

LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO Y LA FUTURA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN. ¿EN QUÉ MEDIDA SE AVANZA EN LA CONSECUCCIÓN DE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES?¹

Cubiles Sánchez-Pobre, Pilar
Departamento de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Sevilla
pilcusan@gmail.com

RESUMEN

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, constituyó un gran avance para lograr la igualdad entre hombres y mujeres. Era necesaria pues, si bien la igualdad formal no era discutida, la igualdad material estaba (y aún hoy está) lejos de alcanzarse. La Ley prohíbe toda discriminación por razón de sexo y establece cauces para luchar contra ella, así como la indemnización de los daños causados a las víctimas de discriminación. Por otro lado, introduce determinadas acciones positivas para lograr la deseada igualdad. Sin embargo, esta ley era insuficiente y tenía lagunas que debían ser subsanadas. Por ello, se necesita la aprobación de una Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación. La autora compara la Ley Orgánica 3/2007 con la futura Ley, realizando un comentario crítico de las principales novedades introducidas en su Anteproyecto, como la ampliación de su ámbito de actuación, señaladamente al acceso a la vivienda, la creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No discriminación y el establecimiento de un cuadro de sanciones muy completo para las infracciones en materia de igualdad de trato.

PALABRAS CLAVE

No discriminación, igualdad de trato, mujer, principio de transversalidad, acciones positivas.

¹ Este trabajo fue posible gracias al Proyecto de Investigación “La técnica normativa en los ámbitos estatal, autonómico y comunitario. Análisis crítico de la legislación tributaria” (Ref. DER2008-04900/JURI).

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, marcó un hito de indudable importancia en la aplicación práctica del principio de igualdad entre hombres y mujeres en España. Dicho principio estaba reconocido formalmente y nadie hubiera osado defender públicamente lo contrario. Estaba claro que los hombres y las mujeres eran iguales ante la ley. Ahora bien, en el plano material, la igualdad formal estaba muy lejos de constituir una igualdad real. Era necesario actuar y eso fue precisamente lo que hizo el legislador mediante la aprobación de una Ley que, aunque con deficiencias, pretendía servir de base para un cambio paulatino de la realidad social.

La ley era muy ambiciosa y nacía con una clara vocación de transversalidad. Sus pautas debían aplicarse en todo tipo de políticas, tanto desde el punto de vista del sujeto que las llevase a cabo como desde un punto de vista material. En efecto, la ley sirve de guía a todos los organismos estatales, autonómicos o locales y se aplica a las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural, como el prólogo de la propia Ley indica. El mismo prólogo señala que la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo.

Sin embargo, la citada Ley presenta insuficiencias y el legislador, en su lucha decidida en contra de todo tipo de discriminación, ha considerado oportuno elaborar una nueva Ley, la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que pretende superar las lagunas detectadas en la protección de la igualdad.

En este trabajo pretendemos analizar los siguientes puntos:

1. La ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres.
2. La futura Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Novedades, mejoras y deficiencias.

LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

La Ley Orgánica 3/2007 explicita el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, prohibiendo toda discriminación ya sea directa o indirecta. Asimismo, el principio de igualdad entre sexos se convierte en informador de todo el ordenamiento, debiendo tenerse en cuenta en la aplicación e interpretación de cualquier norma jurídica.

Hay que tener en cuenta que la Ley sí permite las denominadas acciones positivas, dirigidas a favorecer a las mujeres para corregir situaciones de patente desigualdad con los hombres. Ahora bien, las medidas adoptadas deben ser razonables y proporcionadas al objetivo perseguido y subsistirán sólo en tanto permanezca dicha situación de desigualdad. Es evidente que se piensa en estas acciones positivas como algo temporal que habrá de desaparecer en cuanto se logre la finalidad que las legitima².

² En este sentido, la STC 13/2009, de 19 de enero, establece que la medida discutida en la sentencia (paridad en listas electorales en el País Vasco) así como todas las relativas a la promoción activa de un colectivo discriminado se justifican “en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adoptan, de manera que su propia eficacia, habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta”.

En caso de que se produzca un trato discriminatorio, se prevén diferentes consecuencias jurídicas. La primera es la nulidad del acto discriminatorio, pero también se prevé la indemnización real, efectiva y proporcionada al daño o perjuicio sufrido así como la eventual imposición de una sanción.

