

IGUALDAD Y DERECHOS SOCIALES

Fernando REY

SUMARIO: I. Igualdad como derechos social y como herramienta para hacer más eficaces los derechos sociales. II. El significado de la igualdad. III. Las trampas de la igualdad. IV. El modelo europeo de lucha contra la discriminación.

I. Igualdad como derecho social y como herramienta para hacer más eficaces los derechos sociales

Hablaré de igualdad y derechos sociales en plena crisis económica mundial y ante un auditorio que conoce muy bien las promesas incumplidas del constitucionalismo. En una película alemana recomendable, “*Good bye Lenin*”, el protagonista, un joven alemán oriental perplejo tras la caída del muro de Berlín, afirma con lucidez en un determinado momento: “hemos descubierto que lo que nos dijeron sobre el comunismo era mentira, pero, peor aún, que lo que nos contaron sobre el capitalismo era verdad”. No sé si soy un provocador (quizá sí, como todos los que estamos aquí, verdaderamente comprometidos con los derechos humanos –insisto, comprometidos y no simplemente implicados, del mismo modo que en los huevos con beicon la gallina participa pero el cerdo se compromete– y perdonen la metáfora), pero desde luego no soy un ingenuo. Sé, por ejemplo, que la igualdad es lo más antinatural que existe. En la sociedad, como en la naturaleza, lo dominante es la desigualdad y la ley del más fuerte. La igualdad, como contrapunto del obstinado darwinismo social, es una conquista sostenida de la civilización, un esfuerzo que ha de mantenerse en el tiempo, porque la igualdad no cae como fruta madura de ningún árbol, sino que ha de lograrse cada día. La igualdad requiere un esfuerzo humanizador cotidiano.

Y esto supone un Estado fuerte, porque sin Estado (democrático, por supuesto) no hay igualdad. Sin un sistema fiscal potente, por ejemplo, no puede haber igualdad. Si la presión fiscal de un Estado no alcanza el 20%, seamos honestos, no podremos hablar de igualdad, sino que simplemente podremos pedir que se salve el que pueda (que serán unos pocos, los de siempre). Hace años, en un curso de doctorado que impartí en Cuba, en la Universidad de Oriente de Santiago, me confesé comunista, pero comunista al estilo sueco, o alemán, o español, es decir, partidario de sistemas donde cerca de la mitad (o incluso más) de los ingresos económicos de cada persona van a engrosar las arcas del Estado para que éste pueda proporcionar unos servicios públicos de calidad (mayor o menor). Todos los derechos, y no sólo los sociales (también los civiles de primera generación, pero hemos asumido su gasto con tanta naturalidad que parece que sostener la defensa de la propiedad privada o de la tutela judicial efectiva sale gratis), insisto, todos los derechos cuestan dinero y esto requiere un Estado fuerte (fuerte para recaudar, pero también para impedir –o reducir al máximo– la evasión fiscal y la corrupción –lo cual exige, por ejemplo, una agencia tributaria independiente del poder político) y una ecología institucional democrática. Qué paradoja: el Estado es el potencial enemigo de los derechos (lo sabemos bien, aunque el peor enemigo de la igualdad no es el Estado sino el Mercado),

pero al mismo tiempo es el único garante de la igualdad entre todos los ciudadanos. El Estado forma parte del problema y, al mismo tiempo, es su solución.

La igualdad y la prohibición de discriminación son dos derechos próximos, pero distintos, que, sin duda, tienen el aire de familia de los derechos sociales. Pero, en el espacio de los derechos sociales desempeñan, de un lado, un papel fundamental por su carácter principal (de modo que el resto de derechos sociales son una concreción del principio/derecho/valor de igualdad), que les permite ser una ventana de creación de nuevas dimensiones o facultades de derechos sociales y, de otro lado, desarrollan una función de intensificación de la eficacia del resto de derechos sociales en la medida en que el lenguaje de la igualdad es más potente que el de la libertad para entrar en la esfera de las relaciones entre particulares, y en que de la igualdad se deriva una dimensión positiva o prestacional por parte de los poderes públicos y no sólo de abstención, omisiva o negativa. No obstante, la tradicional división de los derechos fundamentales en derechos de libertad, sociales y de participación debe acogerse sólo de modo propedéutico, ya que todos los derechos tienen dimensiones de libertad, de igualdad y de democracia. En el caso del derecho de igualdad es claro: expresa la libertad en la medida en que opone una barrera a los poderes públicos respecto de la posibilidad de introducir categorías y distinciones de trato que no sean razonables; manifiesta la igualdad puesto que reclama, en el marco de un Estado social, la igualdad de oportunidades entre todos los ciudadanos; y transparenta el ideal democrático porque impide que se trate a ciudadanos y a grupos como castas, como minorías aisladas y sin voz en la arena política.

