seguridad jurídica, ambos recogidos en el texto constitucional (arts. 9.3 y 25 CE), de una identificación clara de la conducta perseguida y, en su caso, sancionada. Por tanto, las normas que tipifican sanciones, sean administrativas sean de carácter penal, más en este último caso, han de procurar evitar el uso de términos genéricos, ambiguos, que den lugar a una indeterminación que se traduzca en la falta de certeza y seguridad jurídica respecto a la conducta prohibida, y, en su caso, a la eventual sanción que puede llevar aparejada su comisión.

Desde esta perspectiva, se ha de señalar, respecto a las conductas calificadas como infracciones leves (esto es, aquellas que incurran en irregularidades meramente, dice el texto remitido, formales



por la inobservancia de lo establecido en la ley y en la normativa de desarrollo, siempre que no constituyan infracción grave o muy grave), que la descripción resulta amplia y genérica, toda vez que, de un lado, existe una referencia expresa a que esos requisitos “meramente formales” se contengan en el contenido de la ley y su norma de desarrollo (que también puede ser autonómica), lo que obliga a reconocer la indeterminación de su contenido, y de otro, que la ley incluye, por su propia naturaleza y la materia tratada, escasos contenidos administrativos formalizados de carácter procedimental.

Por tanto, pese a lo común de estas menciones en el Derecho sancionador que responden a la consideración del legislador de que aún siendo formales estos incumplimientos deben ser sancionados, debería concretarse que estas irregularidades meramente formales no pueden generar, o contener, un efecto discriminatorio, no pueden estar motivadas en una razón discriminatoria en los términos del Anteproyecto, especialmente para coadyuvar a dotar de mayor precisión y seguridad jurídica al siguiente inciso del precepto, esto es, *“siempre que no tengan el carácter de infracción grave o muy grave”*, y a diferenciar plenamente infracciones leves de graves, habida cuenta que entre las conductas calificadas como infracciones graves se tipifica el *“incumplimiento de un requerimiento administrativo específico, que no constituye una exigencia formal, formulado por el órgano administrativo al que le corresponda el ejercicio de las competencias necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de esta Ley”*.

A lo que habría que añadir, por respeto a la más elemental técnica normativa, lo inapropiado de la utilización de términos como “meramente” en un texto de carácter sancionador, así como que la



apertura a la aplicación de otros regímenes distintos y específicos en materia sancionadora puede plantear dudas sobre derecho aplicable.

Se recomienda un especial esfuerzo de precisión en esta materia, en atención al principio constitucional de seguridad jurídica, pues reconociendo la dificultad de reducir en un texto y en términos normativos el concepto y la problemática subyacente a la discriminación, y la necesidad de acudir en ocasiones a conceptos jurídicos indeterminados, interpretados por la jurisprudencia, al legislador corresponde un deber de rigurosidad en la tipificación de las conductas proscritas en las normas sancionadoras y en las restrictivas de derechos.

Recomendación que ha de dirigirse especialmente a la calificación y descripción de las infracciones muy graves del art. 43.3, que no cumple las funciones de tipificación y distinción entre lo grave y muy grave, no quedando justificado el plus de gravedad que incorpora calificar la infracción como muy grave.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia,

«[e]l principio de legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, implica que la definición de los hechos que son constitutivos de delito y la concreción de las penas que corresponden a tales delitos corresponde al legislador (STC 26/1994). Los ciudadanos tienen pues derecho a que los delitos y sus correspondientes penas figuren en la ley (STC 8/1981), con el objeto de que en el logro de la paz social les sea posible adaptar su conducta para que ésta no incurra en delito ni se haga merecedora de la correspondiente pena. Legitimación del Parlamento para definir delitos y sus consecuencias jurídicas que obedece a la grave afectación de los intereses más relevantes



que originan las normas penales, y, por ello, son los representantes electos del pueblo los que ostentan la función de precisar los hechos prohibidos bajo pena. De ahí que el principio de legalidad, en el ámbito penal y aun en el sancionador, se encuentra vinculado al Estado de Derecho que la Constitución enuncia (SSTC 133/1987, 111/1993, y 137/1997), esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad o el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley. Correlativamente, con el principio de legalidad penal se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente (SSTC 133/1987 y 120/1996). De esta manera los destinatarios de la norma saben -o tienen al menos la posibilidad de saber- que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido (SSTC 101/1988 y 93/1992) », (Sentencia 142/1999, de 22 de julio de 1999).

Y, siguiendo con la doctrina del Tribunal Constitucional,

«la primera garantía que contiene el principio de legalidad es la garantía formal, cuyo significado estriba en que únicamente cabe imponer una condena por un hecho cuando existe una norma jurídica con un determinado rango (lex scripta), que prevé que tal hecho es punible y que si se realiza le corresponderá una determinada pena, pero siempre que dicha norma jurídica exista con carácter previo a la conducta que es objeto de la condena (lex praevia). En definitiva, que existe una reserva de ley para definir delitos y para amenazarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal (...), el principio constitucional de legalidad también comprende una garantía de contenido o material respecto a la ley penal. En relación con el legislador, esa garantía material comporta el mandato de taxatividad o de certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (lex certa). En este mismo sentido hemos declarado que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982, 89/1993, 53/1994 y 151/1997), promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (SSTC 69/1989, 34/1996 y 137/1997). También hemos señalado que la ley ha de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

describir ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991, 95/1992 y 14/1998).»