Para hacer efectiva esa protección legal, se establece que toda persona con interés legítimo puede recabar ante los Tribunales su derecho de igualdad. En cuanto a la prueba de la discriminación, una vez ésta sea alegada, corresponderá al demandado demostrar que no hubo tal discriminación y que sus medidas fueron proporcionadas³. Esta norma se ha incluido tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como en la de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En concreto, la disposición adicional quinta de la Ley que estudiamos introduce un nuevo apartado, el 5, en el artículo 216 de la Ley 1/2000, de 9 de enero, de Enjuiciamiento Civil y la disposición adicional sexta introduce un apartado 7 en el artículo 60 de la Ley 29/88 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Esta inversión de la carga de la prueba no se aplicará a procesos penales, pues en ellos debe prevalecer, naturalmente, la presunción de inocencia.

El hecho de excluir a los procesos penales de la aplicación de la mencionada norma sobre la prueba nos parece insuficiente. Entendemos que, en muchas ocasiones, el “acusado” de discriminación no podrá probar que su conducta no se debe a un prejuicio por razón de sexo. Imaginemos un caso en que un hombre y una mujer, con iguales méritos, se presentan a una entrevista personal. El responsable de recursos humanos escoge al hombre porque en la entrevista éste ha sido brillante mientras que la mujer no hizo un buen papel. La elección no tuvo nada que ver con el sexo de los candidatos, pero la mujer podría alegar discriminación, pues no ha sido escogida teniendo los mismos méritos. ¿Cómo prueba el señor de recursos humanos que no fue sexista?

La situación se agrava si estamos hablando de casos en los que esté en juego la eventual imposición de una sanción administrativa. Es evidente que aunque el procedimiento sancionador administrativo no es tan relevante como uno penal, la imposición de una sanción debe respetar todos los derechos del presunto infractor y por supuesto, la presunción de inocencia, lo cual no parece que se está haciendo en este caso.

En otro orden de cosas, esta Ley introduce toda una serie de acciones que los Poderes Públicos llevarán a cabo con el fin de lograr una igualdad real entre los hombres y las mujeres en todos los ámbitos. Para ello, el gobierno debe aprobar periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades así como presentar informes, también periódicamente, sobre el conjunto de sus actuaciones en este ámbito. Además, todos los proyectos de disposiciones y planes de especial relevancia han de incorporar un informe de impacto de género. Todo este papeleo, lejos de ser inútil, servirá para que la exigencia de igualdad hombre-mujer no quede olvidada o sea desdeñada como un aspecto menor. El forzar a realizar un informe hará que, sin duda, los artífices de las leyes o de los planes se tomen en serio este aspecto. En este mismo sentido, resulta de interés el incluir la perspectiva de género en toda estadística o estudio realizados por los poderes públicos. De hecho, son estos informes y estadísticas los que hacen patente la necesidad de actuar para acabar con las graves discriminaciones que sus datos revelan.

³ La Directiva 97/80/CE, del Consejo, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, es más exigente con el demandante, pues su art. 4 establece la misma norma sobre la prueba, siempre que la persona que se considere perjudicada aduzca ante un tribunal u órgano competente “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”. Esto parece más adecuado que la norma interna comentada.

La ley aborda el tema de la igualdad desde una óptica instructiva. Es necesario concienciar a la población de la necesidad de que la igualdad entre sexos se haga realidad. Para ello, introduce este principio en todos los niveles del sistema educativo y, señaladamente, el universitario. Sólo mediante una educación adecuada conseguiremos acabar con las discriminaciones existentes.

Por otro lado, es necesario que el público en general reciba el mensaje adecuado y para ello, la ley establece que los medios de comunicación públicos velarán por transmitir una imagen igualitaria no estereotipada de mujeres y hombres. Es evidente que los medios de comunicación gozan de un poder inmenso en nuestra sociedad. Cualquier idea que aparece en ellos alcanza la máxima difusión y es indudable que pueden y deben contribuir de forma decisiva a superar prejuicios y conformar una sociedad donde hombres y mujeres sean plenamente iguales.