Hablar de igualdad trae consigo otros problemas. Propondré la promoción de una nueva rama del ordenamiento, el Derecho Antidiscriminatorio, un sector del ordenamiento transversal porque afecta a todas y cada una de las especialidades jurídicas (tanto de derecho público como privado), a partir de los enunciados constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos. En los ordenamientos anglosajones, que en este punto nos llevan delantera, ya existe esta disciplina y se enseña con naturalidad en sus Facultades de Derecho. Piensen en el derecho de igualdad por razón de género; o por origen étnico; o en las discriminaciones basadas en la orientación o en la identidad sexual. O en tantas otras causas: edad, discapacidad, etc.. El derecho de la igualdad es, sin duda, una de las cuestiones jurídicas contemporáneas más relevantes desde el punto de vista social, más dinámicas y críticas desde el punto de vista jurídico, así como más comunes a todos los ordenamientos del mundo. En materia de instituciones, las dificultades de comparación entre los países son evidentes (porque el derecho constitucional es pretensión de ordenación racional del poder, pero también historia y demonios de familia –cada Estado tiene los suyos sin exorcizar), pero en relación con los derechos fundamentales y, sobre todo, respecto a los problemas que plantea la igualdad (o, para ser exactos, el grado de desigualdad que debe tolerarse) todos los ordenamientos se enfrentan a idénticos problemas, ofrecen similares argumentos y alcanzan conclusiones semejantes.

Les propongo, pues, que abordemos algunos de los problemas más significativos relacionados con el discurso jurídico de la igualdad. Concretamente tres: el propio significado del concepto; en segundo lugar, relacionado con lo anterior, lo que podríamos llamar las falsas ilusiones, trampas o espejismos de la igualdad y, por último, los

desarrollos recientes y más relevantes del derecho de la igualdad en el Derecho Europeo (auténtica locomotora en este campo de los ordenamientos de los Estados miembros), lo que podríamos llamar el modelo europeo de lucha jurídica contra la discriminación.

II. El significado de la igualdad

¿Qué tipo de igualdad cabe propugnar? Hoy no está de moda lo que podría denominarse *igualdad cosmopolita*, aquella que es reclamada en la misma dosis para todos los miembros de una comunidad política (una igualdad que me atrevería a llamar republicana), sino la *igualdad particularista*, pretendida por el interés de un grupo, que compite con otros por recursos de suyo escasos (la igualdad que yo llamaría comunitarista). Veamos esto. El Estado moderno surge en el Renacimiento como resultado de un proceso de unificación política (frente a la Iglesia Católica, el Imperio y la nobleza) y también cultural (el principio *cuius regio, eius religio*, consagrado tras la Guerra de los Treinta Años en Westfalia, 1648). El Estado constitucional moderno debuta en la Europa continental con las revoluciones liberal-burguesas, como resultado de un proceso de unificación ideológico-cultural, bajo la horma ilustrada, frente a la sociedad fragmentada en estamentos del Antiguo Régimen. La idea de Código, esto es, de una norma con capacidad de regular toda la realidad y aplicable sin distinción a todas las personas, es la metáfora del nuevo régimen, edificado sobre la idea de un derecho igual para todos. La [Declaración francesa de derechos de 1789](#), norma vigente en Francia, se refiere al “hombre y el ciudadano”, es decir, a todos los hombres y no sólo a los franceses. El sueño optimista y cosmopolita ilustrado parecía posible. De este lado del Atlántico, el patrón cultural puritano alumbró en las colonias inglesas, junto con otros factores, las principales herramientas del constitucionalismo, empezando por la idea de la Constitución como norma jurídico-política superior (la Constitución como “Biblia política”) y como fruto de un contrato social entre individuos. Cuando Samuel P. Huntington intentaba, en su conocido libro de 2004, identificar los rasgos definidores de lo norteamericano frente a lo mexicano todavía parecía hacerlo desde ese parámetro anglosajón, blanco, propietario y protestante. Su tesis, de aroma racista y xenófobo, pretendía tener ese elegante pedigrí intelectual.