La tipificación de una conducta como infracción no sólo implica su definición como tal en un texto legal, también incluye su calificación; calificación que atenderá a la gravedad de las infracciones y esa valoración corresponde al legislador.

Pero esta competencia, que confirma la legitimidad de origen de la iniciativa, debería obligar a superar la posible imprecisión de la calificación. Así, si atendemos al art. 46, relativo a las sanciones accesorias y la sustitución de sanciones, especialmente en el primer párrafo que establece que “[c]uando las infracciones sean muy graves y los hechos sancionados tengan una relevancia extraordinaria”, los órganos administrativos competentes podrán imponer como sanción accesoria a la multa correspondiente, *“la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales que la persona sancionada tuviese reconocidos o hubiera solicitado en el sector de actividad en cuyo ámbito se produce la infracción, el cierre del establecimiento en que se haya producido la discriminación o el cese en la actividad económica o profesional desarrollada por la persona infractora”*.

La determinación de las causas que pueden llevar aparejadas esta infracción queda, en el texto del Anteproyecto, en manos administrativas que, por supuesto, habrán de motivar su resolución, sometida siempre a revisión jurisdiccional, pero la referencia a que *“los hechos sancionados tengan una relevancia extraordinaria”* introduce un margen de incertidumbre demasiado amplio e incompatible con la seguridad jurídica, máxime en casos como éste que pueden llevar aparejadas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sanciones tan importantes, susceptibles de afectar al ejercicio de derechos. En consecuencia, parece aconsejable exigir de un precepto tan determinante una precisión exquisita y reconsiderar el grado de la sanción accesoria, de forma especial la posibilidad del cierre del establecimiento o el cese de la actividad económica o profesional del infractor.

De otra parte, en el párrafo segundo, al regular la eventual sustitución de sanciones, -con el consentimiento de la persona sancionada y en el caso de infracciones que no sean muy graves-, por la cooperación personal en actividades de utilidad pública, interés social o valor educativo, reparación de daños, o asistencia a las víctimas, a cursos de formación o sesiones individualizadas u otras medidas que tengan como finalidad la sensibilización en materia de igualdad de trato y de reparación del daño moral, llama la atención que se exija expresamente la resolución motivada del órgano que resuelva el expediente sancionador, y esta exigencia no se contenga al establecer, en el párrafo anterior, la posible sanción accesoria. Se recomienda que una previsión igual se incluya en el primer párrafo del art. 46 del Anteproyecto.

Por otro lado, las conductas infractoras pueden tener una connotación jurídico penal. Como se ha dicho, el apartado dos del artículo 42 establece que en aquellos ámbitos en que exista un régimen especial de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación, aquél resultará de aplicación preferente al previsto a esta Ley. La genérica remisión a la normativa que contenga un régimen especial de infracciones y sanciones en esta materia se ve reforzada en el párrafo segundo, en el cual se alude a la exclusiva aplicación del régimen sancionador previsto en la normativa sobre discapacidad –en



concreto, el previsto en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre-, y en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el texto refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Llama también la atención el último inciso del apartado dos del artículo antes referido, que en referencia al Real Decreto Legislativo 5/2000, prevé que dicha norma *“será asimismo aplicable en relación con lo previsto, en su artículo 3, para la posible concurrencia con el orden jurisdiccional penal”*. La redacción empleada da a entender que el Anteproyecto se remite a lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo para delimitar el modo de proceder, cuando alguna de las conductas contempladas en el artículo 43 del Anteproyecto pueda ser constitutiva de infracción penal. Según reza el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, cuando las conductas definidas como infracción en el Anteproyecto puedan ser, a su vez, constitutivas de infracción penal, las consecuencias que se derivan de tal circunstancia son las siguientes:

a) La Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones (artículo 3.2).

b) De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente



sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados (artículo 3.3).

c) No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento (artículo 3.1).

En suma, la remisión que el Anteproyecto verifica a favor de lo previsto en el Real Decreto Legislativo 5/2000 para los supuestos de concurrencia con el orden jurisdiccional penal es criticable, habida cuenta que una norma cuyo objeto es la igualdad de trato y la proscripción de la discriminación debería contemplar, directamente y sin remisiones de ningún tipo, el régimen jurídico aplicable en los casos de concurrencia con el orden penal. Pero, al margen de esa cuestión, también se ha de añadir que la técnica empleada se antoja innecesaria, dado que en el apartado cuatro del artículo 47, se establece que *“a los procedimientos sancionadores cuya tramitación corresponda a la Administración General del Estado, con excepción de los del orden social, se les aplicará el Real Decreto 1398/93, de 4 de Agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (...)”*, resultando que el régimen jurídico que se contempla en el artículo 3 del RDL 5/2000 coincide sustancialmente con el previsto en los artículos 5.1 y 7 del RD 1398/83.