Otro ámbito de especial trascendencia es el laboral⁴. En él, se exige a las empresas que respeten el principio de igualdad de trato y oportunidades. Entre otros aspectos, deben evitar realizar ofertas de colocación discriminatorias de uno de los sexos, excepto que se exija una característica relacionada con un determinado sexo que, por la naturaleza de las actividades o por el contexto en que se realizan, sea un requisito profesional esencial para el desempeño del puesto, sin que sea admisible basarse en la exigencia de esfuerzo físico. La verdad es que no se nos ocurre ningún caso en que el sexo sea esencial para el puesto y no tenga que ver con una exigencia de esfuerzo físico, pero en su caso, esta diferencia de trato estaría legitimada siempre que el objetivo fuese legítimo y el requisito impuesto fuera proporcionado⁵.

Además, para las empresas que tengan más de doscientos cincuenta trabajadores será obligatoria la realización de un Plan de Igualdad, que deberá ser objeto de negociación. Por supuesto, cualquier otra empresa podrá elaborarlo si así lo desea. Estos planes deben incluir, tras un diagnóstico de la situación particular de la empresa, los objetivos a alcanzar así como las medidas y estrategias a adoptar para conseguirlo y los métodos de evaluación del cumplimiento de los objetivos fijados. Serrano García (2007), que ha estudiado esta materia con exhaustividad, considera que un plan de igualdad ha de ser “colectivo, dinámico, flexible, temporal, funcional, ejecutable y ordenado”⁶. Entre estas características, nosotros deseamos destacar dos: el carácter dinámico-flexible, que supone que el plan se adapta a las circunstancias concretas de la empresa, las cuales obviamente irán variando, y el carácter ejecutable. Estamos plenamente de acuerdo con Serrano en que el plan debe poderse realizar por el empresario y no ser “una mera declaración de principios”⁷. Como la elaboración de estos planes no es tan fácil, la ley prevé que la Administración prestará apoyo técnico para llevarlos a cabo.

Las empresas también pueden, si lo desean, realizar acciones de responsabilidad social, pudiendo hacer uso publicitario de las mismas. Por otro lado y, para incentivar el cumplimiento de la igualdad de trato, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales podrá otorgar un distintivo a toda empresa que destaque por la aplicación de políticas de igualdad, distintivo que podrá ser

⁴ En este ámbito, se respeta escrupulosamente la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, sobre el principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso a empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Ambas Directivas junto con otras relativas a distintos aspectos de la igualdad entre el hombre y la mujer están refundidas en la Directiva 54/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

⁵ V. art. 5 y Disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 3/2007.

⁶ *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (2007)* Bomarzo. Albacete, p. 151.

⁷ *Idem.*

usado en la publicidad de la empresa y que puede ser tenido en cuenta en la concesión de subvenciones públicas. De hecho, la Administración puede incluir en las bases reguladoras de las subvenciones la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes. Moreno Molina (2007) considera que el legislador debiera haber precisado más qué actuaciones son merecedoras de ese tratamiento privilegiado y plantea la cuestión de si la Ley es constitucional en este punto. Estamos de acuerdo con el autor citado en su conclusión de que lo es, pues existe un fin que legitima las medidas incluidas y éstas son razonables y proporcionadas a ese fin⁸. Por otro lado, los órganos de contratación de la Administración podrán establecer la preferencia de adjudicación de los contratos por aquellas empresas que promuevan la igualdad efectiva de hombres y mujeres, pero en este caso se exige que la proposición escogida iguale en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación.

La ley se ocupa también de un tema bastante delicado como es el de la composición de los cuadros directivos, donde las mujeres representan una ínfima minoría. Con el fin de superar esta situación de manifiesta desigualdad, el artículo 75 aconseja a las empresas obligadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias no abreviadas incluir en los Consejos de Administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada en el plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de la Ley. La propia ley explica en su disposición adicional primera qué se entiende por presencia equilibrada: es aquella situación en que ninguno de los dos sexos represente menos del 40% ni más del 60%. Entendemos que es muy difícil legislar sobre la organización interna de una entidad privada. Ahora bien, o se legisla o no. La norma introducida nos parece manifiestamente insuficiente por varios motivos. En primer lugar, sólo afecta a empresas que deban presentar cuentas no abreviadas y no a las demás. En segundo lugar, se utiliza el verbo “procurarán”, es decir, la norma no vincula más que a “tratar de”, no a “conseguir”. Por último, el plazo dado es demasiado amplio. Por todo lo anterior, la generalidad de las empresas no se toma en serio la norma, como lo demuestra que no ha habido avances significativos en la posición de la mujer en las grandes empresas.