El Estado y el Estado constitucional moderno surgen, pues, de cierta concepción de la igualdad, de unos determinados procedimientos unificadores en lo cultural. El que a finales del siglo XIX la distancia entre el sueño de la igualdad universal y la realidad de una igualdad privilegiada sólo para las clases posidentes (más “iguales” que el resto) desembocara violentamente en la crisis del Estado liberal-burgués y en alternativas superadoras (algunas que se revelaron como auténticas pesadillas, por cierto: los regímenes autoritarios, fascistas, pero también los de socialismo *real*), no impugna la tesis de la idea de igualdad como elemento central, sino al contrario, la refuerza, ya que lo que pretendían las nuevas clases sociales era precisamente ser tratadas de modo idéntico a la burguesía. No se desafiaba la idea de igualdad, sino su versión exclusivamente burguesa.

El Estado constitucional post-moderno de nuestros días no cree ya, sin embargo, en ese tipo de igualdad del Estado constitucional moderno. Nadie parece querer ser igual a nadie. No existe una utopía igualitaria común. Quizá porque el Estado es una forma política

demasiado pequeña e insignificante en la economía, pero demasiado amplia para albergar en su seno crecientes diferencias éticas, étnicas y culturales. Cuando se invoca a la igualdad lo que se quiere, en realidad, es subrayar la diferencia, aquello que distingue a unos de otros para intentar, acto seguido, algún tipo de compensación (normalmente económica) de un pasado y un presente de oprobios infligidos por parte de la mayoría. El discurso de la igualdad parece ser, a veces, sólo la expresión contable de la dignidad. Nuestro tiempo no es el de la igualdad, sino el de la desigualdad como nuevo patrón cultural fundamental. La Constitución no parece brotar ya del pacto entre individuos, sino del pacto entre grupos étnicos, de género, religiosos y éticos, lingüísticos, territoriales... La dinámica social, a diferencia de lo que ocurría en el Estado constitucional moderno, es centrífuga. Por supuesto, las reivindicaciones de las minorías suelen ser justas y necesarias, pero ¿cuánta diversidad admite la unidad estatal? Las junturas del traje estatal saltan con violencia allí donde son incapaces de contener la diversidad y hay ejemplos de todo tipo en América y en Europa.

Personalmente, me convence más una idea republicana de la igualdad, esto es, una concepción que reconoce la desigualdad étnica, cultural, etc., de los grupos dentro de una comunidad estatal como una riqueza a proteger, y la cohesión social como un elemento vertebrador fundamental de la acción pública (y por ello es una visión republicana y no liberal), pero que, al mismo tiempo, y quizá con preferencia, intenta ofrecer un estatuto de derechos y servicios común y homogéneo a todos los ciudadanos sin consideraciones de su pertenencia a las diferentes minorías (y por ello es una visión republicana y no comunitarista, intercultural y no multicultural). Evidentemente, cada uno aquí podrá tener su peculiar concepción de la igualdad, pero siempre teniendo en cuenta que no hay un solo enfoque que la capte por completo, e incluso que algunos de sus sentidos no son sólo diversos, sino incluso incompatibles entre sí.