Tras estas consideraciones de carácter general y procedimental, procede deslindar el ámbito de aplicación de las infracciones que describe el Anteproyecto frente al que es propio del Derecho Penal.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Como se ha expuesto, el artículo 43.2 recoge el catálogo de infracciones graves que, a saber, son las siguientes:

a) Los actos y omisiones que constituyan una discriminación directa o indirecta, así como las que constituyan inducción, orden o instrucción de discriminar a una persona por razón de las causas previstas en el apartado uno del artículo dos de esta Ley, en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable.

b) Las conductas de acoso discriminatorio regulados en el artículo 8 de la presente Ley, siempre que no revistan la consideración de muy graves.

c) Toda conducta de represalia, en los términos previstos en el artículo 10 de la presente Ley.

d) El incumplimiento de un requerimiento administrativo específico, que no constituya una exigencia formal, formulado por el órgano administrativo al que corresponda el ejercicio de las competencias necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de esta Ley.

e) La comisión de una tercera infracción leve, en el plazo del año anterior, cuando el presunto infractor hubiera ya sido sancionado por dos faltas leves.

El supuesto previsto en el apartado e) carece de cualquier tipo de relación con el Derecho Penal, habida cuenta que la gravedad de la infracción deviene de la acumulación de infracciones durante un



determinado período de tiempo; la infracción prevista en el apartado c) tampoco se ve concernida por el Código Penal, salvo que la represalia, en sí misma considerada, fuera constitutiva de infracción penal; la infracción consistente en desatender el requerimiento formulado por el órgano administrativo en el ejercicio de sus competencias se relaciona con el supuesto a que se refiere el artículo 314 del Código Penal, pues para que el autor incurra en responsabilidad penal no sólo es necesario que cometa una grave discriminación en el empleo público o privado, sino que, además, no restablezca al situación de igualdad ante la Ley tras el requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado. Sin embargo, en la medida en que el artículo 314 se circunscribe el ámbito propio del orden social, las previsiones del artículo 43 del Anteproyecto no resultan de aplicación al caso.

De conformidad con lo expuesto, solamente las infracciones graves definidas en los apartados a) y b) guardan cierta homogeneidad con los artículos 511 y 512 del Código Penal (el apartado a) y con el artículo 173.1 (párrafos uno y dos), si bien, la extensión de las infracciones que contempla el Anteproyecto es mayor que la de los tipos penales aludidos, siendo esta una consecuencia derivada del carácter fragmentario del Derecho penal, que implica que solamente se ocupe de aquellas conductas que por su gravedad requieren una reacción punitiva más severa, ya que su ámbito de aplicación debe circunscribirse a los ataques más intolerables para el mantenimiento del orden social.

De conformidad con este postulado, el apartado a) del artículo 43.2 considera digno de sanción el comportamiento discriminatorio que incida sobre cualquier ámbito indicado en el artículo 2, mientras que los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

artículos 511 y 512 del Código Penal se refieren, exclusivamente, a la denegación de las prestaciones a las que el particular tenga derecho, quedando, de ese modo, refrendado el carácter fragmentario a que se ha hecho mención.

El reiterado artículo 43.2 a) contempla unas formas de autoría que se concilian con las recogidas en el artículo 28 del Código Penal y, a su vez, introduce una adecuada referencia al elemento de comparación, doctrinalmente conocido como *“tertium comparationis”*, que según doctrina Constitucional (entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 122/08) es de capital importancia cuando se formula una alegación de discriminación, toda vez que el derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación de un elemento de contraste que permita comparar la situación concreta en que se encuentra otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos.

Por lo demás, se advierte de la conveniencia de incluir dentro del artículo 2, precepto al que se remite el artículo 43 del Anteproyecto, la mención de la situación familiar entre las causas que motivan la conducta discriminatoria, ya que los artículos 511 y 512 del Código Penal incluyen esta circunstancia dentro de las causas determinantes del trato peyorativo que proscriben. Cabría argüir que la situación familiar puede ser incluida dentro del ámbito de *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”* que el referido artículo 3 del Anteproyecto utiliza como cláusula de cierre; no obstante, dado que el Derecho penal castiga aquellos compartimentos que revisten una mayor gravedad, la inclusión de la situación familiar dentro del artículo dos del Anteproyecto despejaría cualquier dubitación que pudiera surgir sobre la



relevancia de la discriminación que traiga causa de la situación familiar del afectado.

La letra b) del artículo 43 contempla como infracción grave el acoso discriminatorio, definido en el artículo 8 como *“cualquier conducta realizada en función de alguna de las causas de discriminación, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad humana y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o segregador”*. Dada la finalidad del Anteproyecto, dentro de la anterior definición sólo se incluyen aquellos supuestos en que el acoso es fruto de la voluntad discriminadora del autor, quedando al margen cualquier otra clase de acoso que derive de motivos, razones o causas distintas de las contempladas en el artículo 2.1 del Anteproyecto.