En relación con el empleo público, se establece el principio de presencia equilibrada en los órganos directivos así como en los órganos de selección y comités de valoración, e incluso, debe haber presencia equilibrada en las listas electorales⁹. También se establece que se deberá tener en cuenta en la regulación de permisos, excedencias, reducciones de jornada y cualquier otro beneficio, los fines de proteger la maternidad y permitir la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar. En este sentido, destaca que “se reconocerá un permiso de paternidad”. En relación con el empleo en el sector privado, el artículo 44 de la Ley hace referencia tanto al permiso de maternidad como al de paternidad¹⁰, destacando que este último se prevé “para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares”. Evidentemente, el cumplimiento de esta finalidad dependerá en última instancia de los roles asumidos por el

⁸ V. “Disposiciones en materia de contratación administrativa y subvenciones públicas” en AAVV, García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, Jesús (coords.) (2007) *La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*. Lex Nova. Valladolid, p. 218-220.

⁹ Este punto de la Ley, fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, el cual, en su STC 12/2008, de 29 de enero, avaló la constitucionalidad de la norma ya que el art. 9.2 de la Constitución “expresa la voluntad del constituyente de alcanzar la igualdad sustantiva...por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material.”

¹⁰ Sobre la regulación de estos permisos resulta de gran interés: Martín Puebla, Eduardo, “Los permisos parentales y su protección social” en AAVV, Reguero Celada, Justo y García Trascasas Ascensión (coords) (2008): *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios)*. Comares. Granada.

hombre y la mujer en su relación de pareja pues, por mucho que se establezca un permiso de paternidad, será necesario un cambio de mentalidad para lograr el deseado equilibrio en el reparto de responsabilidades y no hablamos sólo de hijos. También suele ser la mujer la que se hace cargo de los mayores y dependientes, algo que suele considerarse como "natural". En cualquier caso, la ley establece que el otro progenitor tiene derecho a una suspensión de contrato de 13 días, ampliable en dos días por hijo a partir del segundo en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple. Según la disposición transitoria novena de la Ley, estos 13 días se ampliarán progresivamente hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas.

La igualdad de trato se exige también en el acceso a bienes o servicios tanto en el sector privado como en el público. Sin embargo, la propia Ley admite que no queda afectada la libertad de contratación, incluida la libertad para elegir a la otra parte contratante, siempre, eso sí, que la elección no se funde exclusivamente en el sexo. También se permiten diferencias de trato que estén justificadas por un objetivo legítimo y siempre que las medidas tomadas sean proporcionadas al fin perseguido. Las personas discriminadas en este ámbito tendrán derecho a ser indemnizadas por los perjuicios sufridos.

LA FUTURA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN. NOVEDADES, MEJORAS Y DEFICIENCIAS

Las diferencias entre la Ley Orgánica 3/2007 y la nueva Ley (actualmente, anteproyecto de Ley) son varias y merecen ser subrayadas. En este epígrafe vamos a desarrollar las diferencias y las mejoras introducidas, así como aquellos aspectos que nos parecen insatisfactorios en la futura Ley.

En primer lugar, la nueva ley, como su título indica, desea ser integral, en el sentido de garantizar no únicamente la igualdad entre personas de distinto sexo, sino la igualdad entre todo tipo de personas sin que, como indica el apartado primero de su artículo 2, sea admisible 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 circunstancia personal o social. En consecuencia, es una Ley que ciertamente sirve para defender la igualdad entre sexos, pero que aspira a mucho más, a ser un verdadero Código de la Igualdad, con mayúsculas.

En segundo lugar, ese carácter integral se manifiesta en relación con los ámbitos en los que se exige su respeto, prácticamente todos las esferas posibles. Si la Ley Orgánica 3/2007 ya era ambiciosa en este sentido, la nueva Ley lo es aún más, detallando mucho más los campos de aplicación. Así, expresamente se alude a los siguientes ámbitos: trabajo y empleo, educación, sanidad, vivienda, servicios sociales, acceso a los bienes y servicios ofertados al público, medios de comunicación y publicidad. En la Ley Orgánica 3/2007 no se hacía referencia a la vivienda ni a los servicios sociales.