III. Las trampas de la igualdad

Llamo así a las estrategias y luchas contra la discriminación que, lejos de conseguir su objetivo, producen justamente lo contrario, reforzar las desigualdades, en un efecto boomerang. Señalaré algunos. En primer lugar, el peor peligro, a mi juicio, de las políticas de igualdad, el paternalismo o tratamiento benevolente, aparentemente protector de las minorías y personas en situación social de desventaja, pero que, de hecho, las presupone seres de inferior valor social (las protegemos más porque en definitiva se juzgan más débiles o incapaces que a la mayoría) y que, a la larga, refuerza su posición social subordinada. Contra esta enfermedad, la medicina es claramente el empoderamiento de las minorías en todos los procesos de toma de decisiones sobre asuntos que les afecten y también en los asuntos que se proyectan sobre toda la comunidad. Si queremos lograr avances en materia de igualdad, de ninguna manera puede traer premio ser víctima.

En segundo lugar, otro problema de la lucha contra la discriminación, ligado al anterior, es el de la picaresca (y nuestras sociedades tienen una especial maestría en obtener ventajas de lo común: las sociedades anglosajonas tienen un espacio privado/familiar más bien pobre y un espacio público potente y las sociedades latinas tenemos un espacio privado poderoso y un espacio público bastante descuidado). No sé en otros lugares, pero en

España los movimientos por la igualdad de género y los raciales, etc., no suelen ponerse de acuerdo entre ellos, ni siquiera entre las entidades del tercer sector que se dedican a la misma lucha, y esto se explica porque todos compiten por los recursos económicos escasos. De este modo, las políticas de igualdad avanzan, pero menos y peor que si todos los sujetos implicados convergieran estratégicamente.

Un tercer problema remite al carácter sobreinclusivo o subinclusivo de algunas políticas de igualdad. Pondré un ejemplo, cualquier actuación en relación con la minoría gitana o roma debería tener en cuenta que ni todos los gitanos son más pobres que la población no gitana (peligro de la sobreinclusión), ni sólo los gitanos son pobres (peligro de la subinclusión). Espero que se me entienda bien. Con esto no quiero decir, por supuesto, que no deba haber políticas de igualdad; lo que quiero dejar bien claro es que deben establecerse correctamente para que consigan sus objetivos y no los contrarios. La igualdad requiere una inteligencia finamente articulada.

Cuarto problema. Los organismos públicos especializados en la igualdad. Sin duda, se trata de un avance que existan este tipo de organismos (más tarde hablaré algo más de esto), pero un principio fundamental en materia de prohibición de discriminación es el de la transversalidad, es decir, la igualdad, por ejemplo, entre mujeres y hombres, no debe ser tarea sólo de un organismo de la administración (entregado además sólo a mujeres), sino de toda la actuación pública porque toda ella tiene repercusiones sobre la igualdad de género. La igualdad entre mujeres y hombres no es cosa sólo de las mujeres. Nos afecta a todos, mujeres y hombres, porque supone una nueva manera de vernos, comprendernos y relacionarnos: para que las mujeres entren de verdad en los espacios públicos (la toma de decisiones, la política, el empleo extradoméstico, etc.), los hombres tenemos que entrar en los espacios privados (el cuidado de los niños, de los ancianos, etc.). Esto requiere un nuevo contrato social entre mujeres y hombres. Mientras subsista el estereotipo del modelo de familia *male breadwinner*, el varón sustentador, no avanzaremos. ¿Qué ocurre en España en este sentido? Pues que las políticas de conciliación entre vida privada y laboral están progresando poco a poco (permitiendo una vida más cómoda a muchos trabajadores), pero están fracasando de modo estrepitoso en cuanto al objetivo de alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres. En España se ha entendido por la mayoría que sólo las mujeres tienen que conciliar vida privada y vida laboral, de modo que las medidas dirigidas a la conciliación más que solucionar las desigualdades laborales entre mujeres y hombres las están consolidando y ampliando. En efecto, las excedencias por cuidado de hijos, los permisos de paternidad/maternidad, las reducciones de jornada por obligaciones familiares, las “disfrutan”, y lo digo con comillas con toda la intención, entre el 98 y el 99% desde el año 1998 hasta el actual (y eso, tanto las trabajadoras asalariadas como las trabajadoras por cuenta propia). ¿Qué significa conciliar en España? Pues que muchas mujeres están condenadas a llevar trabajos de baja intensidad para poder seguir sirviendo a los suyos en el ámbito doméstico, es decir, para poder hacer el doble trabajo o la doble jornada.