A diferencia de lo previsto en los párrafos uno y dos del artículo 173.2 del Código penal, que circunscribe el delito de acoso cuando éste acontece en el contexto de una relación laboral o funcional, con prevalimiento de superioridad y siempre que sea grave (párrafo primero) o cuando tenga por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda (párrafo segundo), el acoso previsto en el artículo 43. 1.b) del Anteproyecto puede tener lugar en cualquiera de las situaciones a que se refiere el artículo 3.1 del Anteproyecto.

Al referirse a la finalidad o las consecuencias del acoso, el artículo 8 alude a la creación de un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o segregador. Ciertamente, buena parte de los vocablos empleados tienen un significado análogo, lo cual refleja la vocación del prelegislador de incluir, dentro de la definición, a la totalidad de aquellas conductas o comportamientos que afecten



negativamente a la dignidad humana. No obstante, al objeto de mantener la adecuada concordancia entre el Derecho penal y el Derecho sancionador extrapenal, se debería reflexionar sobre la conveniencia de mantener el término “degradante”, ya que el trato degradante constituye una modalidad delictual autónoma, distinta del acoso, cuya regulación se plasma en el párrafo primero del artículo 173.1 del Código Penal, que debe concordarse con el art. 15 CE. siendo esta la razón por la que los párrafos segundo y tercero de dicho número y artículo excluyen del concepto de acoso cualquier conducta que constituya trato degradante.

Hecha esta consideración, también se ha de indicar que el acoso constitutivo de infracción grave o muy grave tampoco requiere, a diferencia de lo previsto en los párrafos uno y dos del artículo 173.1 del Código Penal, que los actos se lleven a cabo de manera reiterada cuando, precisamente, la reiteración es una de las características más importantes del acoso, según se recoge en múltiples resoluciones judiciales.

El artículo 43.3. a) del Anteproyecto regula la modalidad muy grave de acoso discriminatorio en los siguientes términos: *“Las conductas de acoso discriminatorio reguladas en el artículo 8 de la presente Ley cuando, por razón de las causas previstas en el apartado uno del artículo dos de esta Ley, impliquen vejaciones graves en los derechos fundamentales de las personas o genere un grave perjuicio económico o profesional a los mismos”*. La redacción dada al precepto suscita algunas observaciones que, a continuación se detallan.



Dado que la infracción grave por acoso discriminatorio a que se refiere el apartado 2.b) del artículo 43 ha sido concebida en términos de mayor generalidad que la infracción muy grave, la referencia a las causas contempladas en el artículo 2.1 del Anteproyecto debería incardinarse dentro del precepto más general, es decir el que contempla la infracción grave, y no en el que regula el supuesto especial, habida cuenta que la necesidad de que el acoso derive de cualquiera de las causas recogidas en el artículo 2.1 es un requisito común para las dos modalidades.

El requisito relativo a que el acoso implique vejaciones graves en los derechos fundamentales tampoco resulta adecuado. Vejación es sinónimo de maltrato, molestia, opresión, zaherimiento o burla; por ello, el acoso discriminatorio puede ser perfectamente cometido mediante el empleo de vejaciones, lo cual no significa que la afectación más grave que el derecho fundamental pueda sufrir sea el vejamen. Con frecuencia, a consecuencia del acoso, la víctima pueda sufrir un proceso patológico, psíquico o somático, de carácter grave. En ese caso, la gravedad de las consecuencias del acoso es evidente, pero no se traduce en una vejación del derecho fundamental a la integridad física, sino en la lesión y el perjuicio grave para ese derecho.

Esta reflexión, por tanto, conduce a sugerir que la referencia a “la vejación grave en los derechos fundamentales” se sustituya por “la vulneración o lesión grave de los derechos fundamentales”, ya que esta frase es más adecuada para explicitar los efectos particularmente nocivos del acoso que, como queda dicho, no se circunscriben necesariamente a la vejación de aquellos.



VII CONCLUSIONES

PRIMERA- El Anteproyecto responde a un doble objetivo. De un lado, establecer un marco general e integral del derecho antidiscriminatorio en España, y, de otro, incorporar a nuestro ordenamiento determinadas Directivas comunitarias en la materia.

A este respecto, debe alertarse sobre la falta de correspondencia que en la Exposición de Motivos se contiene entre la normativa comunitaria mencionada como justificación y explicación de la Ley, y las Directivas concretas identificadas como objeto de transposición. Examinados el contenido del Anteproyecto y de las numerosas Directivas comunitarias en la materia, algunas en fase de Propuesta, aun en negociación, parece que el amplio contenido de la norma española tenga como referente no sólo el Derecho comunitario vigente en la materia, sino también las propuestas pro futuro de instituciones europeas. Por tanto, sería aconsejable que el Anteproyecto identificase con claridad cuáles son las Directivas que efectivamente se transponen.