En tercer lugar, la Ley es mucho más detallada y meticulosa a la hora de clasificar los distintos tipos posibles de vulneraciones al principio de igualdad de trato. Es evidente que la experiencia ha ayudado a detectar situaciones y conductas que, sin ser las típicas, constituyen también discriminación. En concreto, la ley incluye como tales no sólo la discriminación directa e indirecta, la represalia o el acoso (lo que ya hacía la LO 3/2007), sino también la discriminación por asociación, por error, múltiple, inducción, orden o instrucción de discriminar o incumplimiento de acciones positivas derivadas de obligaciones normativas o convencionales. Todos estos conceptos son explicados en los artículos 4 a 10 de la nueva norma, lo que resulta de gran utilidad para detectar y evitar comportamientos que pretenden no ser discriminatorios pero que

llevan a idéntico resultado. Quizá la más interesante de todas ellas sea la discriminación por error cuando ésta se basa en una apreciación errónea de las características de la persona discriminada. Desde el punto de vista de género es difícil aunque no imposible que este tipo de discriminación se dé. Pues bien, también queda prohibida. En cuanto a la discriminación múltiple, basada en varias causas, es perfectamente posible e incluso frecuente encontrar mujeres que son discriminadas no sólo por el hecho de serlo, sino también por formar parte de determinados colectivos, piénsese en mujeres de etnia gitana o simplemente en mujeres mayores, a quien se margine en el empleo por ser mujeres y por su edad. Las medidas de acción positiva que se encaminen a corregir esta situación deben abordar el problema teniendo en cuenta todos los factores en juego.

En relación con el empleo, la novedad más relevante es la inclusión del principio de igualdad de trato en el trabajo por cuenta propia. En este ámbito queda proscrita cualquier discriminación tanto en el acceso a su ejercicio como en el desarrollo de la actividad. De igual manera, todas las organizaciones sindicales, empresariales y profesionales han de respetar el mismo principio.

Consideramos que una de las novedades más relevantes, y también más polémica, es la prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda, en especial cuando la ley prohíbe a los particulares que hayan realizado una oferta pública de venta o arrendamiento de una vivienda o de un local de negocio, rehusar una oferta o imponer unas determinadas condiciones basándose en cualquiera de las causas de discriminación previstas en la Ley. Es obvio que no se debe discriminar a nadie, y menos aún en un aspecto tan importante como es el acceso a la vivienda, pero también es cierto que se afecta aquí a la libertad contractual de las partes. Verdaderamente, nadie debería ser obligado a alquilar su casa o un local a una persona que no le parece adecuada. Además, el verdadero problema estará en demostrar que el rechazo de la oferta se debió a una causa discriminatoria y no sencillamente a que el inquilino entrevistado simplemente no gusta al propietario¹¹.

La carga de la prueba de que no existe discriminación recae sobre el demandado que en este caso será el propietario, el cual deberá justificar su decisión de no alquilar o vender con un motivo que no sea discriminatorio. Entendemos que esto será muy difícil para un propietario, aunque no haya tenido en ningún momento un motivo basado en prejuicios de cualquier tipo. Se pasa aquí de un extremo en el que el comprador o inquilino carecía de protección frente a prácticas discriminatorias del propietario, al extremo opuesto, donde quien queda desprotegido es cualquier propietario que sea denunciado por alguien que pertenezca a un colectivo desfavorecido o simplemente por una mujer que alegase que no se quiso contratar con ella por su condición de mujer. Es cierto que se exige aportar un principio de prueba, pero ¿qué se admite como tal?¹² Consideramos que la prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda es un paso adelante, pero la carga de la prueba de que tal discriminación existe tendría que corresponder al demandante quien debería aportar algo más que un “principio de prueba”.

La regla de que la carga de prueba de la no discriminación corresponde al demandado se extiende a todos los ámbitos, no sólo el de la vivienda. Esta norma ya se encontraba en la LO 3/2007 y ya comenté críticamente la misma, especialmente en lo relativo a que esta regla se excluía de aplicación únicamente en los procesos penales, siendo aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores, lo que me parece inadmisibile. Pues bien, la Ley Integral de

¹¹ La Directiva 2004/113/CE permite diferencias de trato si están justificadas por un propósito legítimo. Así, en su Considerando 16 estima que razones de intimidad y decencia pueden legitimar no alquilar una parte de la vivienda a una persona de un sexo determinado.

¹² Ver nota 2.