Además, la intensificación de la flexibilidad laboral ha provocado un mayor poder empresarial para organizar el tiempo de trabajo diario y anual, con escasa consideración a las necesidades de la vida cotidiana. Al revés. Cuando la jornada laboral se vuelve flexible

y la empresa puede imponer cambios súbitos de configuración, esto repercute muy negativamente sobre las mujeres trabajadoras. Para muchas mujeres, las necesidades de cuidados que presentan las personas a su cargo ocupan un papel central en su vida; cualquier variación en su jornada, sobre todo si es imprevista, supone un grave trastorno que exige el rediseño de las estrategias familiares y mayor presión moral y social. Además, la introducción de horarios “atípicos” (nocturnos, festivos, etc.) crea dificultades adicionales para llevar a cabo una vida social adecuada. En otras palabras, la flexibilidad de las jornadas, en sí misma considerada, si pierde de vista el objetivo de la igualdad, se convierte en una trampa para las supuestas beneficiarias, las mujeres.

La organización del tiempo de las personas es muy distinta respecto de hombres y mujeres. Para los hombres, en general, la vida está determinada muy claramente por su tiempo dedicado al trabajo doméstico y el tiempo que les queda pueden dedicarse al trabajo familiar doméstico u otras actividades. En el caso de las mujeres, la situación es mucho más complicada. El tiempo dedicado al trabajo también determina su organización diaria del tiempo, pero en situaciones críticas (aunque habituales, por cierto, como la presencia de dependientes), las mujeres suelen reducir el trabajo extradoméstico y aumentar considerablemente el doméstico. Incluso están dispuestas a trabajar en horarios peores con tal de que no varíen a menudo o de forma imprevista. Otro ejemplo de las diferencias entre mujeres y hombres en este aspecto es la mayor participación de las mujeres en el sector público, con un horario más reducido y mayor flexibilidad, que permiten la conciliación. Así que, en todo caso, más que hablar de estrategias “familiares” de conciliación, las que se dan en la realidad son estrategias “femeninas”, formando parte de ellas el retraso de edad de la maternidad, con sus correspondientes efectos demográficos y socio-económicos.

Un último problema que afecta a las políticas de igualdad tiene que ver con el hecho de que, en caso de conflicto social, las minorías étnicas o sexuales apenas votan y las mayorías sí suelen hacerlo, de modo que los progresos reales dependen de políticos especiales, aquellos que tienen capacidad de ver más allá del cálculo electoral.

IV. El modelo europeo de lucha contra la discriminación

El Derecho Antidiscriminatorio de la [Unión Europea](#) (UE) engloba un cuerpo de normas y de prácticas muy avanzado en materia de igualdad y prohibición de discriminación. De hecho, la Unión ha establecido un esquema bastante preciso de tratamiento de la igualdad de trato, que incluye las definiciones de referencia, garantías procesales como la inversión de la carga de la prueba, exigencias de diálogo con el tercer sector y los agentes sociales y, sobre todo, la obligación de designar organismos de promoción de la igualdad. Este esquema se viene repitiendo una y otra vez desde el año 2000. El Derecho Antidiscriminatorio europeo se está construyendo, por influencia anglosajona, sobre un modelo de seis rasgos: sexo, raza/etnia, religión/creencias, edad, discapacidad y orientación sexual. Permítanme que omita aquí la referencia a las disposiciones concretas, pero debo recordar, como mínimo, algunos hechos. Primero, la igualdad entre mujeres y hombres forma parte de la política social de la Unión Europea e integra el acervo comunitario. La entrada en vigor del [Tratado de Amsterdam](#), el 1 de mayo de 1999, marcó