SEGUNDA.- Junto a la regulación de la igualdad de trato y no discriminación como derecho individual, el Anteproyecto también atiende al mandato del art. 9.2 CE, estableciendo una actividad de fomento o promocional, de carácter positivo (políticas activas de igualdad, que garanticen las condiciones para que ésta sea efectiva), tal y como, así mismo prevén las Directivas comunitarias. No menciona, sin embargo, una dimensión de la igualdad que también está presente en nuestra Constitución, art. 9.2, y que ha sido tratada por nuestra jurisprudencia



constitucional, cual es la promoción de la igualdad de los grupos y colectivos en los que se integra el individuo, a salvo del reconocimiento tácito que pueda derivar de la legitimación activa que se reconoce a favor de personas jurídicas que defiendan y promuevan el derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

TERCERA.- La evidente e indisoluble relación que se establece entre igualdad y libertad en los albores del constitucionalismo y que se mantiene en los textos actuales, en tanto la igualdad se configura como fundamento de la libertad del individuo, ha de ser referente en el análisis de esta materia y, por tanto, de este Anteproyecto, singularmente en lo que se refiere a la vinculación de la igualdad a los particulares. Como ha sostenido el Tribunal Constitucional, el art. 14 CE contiene dos normas diferenciadas, la primera que prescribe la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por parte de los poderes públicos, y la segunda, que se extiende al ámbito de los particulares, y establece la prohibición de discriminaciones, ordenando la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que la inspiran.

CUARTA.- Aunque, según la jurisprudencia constitucional, también en el ámbito de las relaciones *inter privatos* opera la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al principio de igualdad, éste rige con menor intensidad que en el campo de las relaciones con los poderes públicos. De esta forma, en el ámbito de las relaciones entre particulares no está vedada toda desigualdad de trato, sino sólo aquella que se funde en alguna de las causas discriminatorias prohibidas en el artículo 14 CE, u otras análogas. Por consiguiente, lo que el artículo 14 CE prohíbe, por afectar al orden público, es que el ejercicio arbitrario de



la autonomía privada pueda producir discriminaciones manifiestamente contrarias a las expresamente prohibidas en dicho precepto (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión), o a otras que deriven de condiciones o circunstancias personales o sociales que, por razones históricas, geográficas, económicas o de otra índole, posean igual trascendencia social. Esa limitación de la autonomía operará con mayor o menor eficacia dependiendo de la naturaleza de los negocios jurídicos considerados, los derechos que se ejerzan o las circunstancias que concurren. En principio, cabe afirmar que el principio de igualdad tendrá escaso margen de incidencia en los negocios a título gratuito, o en el mero ejercicio de los derechos, siendo mayor su incidencia en la contratación dirigida al público en general, sobre todo cuando se trate de contratación que recaiga sobre materias socialmente importantes y el sujeto discriminador ostente una posición total o parcialmente dominante en el mercado. Por lo mismo, cabe sostener que la eficacia del principio de igualdad es muy reducida ante contratos o negocios que tengan una repercusión principalmente dentro del ámbito personal, familiar o doméstico del sujeto discriminador.

QUINTA.- En este sentido, en los arts. 19, 20 y 21 del Anteproyecto, relativos al derecho de igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda, en la oferta pública de bienes y servicios, y en establecimientos o espacios abiertos al público respectivamente, se aprecia la nota de ofrecimiento al público y/o de habitualidad o profesionalidad en la actividad de que se trate, lo que indica que el influjo del derecho a la igualdad de trato que regula el Anteproyecto debe quedar circunscrito, en el ámbito de las relaciones *inter privatos*, a ámbitos a su vez muy definidos en los que el oferente a contratar tenga una especial vocación de dirigir su oferta a cualesquiera



destinatarios, desarrollando su actividad con la nota de profesionalidad, quedando, como impone la Directiva, fuera los supuestos de contratación entre particulares en los que en el oferente no concurra la condición de “prestador de servicios”, en la dicción del Anteproyecto, es decir, no sea una de las “personas que suministran bienes y servicios para el público fuera del ámbito de la vida privada y familiar”, expresión más precisa y que debiera sustituir en el texto del Anteproyecto a la más indeterminada “prestador de servicios”:

Este principio de igualdad también ha de proyectarse, para ser pleno y efectivo, sobre la capacidad para fijar las condiciones del contrato, proscribiendo la adopción de cláusulas o estipulaciones en el mismo discriminatorias por alguna de las razones previstas en el Anteproyecto, o, dicho de otra forma, que supongan actos de discriminación en los términos del texto informado. Así se desprende del art. 19.2 del Anteproyecto que establece la obligación de los prestadores de servicios de venta, arrendamiento o intermediación inmobiliaria, de *“respetar en sus operaciones comerciales el derecho a la igualdad de trato y no discriminación”*, y prohíbe, en su apartado b), *“[d]iscriminar a una persona en cuanto a los términos o condiciones de la venta o arrendamiento de una vivienda con un fundamento en las referidas causas”*, previsión que extiende a *“los locales de negocio”*, y del art. 20.1, que proscribe en la concertación de contratos de seguro *“establecer diferencias de trato en las condiciones de los mismos por razón de alguna de las causas mencionadas en el artículo dos de la presente Ley, salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro y a las condiciones objetivas de los solicitantes.”*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Con carácter general, del art. 23, declara la nulidad de pleno derecho de *“las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan, causen o puedan causar discriminación”*, por alguna de las causas legalmente previstas.