Igualdad ha superado esta deficiencia pues esta regla de la carga de la prueba se excluye también en los procedimientos administrativos sancionadores, como no podía ser de otra manera, ya que en ellos debe prevalecer también el principio de presunción de inocencia que es clave en todo procedimiento susceptible de desembocar en la imposición de una sanción, sea ésta penal o no.

Por otro lado, la nueva ley se califica a sí misma como Ley de Garantías, pues entiende que, si bien la igualdad no es discutida como principio, sí que hay situaciones donde el principio se vulnera y el sistema carece de armas para defender a la víctima de la vulneración. Por eso, se introducen y mejoran los mecanismos legales para luchar contra la discriminación. De hecho, el Capítulo I del Título II de la Ley se consagra a regular la tutela judicial y actuación administrativa en estos casos, ofreciendo la declaración de nulidad, cese, reparación, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales. Estos mecanismos existían ya en la Ley Orgánica 3/2007, pero aquí se extiende su ámbito de aplicación, lo que no deja de ser una mejora.

Entre las medidas de tutela del derecho a la igualdad de trato, destaca que la persona que cause discriminación deberá indemnizar el daño causado. Esto no es nuevo, pero sí lo es el que acreditada la existencia de discriminación, se presumirán daños morales.

También en esta línea de tutela del derecho, se establece que el Fiscal General del Estado designará un Fiscal de Sala delegado para tal fin. Además, la Ley crea un organismo independiente y unipersonal, que ofrece protección frente a la discriminación. Se trata de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No discriminación, cuyas funciones son muy amplias. Destacan, entre otras, la de prestar apoyo a las víctimas en la tramitación de sus reclamaciones; servir de mediador en reclamaciones que no sean laborales o penales; investigar casos de discriminación; interesar la actuación de la administración o del ministerio fiscal dependiendo de la naturaleza de los actos sancionables; elaborar informes y promover la adopción de códigos de buenas prácticas. En definitiva, debe velar por el cumplimiento de la normativa de igualdad de trato.

En su labor de investigación, la Autoridad puede recabar la colaboración de las Administraciones Públicas y de los particulares, los cuales están obligados a proporcionarle la información solicitada en el plazo de diez días, salvo que de forma motivada se fije un plazo diferente. Es destacable que la información puede incluir datos personales de terceros sin el consentimiento de éstos, lo que es prueba de la importancia que se le da a este tipo de investigaciones.

La Autoridad será nombrada por el gobierno y el mandato tendrá una duración improrrogable de seis años. Todo el régimen de funcionamiento, de personal, económico y presupuestario se regirá por su Estatuto, que deberá ser elaborado por la propia Autoridad y aprobado por el gobierno mediante Real Decreto. En principio, parece una idea positiva, pero habrá que esperar a comprobar la actuación del nuevo órgano creado para saber si es verdaderamente útil en la práctica.

Por otro lado, y también desde esa vocación garantizadora, la Ley regula todo un sistema de infracciones y sanciones¹³, que pueden servir para prevenir malas conductas o castigarlas, en su caso. Esto ya estaba previsto en el Orden Social¹⁴ o en caso de discriminación de determinados

¹³ Ver sus artículos 43 a 46.

¹⁴ Ver Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el Orden Social. En relación con infracciones en materia de igualdad, ver art. 7.13, los apartados 12, 13, 13bis y 17 del artículo 8 y el art. 16.2.

colectivos, como el de los discapacitados¹⁵, pero ahora se extiende a otros órdenes. De hecho, la nueva ley no se aplicará a aquellos ámbitos en los que ya existía normativa sancionadora específica.

Las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves. Las infracciones leves son irregularidades meramente formales que se castigarán con multa de entre 150 y 10.000 euros. Las infracciones graves son aquellas conductas que hayan dado lugar a discriminación, represalia o el incumplimiento de un requerimiento administrativo específico por órgano competente en materia de igualdad de trato. Asimismo, se califica como grave la comisión de una tercera falta leve en el plazo de un año, cuando ya se ha sido sancionado por dos faltas leves. Estas infracciones graves se sancionan con multas de entre 10.001 y 60.000 euros. Por último, constituyen infracciones muy graves, sancionables con multas de entre 60.001 y 500.000 euros, acosos discriminatorios que generen vejaciones graves o provoquen graves perjuicios económicos o profesionales a las víctimas, ejercer presión sobre las autoridades y empleados públicos competentes en esta materia así como la comisión de una tercera falta grave en el plazo de un año, cuando ya se ha sido sancionado por dos faltas graves.