un hito en la política de igualdad de la UE. Hasta entonces, los textos constitutivos tan sólo mencionaban el principio de igualdad de retribución en una disposición aislada, el antiguo artículo 119 del [Tratado Fundacional de 1957](#). Tan limitada base legal no impidió que la [Comisión Europea](#) impulsara desde principios de los años 70 directivas, programas e iniciativas de financiación, a la vez que abanderaba campañas de sensibilización. La "percha" del artículo 119 TCE resultó así ser el útil fundamento jurídico sobre el que se fue abriendo camino, vía derecho derivado, la política europea de la igualdad de género. La disposición más importante e influyente del derecho comunitario en esta materia ha sido la [Directiva 76/207/CEE](#) sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo. Esta Directiva ha sido modificada el 23 de septiembre de 2002 para adaptarla a la evolución de la jurisprudencia y al Tratado de Amsterdam, así como para incluir nuevas disposiciones relativas a cuestiones importantes, como el acoso sexual y su consideración como una discriminación directa, y finalmente, ha sido "codificada" junto con el resto de Directivas sobre igualdad entre mujeres y hombres por la [Directiva 2006/54](#). La [Ley Orgánica 3/2007](#), de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres es la norma que transpone al ordenamiento español los principios y reglas provenientes del derecho europeo.

Respecto de la discriminación racial, el 29 de junio de 2000 se aprobó, con fundamento en el art. 13 del [Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea](#), sin que pueda olvidarse tampoco el posterior art. 21 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), la [Directiva 2000/43/CE](#) relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Se trata de una importante Directiva que, en el contexto del "paquete de medidas contra la discriminación" aprobado por la Comisión el 25 de noviembre de 1999, marca un antes y un después en la política comunitaria contra el racismo. La Directiva 2000/43 tiene por objetivo "establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato" (art. 1), y mantiene una estructura gemelar respecto de la otra Directiva que integraba el "paquete contra la discriminación" aprobada por la Comisión el 25 de noviembre de 1999, la [Directiva del Consejo, de 27 de noviembre de 2000](#), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Las diferencias más significativas entre ambas Directivas se reducen a tres hechos: la última Directiva citada se refiere a las discriminaciones por razón de "religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual" (art. 1); su ámbito de aplicación se refiere sólo al empleo (mientras que en el caso de la Directiva 2000/43 el ámbito es sensiblemente mayor); y, por último y lógicamente, porque la diferente situación de cada grupo social en desventaja requiere una respuesta jurídica parcialmente distinta, el derecho antidiscriminatorio relativo a la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, está sujeto a un mayor número de limitaciones que el que se refiere al origen racial. Precisamente, la propuesta de Directiva del año 2008 intenta extender la tutela antidiscriminatoria de la directiva de igualdad laboral a las mismas cotas de la directiva de igualdad racial.

Lo cierto es, sin embargo, como reconoce el [Informe del Comité de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2008](#), que el mapa del desarrollo del

Derecho Antidiscriminatorio en Europa muestra un *patchwork* de legislaciones desiguales, carente de un método común de implementación y de armonía en la transposición de las Directivas, en un contexto en el que la ciudadanía no está suficientemente informada de sus derechos. Por otro lado, el desarrollo del Derecho Antidiscriminatorio es desigual según los diferentes rasgos protegidos. Se trataría de lograr un desarrollo armónico, integral y coherente de lucha contra todos los tipos de discriminación, que evitara una indeseable jerarquización de la protección según los diferentes rasgos o motivos de protección.

El derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de género, raza, etc., comprendería, en Europa, la igualdad de trato, con dos reglas a su vez, la prohibición de discriminaciones directas (todo trato diferente y perjudicial por razón del sexo, la raza, etc.) y la prohibición de discriminaciones indirectas (un trato diferente y peor no por esos rasgos sospechosos, sino por uno neutro, pero que de hecho impacta negativamente sobre la minoría en desventaja), y la igualdad de oportunidades o mandato o principio de acciones positivas (un trato diferente y mejor a las personas o grupos sociales en desventaja).