SEXTA.- Siguiendo con esta perspectiva, de la distinta vinculación de la ley a los particulares en relación con los poderes públicos, el último párrafo del apartado 1 del art. 12 del Anteproyecto contiene una disposición que resulta especialmente relevante en el caso de las llamadas “empresas ideológicas” o “de tendencia” que, en ejercicio de su libertad ideológica o religiosa, de información, o de prensa y de opinión, pueden requerir de una persona la coincidencia con ese factor de la empresa que resulta determinante para la prestación laboral, como puede ser partidos políticos, o singularmente, centros educativos vinculados a confesiones religiosas, medios de comunicación social.

Lo anterior no puede significar, en ningún caso, que esta excepción ampare supuestos de discriminación por alguna de las causas constitucionalmente reconocidas, sino que permite la diferenciación siempre que ésta se encuentre justificada, sea razonable y proporcionada al objetivo perseguido, que constituya una característica o requisito profesional esencial y determinante para el ejercicio de la función, siempre que el objetivo sea legítimo, y el requisito proporcionado.

SÉPTIMA.- Se ha de llamar la atención de que la amplitud de los motivos en que cabe fundar la posible discriminación que se incluyen en el Anteproyecto no puede proyectarse de igual modo en todos los



sectores que constituyen el ámbito objetivo de aplicación de la ley, siendo en el ámbito de las relaciones laborales y la contratación de bienes y servicios, y servicios sanitarios, prestaciones sociales y de educación, con incidencia especial en los servicios públicos, donde despliegan la mayoría de sus efectos, como por lo demás ponen de manifiesto las Directivas comunitarias y los sectores y ámbitos a que se dirigen. Así lo subraya la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La exclusión de la nacionalidad entre los motivos discriminatorios está justificada en tanto el acceso al empleo está vinculado con la regularidad de la entrada en el territorio nacional, y condicionada a la obtención del derecho de residencia, así como por la posibilidad de establecer diferentes requisitos de acceso de los extranjeros a determinadas prestaciones respecto de los nacionales.

OCTAVA.- Esta amplitud del ámbito subjetivo de aplicación del Anteproyecto se cierra con una cláusula abierta relativa a *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*, recogiendo así la redacción del art. 14 CE y su cláusula de apertura. Esta cláusula que supone, en el ámbito constitucional, una fórmula de apertura a un *numerus clausus* de posibles motivos de discriminación, que tanto jurisprudencia constitucional, como ordinaria, han vinculado con las razones históricas de la desigualdad, y que se explica a partir de la *vis expansiva* de los derechos fundamentales.

NOVENA.- En el Anteproyecto se amplían los supuestos de posible discriminación al añadirse la discriminación por asociación y por error, y de discriminación múltiple, en las que operan dos motivos de discriminación, conceptos que no están definidos, ni vienen impuestos



por la norma comunitaria. Debe solicitarse del legislador un esfuerzo de concreción de las definiciones, en atención a las importantes consecuencias que las mismas proyectan sobre el régimen sancionador, así ocurre con la redacción del art. 4 que introduce términos imprecisos, como «criterio», y resulta redundante y reiterativa al aludir a «conducta», «acto» o «práctica».

DÉCIMA.- Respecto a la regulación de las garantías, el art. 26 del Anteproyecto recoge, de un lado, la proclamación genérica del conjunto de medidas que puedan adoptarse para poner fin a una situación de discriminación y, de otro, la previsión de determinadas medidas específicas en función de la finalidad perseguida por las mismas (así, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores del derecho, a la indemnización de bienes y perjuicios y restablecimiento del perjudicado en el pleno ejercicio y goce del derecho conculcado). La formulación que contiene el texto remitido es genérica, abierta y de carácter eminentemente procesal. Ello exigirá, para su efectividad, la inclusión de las medidas en las leyes procesales, y su concreción y articulación en instrumentos procesales, como las acciones de cesación, las medidas cautelares o la adopción de medidas ejecutivas.

DÉCIMOPRIMERA.- El reconocimiento de legitimación activa a favor de asociaciones que representan y defienden, o promocionan, intereses y derechos colectivos, o de colectivos, no es nueva en nuestro Derecho, ya que está presente en la legislación laboral y en el ámbito de la legislación civil en el propio art. 11 LEC, en materia de consumidores y usuarios, y discapacitados. Constituye, pues, un ejemplo más de legitimación extraordinaria, derivada del reconocimiento expreso legal, y



no de la titularidad de un derecho o interés legítimo personal. Esta previsión responde a lo establecido en el art. 9.2 de la Directiva 2000/78, en relación con las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas, siempre que, como establece el Anteproyecto, cuenten con la autorización del afectado.