Como puede observarse, las multas previstas no son nada desdeñables¹⁶, ya que incluso para las faltas leves la sanción máxima es ya bastante elevada. En el caso de las infracciones muy graves, la sanción podría llevar a la ruina al infractor. De hecho, la Ley exige que la multa que se imponga debe ser de una entidad tal que al infractor no le resulte más beneficioso su abono que lo obtenido mediante la comisión de la infracción. Consideramos que los importes señalados son suficientemente altos, en especial si se aplican en su grado máximo, para que las multas cumplan con la finalidad disuasoria que les es propia.

Para graduar las sanciones, la ley ofrece los siguientes criterios: la naturaleza de los daños provocados, su permanencia o transitoriedad, el número de personas afectadas, el beneficio económico obtenido, la reincidencia, la intencionalidad del autor y la repercusión social de la conducta discriminatoria. Por otro lado, si la discriminación es múltiple, la sanción podrá imponerse en la cuantía máxima del grado que corresponda.

Nada tenemos que objetar a los cinco primeros criterios. Sin embargo, nos parece cuando menos problemático conocer la intencionalidad del autor. ¿Cómo se puede saber cuál fue la intención última de la persona que lleva a cabo la discriminación? Como mínimo, se estará partiendo de suposiciones que podrán ser más o menos lógicas pero que, en nuestra opinión, al ser un dato demasiado ambiguo, jamás debería fundamentar la imposición de un castigo en sus grados medio o máximo, según los casos.

En cuanto a la repercusión social, tampoco nos parece un dato que deba tomarse en cuenta para graduar la sanción. Imaginemos que una víctima acude a un programa de televisión para comentar su caso. La repercusión social de un mismo hecho, su discriminación por cualquier motivo, se multiplicará, pero la conducta inicial del infractor no habrá cambiado, ¿por qué debe entonces ser diferente y peor la sanción? La repercusión social no debería valorarse a menos que fuera el propio infractor el que hubiera dado publicidad a su conducta, de forma que se hubieran causado mayores perjuicios a su víctima o se hubiera dado lugar a un efecto copia,

¹⁵ Ver Ley 49/2007, de 26 de diciembre.

¹⁶ Pueden compararse con las previstas en el Orden Social, en el que las infracciones leves se castigan con multa de entre 60 y 625 euros, las graves, con multa de entre 626 y 6.250 euros y las muy graves, con multa de entre 6.251 y 187.515 euros. Ver. artículo 40 del Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

pero la verdad es que ello no parece muy probable pues, el que discrimina sabe que lo hace y lo que opina la sociedad al respecto por lo que no suele alardear de ello.

En relación con la posible imposición de la cuantía máxima del grado que corresponda en casos de discriminación múltiple, debemos manifestar nuestra oposición, pues el resultado de la discriminación será el mismo, tanto si su autor se está basando en un único criterio como si lo está haciendo en varios. ¿Qué más da si una persona niega el acceso a otra porque es negra o porque es negra y está discapacitada? El hecho es que hay discriminación y ello es lo sancionable. Ahora bien, aumentar la cuantía porque la víctima pertenezca a varios colectivos susceptibles de discriminación no nos parece adecuado. Además, ¿cómo probar que hubo una doble base? Si el autor discriminó por uno o por varios motivos sólo lo sabrá él, a menos que lo haya manifestado y aún en ese caso, el daño provocado será el mismo.

Además, en casos de infracciones muy graves de extraordinaria relevancia, la Administración podrá imponer sanciones accesorias como la supresión o suspensión de ayudas oficiales, el cierre del establecimiento o el cese de la actividad económica o profesional¹⁷. Nos parece que si la actividad que se cierra tuviera empleados, se estaría castigando no sólo al infractor, que lo merece, sino a todos aquellos que de él dependen, por lo que el órgano sancionador deberá sopesar con mucho cuidado todos los intereses en juego antes de imponer este tipo de sanción accesoria.

En sentido contrario, la ley permite al órgano sancionador, con el consentimiento del infractor y siempre que no se trate de infracciones muy graves, sustituir las sanciones económicas por asistencia a cursos o cooperación personal no retribuida en actividades de utilidad pública, interés social y valor educativo o en labores de reparación de los daños causados y de apoyo a las víctimas de discriminación¹⁸. Se trata de concienciar al infractor de la necesidad de respetar el principio de igualdad de trato y de reparar el daño provocado a sus víctimas. En nuestra opinión, esta sustitución será menos efectiva para lograr la eliminación de actitud discriminadora que las multas económicas, mucho más disuasorias.