DÉCIMOSEGUNDA.- La modificación del art. 222.3 LEC, supone una ampliación de la extensión del efecto de cosa juzgada a quien no ha sido parte en el proceso, como excepción al principio de *res iudicata inter partes*. Ahora bien, en los procesos en materia de consumidores y usuarios, el artículo 15 prevé expresamente que se llame al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual.

En el supuesto de procesos por discriminación no se prevé esta llamada al proceso a los posibles interesados, por lo que oponerles el efecto de cosa juzgada sin haber sido llamados y haberles dado la oportunidad de personarse, podría afectar al principio de audiencia; objeción que sólo queda salvada cuando concurra la autorización del interesado para que ejerzan en su nombre las acciones los terceros con legitimación extraordinaria (sindicatos, partidos políticos, etc.), ya que ello supone conocimiento de la existencia de un proceso cuyos efectos de cosa juzgada le van a ser extensivos.

DÉCIMOTERCERA.- La regulación de la carga de la prueba, art. 28 del Anteproyecto, que se proyecta sobre todos los procedimientos jurisdiccionales, salvo los procesos penales, y los administrativos, a



excepción de los de carácter sancionador, no es desconocida en nuestro ordenamiento, ni en nuestra jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional. Se confirma en el Anteproyecto con las reformas introducidas en las leyes procesales, a saber, la reforma del art. 217.2 LEC, del art. 60.7 LJCA, y la adición de un apartado 4º al art. 80 de la Ley 30/1992, de Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública, que afecta a los procedimientos administrativos e incorpora el marco comunitario.

DÉCIMO CUARTA.- En lo que se refiere al Ministerio Fiscal, sería aconsejable que el legislador procediese a introducir las modificaciones necesarias relativas a la designación del Fiscal de Sala, a que se refiere el art. 30 del Anteproyecto, en la estructura orgánica de la Fiscalía, y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Así mismo, en el párrafo 2 de este art. 30, se atribuye al Gobierno la función de fomentar la formación especializada en materia de igualdad de trato y no discriminación de los miembros del Ministerio Fiscal, pareciendo más adecuado que esta labor se encomiende a la Fiscalía General del Estado.

DÉCIMO QUINTA.- La creación de la Alta Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación no viene impuesta necesariamente por las Directivas comunitarias. En realidad, del tenor literal de la Directiva se desprende que la obligación que se impone a los Estados queda cumplida con la designación de un órgano, o varios, como responsables de la promoción de la igualdad de trato y no discriminación, sin que derive de la Directiva que sólo utiliza como criterio discriminatorio el origen racial o étnico, la obligación para los Estados de crear un órgano específico. No obstante, tampoco se prohíbe la opción del legislador español. Sería aconsejable que el



Anteproyecto pusiera de manifiesto que las competencias de esta nueva institución no afectan a las propias del Defensor del Pueblo, y de sus equivalentes autonómicos, con una clara voluntad de mantener su estatus y competencias.

DÉCIMOSEXTA.- Por lo que se refiere al régimen de infracciones y sanciones, se ha de insistir en que la tipificación de conductas, conforme al principio de legalidad sancionadora y al principio de seguridad jurídica, ambos recogidos en el texto constitucional (arts. 9.3 y 25 CE), exige una identificación clara de la conducta perseguida y, en su caso, sancionada. Por tanto, las normas que tipifican sanciones, sean administrativas sean de carácter penal, más en este último caso, han de procurar evitar el uso de términos genéricos o ambiguos, que den lugar a una indeterminación que se traduzca en la falta de certeza y seguridad jurídica respecto a la conducta prohibida y, en su caso, ello afecte a la eventual sanción que puede llevar aparejada su comisión.

Desde esta perspectiva, se ha de señalar, respecto a las conductas calificadas como infracciones leves (esto es, aquellas que incurran en irregularidades meramente, dice el texto remitido, formales por la inobservancia de lo establecido en la ley y en la normativa de desarrollo, siempre que no constituyan infracción grave o muy grave), que la descripción resulta amplia y genérica, toda vez que, de un lado, existe una referencia expresa a que esos requisitos meramente formales se contengan en el contenido de la ley y su norma de desarrollo (que también puede ser autonómica), lo que supone un contenido indeterminado, y de otro, que la ley incluye, por su propia naturaleza y la materia tratada, escasos contenidos administrativos formalizados de carácter procedimental.



Por tanto, debería superarse, en todo caso, la indeterminación que subyace en la referencia a lo “meramente formal”. Así, debería concretarse que estas irregularidades meramente formales no pueden generar, o contener, un efecto discriminatorio, no pueden estar motivadas en una razón discriminatoria en los términos del Anteproyecto, especialmente para coadyuvar a dotar de mayor precisión y seguridad jurídica al siguiente inciso del precepto, esto es, *“siempre que no tengan el carácter de infracción grave o muy grave”*, y a diferenciar plenamente infracciones leves de graves, habida cuenta que entre las conductas calificadas como infracciones graves se tipifica el *“incumplimiento de un requerimiento administrativo específico, que no constituye una exigencia formal, formulado por el órgano administrativo al que le corresponda el ejercicio de las competencias necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de esta Ley”*.

Se recomienda un especial esfuerzo de precisión en esta materia, en atención al principio constitucional de seguridad jurídica, pues reconociendo la dificultad de reducir en un texto y en términos normativos el concepto y la problemática subyacente a la discriminación, y la necesidad de acudir en ocasiones a conceptos jurídicos indeterminados, interpretados por la jurisprudencia, al legislador corresponde un deber de rigurosidad en la tipificación de las conductas proscritas en las normas sancionadoras y en las restrictivas de derechos. Recomendación que ha de dirigirse especialmente a la calificación y descripción de las infracciones muy graves del art. 43.3, que no cumple las funciones de tipificación entre lo grave y muy grave, no quedando justificado el plus de gravedad que incorpora calificar la infracción como muy grave.



DÉCIMOSEPTIMA.- Llama la atención que en el párrafo segundo del art. 46, al regular la eventual sustitución de sanciones, se exija expresamente la resolución motivada del órgano que resuelva el expediente sancionador, y esta exigencia no se contenga al establecer, en el párrafo anterior, la posible sanción accesoria. Se recomienda que una previsión igual se incluya en el primer párrafo del art. 46 del Anteproyecto.

DÉCIMOCTAVA.- Se advierte de la conveniencia de incluir dentro del artículo 2, precepto al que se remite el artículo 43 del Anteproyecto, la mención de la situación familiar entre las causas que motivan la conducta discriminatoria, ya que los artículos 511 y 512 del Código Penal incluyen esta circunstancia dentro de las causas determinantes del trato peyorativo que proscriben. Cabría argüir que la situación familiar puede ser incluida dentro del ámbito de *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”* que el referido artículo 3 del Anteproyecto utiliza como cláusula de cierre; no obstante, dado que el Derecho penal castiga aquellos compartimentos que revisten una mayor gravedad, la inclusión de la situación familiar dentro del art. 2 del Anteproyecto despejaría cualquier duda que pudiera surgir sobre la relevancia de la discriminación que traiga causa de la situación familiar del afectado.

DÉCIMONOVENA.- Al referirse a la finalidad o las consecuencias del acoso, el artículo 8 alude a la creación de un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o segregador. Buena parte de los vocablos empleados, aunque utilizados así en las Directivas comunitarias a transponer, tienen un significado análogo, lo cual refleja



la vocación del prelegislador de incluir, dentro de la definición, a la totalidad de aquellas conductas o comportamientos que afecten negativamente a la dignidad humana. No obstante, al objeto de mantener la adecuada concordancia entre el Derecho penal y el Derecho sancionador extrapenal, se debería reflexionar sobre la conveniencia de mantener el término “degradante”, ya que el trato degradante constituye una modalidad delictual autónoma, distinta del acoso, cuya regulación se plasma en el párrafo primero del artículo 173.1 del Código Penal, en concordancia con el art. 15 CE, siendo esta la razón por la que los párrafos segundo y tercero de dicho número y artículo excluyen del concepto de acoso cualquier conducta que constituya trato degradante.

VIGÉSIMA.- El acoso constitutivo de infracción grave o muy grave tampoco requiere, a diferencia de lo previsto en los párrafos uno y dos del artículo 173.1 del Código Penal, que los actos se lleven a cabo de manera reiterada cuando, precisamente, la reiteración es una de las características más importantes del acoso, según se recoge en múltiples resoluciones judiciales. Dado que la infracción grave por acoso discriminatorio a que se refiere el apartado 2.b) del artículo 43 ha sido concebida en términos de mayor generalidad que la infracción muy grave, la referencia a las causas contempladas en el artículo 2.1 del Anteproyecto debería incardinarse dentro del precepto más general, es decir el que contempla la infracción grave, y no en el que regula el supuesto especial, habida cuenta que la necesidad de que el acoso derive de cualquiera de las causas recogidas en el artículo 2.1 es un requisito común para las dos modalidades.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

VIGÉSIMO PRIMERA.- El requisito relativo a que el acoso implique vejaciones graves en los derechos fundamentales tampoco resulta adecuado. Vejación es sinónimo de maltrato, molestia, opresión, zaherimiento o burla; por ello, el acoso discriminatorio puede ser perfectamente cometido mediante el empleo de vejaciones, lo cual no significa que la afectación más grave que el derecho fundamental pueda sufrir sea el vejamen. Se sugiere sustituir la referencia a “la vejación grave en los derechos fundamentales” por “la vulneración o lesión grave de los derechos fundamentales”, ya que esta frase es más adecuada para explicitar los efectos particularmente nocivos del acoso que, como queda dicho, no se circunscriben necesariamente a la vejación de los mismos.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extendo y firmo la presente en Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil once.