En cuanto al procedimiento y órgano competente para instruir el procedimiento sancionador, se determina que la instrucción y resolución corresponde a la Administración Pública en el ámbito de sus competencias. Si la conducta infractora supera el territorio de una Comunidad Autónoma, será competente la Administración General del Estado. El Plazo para resolver es de seis meses y el plazo para cumplir la resolución será de entre quince y treinta días. Destaca en la regulación el hecho de que si el responsable es una autoridad o personal al servicio de la Administración, ésta quedará vinculada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial para determinar la indemnización por daños a la víctima.

CONCLUSIONES

I. La igualdad entre hombres y mujeres no puede ser únicamente formal, sino que debe ser material. Para lograr este objetivo, es necesario tomar medidas legislativas que corrijan la situación actual, donde la mujer sigue estando en clara desventaja.

¹⁷ En el Orden Social, el artículo 46 bis del Real Decreto Legislativo 5/2000 prevé, en caso de infracciones muy graves en relación con la igualdad, la pérdida automática de ayudas, bonificaciones y beneficios de programas de empleo desde la fecha de comisión de la infracción y exclusión de los mismos beneficios durante seis meses.

¹⁸ En el Orden Social, en el caso de comisión de las infracciones previstas en el 8.12 y 16.2, las sanciones accesorias se pueden sustituir por la realización y aplicación de un Plan de Igualdad. Ver el artículo 46 bis del Real Decreto Legislativo 5/2000.

II. El legislador es consciente de que toda desigualdad de trato debe ser proscrita, cualquier discriminación por razón de sexo (u otro motivo ilegítimo) debe ser castigada y la víctima compensada por los perjuicios sufridos. Para ello, el ordenamiento debe ofrecer los cauces procedimentales adecuados. Ello es lo que persigue un tanto tímidamente la Ley Orgánica 3/2007 y logrará de forma más plena la nueva Ley de igualdad integral.

III. Para proteger a la víctima de un presunto trato discriminatorio se ha introducido el principio de que, una vez alegado el mismo, corresponde al demandado probar que no existe discriminación. La nueva Ley habla de que la persona perjudicada debe aportar un "principio de prueba". Consideramos que esta norma puede dar lugar a resultados injustos, pues puede ser muy difícil probar que la intención del demandado no fue la de discriminar aunque sea lo cierto. Esta norma sobre la prueba es inadmisibles en procedimientos sancionadores de cualquier tipo. La Ley Orgánica 3/2007 sólo la excluía en procesos penales, lo cual era claramente insuficiente. La nueva Ley corrige este punto y la excluye también en procedimientos administrativos sancionadores, lo que nos parece un avance.

IV. El cuadro de sanciones establecido en la nueva Ley es muy duro, quizá incluso excesivamente. Ahora bien, quizá ello logre un mayor efecto disuasorio de conductas discriminatorias, que es lo que se pretende lograr. La posible sustitución de ciertas sanciones económicas por otras medidas de reeducación o compensatorias para la víctima no nos parece acertada pues se pierde la citada eficacia disuasoria.

V. Las medidas de acción positiva también son necesarias y serán legítimas mientras subsista la situación actual de desigualdad. En este sentido, el legislador puede establecer medidas que favorezcan al colectivo más desfavorecido para compensar la situación desigual de partida. Estas acciones positivas han sido avaladas por el Tribunal Constitucional.

VI. La creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No discriminación, cuyas funciones son muy amplias, nos parece conveniente, pero habrá que esperar a observar su eficacia práctica.

En definitiva, las Leyes comentadas son hoy por hoy necesarias en aras de lograr la igualdad efectiva. Esperemos que nuestra sociedad pueda prescindir de todas estas normas protectoras y de acción positiva porque el objetivo perseguido por ellas sea alcanzado y las deje vacías de sentido.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, Reguero Celada, Justo y García Trascasas Ascensión (coords) (2008): *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*. Comares. Granada.

AAVV, García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, Jesús (coords.) (2007) *La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*. Lex Nova. Valladolid.

Serrano García, Juana (2007): *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres*. Bomarzo. Albacete.