En el borrador de ley de igualdad de trato que se está preparando en mi país (y en el que estoy colaborando), estamos pensando en prohibir también las discriminaciones “supuestas”, “presuntas” o “erróneas”, es decir, las que se basan en una presunción acerca de otra persona que no es fácticamente correcta, por ejemplo, discriminar a una persona por pensar que es lesbiana sin serlo, las discriminaciones “ocultas” (que el [Tribunal Constitucional](#) español confunde una y otra vez, sin ningún motivo, con las indirectas: un ejemplo, la negativa a alquilar una vivienda a un gitano que se intenta justificar en que ya ha sido previamente alquilada –sin ser verdad- es una discriminación oculta, pero directa, no indirecta) y las “discriminaciones por asociación”, esto es, las discriminaciones que pueden sufrir algunas personas por su relación con otras de especiales características (por ejemplo, a una mujer se le podría denegar un trabajo porque es la madre de un discapacitado, pensando que, por los cuidados que éste requerirá, faltará mucho al trabajo). No hay que olvidar que la Sentencia del [caso Coleman](#), resuelta por el [Tribunal de Justicia](#) de la Unión el 17 de julio de 2008, ha considerado que la discriminación por discapacidad protege también a aquellas personas que, sin estar ellas mismas discapacitadas, sufran discriminación directa o acoso en el empleo por estar vinculadas a una persona discapacitada. En ese supuesto, el Tribunal de Luxemburgo estimó que había habido discriminación laboral en el caso de un despido de una madre que cuidaba a su hijo discapacitado. La igualdad de trato conlleva, pues, además de las formas mencionadas, el acoso y las instrucciones para discriminar. En puridad, el acoso y las instrucciones para discriminar son dos manifestaciones concretas de las discriminaciones directas. Según el art. 2.3 de la Directiva de igualdad racial, el *acoso* debe ser juzgado discriminación cuando una conducta no deseada en relación con el origen étnico/racial se produce con el propósito o el resultado de violar la dignidad de una persona creando un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Un aspecto interesante es que alguna legislación, como la alemana, por ejemplo, no sólo prohíbe el acoso de los superiores en la empresa, sino que establece el deber para los empleadores de proteger a sus empleados de la discriminación producida por sus iguales o por terceros

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

Una medida dirigida a impedir una clara discriminación indirecta es el *deber de acomodación razonable* que, según el art. 5 de la Directiva de igualdad laboral, consiste en adoptar aquellas medidas apropiadas para posibilitar a una persona con discapacidad tener acceso o participar en el progreso, en el empleo o en la formación, a menos que tales medidas impusieran una carga desproporcionada al empleador. Tratar de modo idéntico a discapacitados y no discapacitados (es decir, no atender a este deber a favor de las personas con discapacidad) sería una conducta que impactaría negativamente sobre estas últimas. Como resulta evidente, el problema mayor de esta cláusula es su indeterminación, puesto que se establece bajo la reserva de no constituir una carga desproporcionada para el empleador. El párrafo 21 de la exposición de motivos de la Directiva de igualdad laboral proporciona algunos criterios que, de una u otra forma, sería interesante que incorporara nuestra legislación para acotar la ambigüedad inicial de la cláusula, como el coste económico del deber, los recursos financieros de la empresa u organización de que se trate y la posibilidad de obtener fondos públicos o de otro tipo con esta finalidad.

Otra forma de discriminación que puede ser directa o indirecta pero que, en todo caso, supone una violación de la igualdad de trato y debiera, por tanto, ser recogida en la Ley española, es la discriminación múltiple. El concepto de discriminación múltiple dista de ser claro, pero parece evocar todas aquellas situaciones en las que dos o más factores o rasgos de discriminación interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación. Un ejemplo puede ser el de las mujeres de minorías étnicas, doblemente discriminadas por su género y su etnia, de una manera específica, diferente y más grave, que la que sufren los varones de su mismo grupo étnico.

Respecto de las acciones positivas, considero que habría que desterrar la inconsistente y recelosa definición de “acción positiva” que procede del Derecho de la Unión, como una excepción de la igualdad de trato (entendiendo, erróneamente, que igualdad de trato significa “identidad de trato”). El art. 5 de la Directiva de igualdad racial (y el equivalente art. 35 de la [Ley 62/2003](#)) señala que, para asegurar la igualdad real, el principio de igualdad de trato “no impedirá” a los Estados adoptar medidas específicas (a las que denomina en el encabezamiento de ese artículo “acciones positivas”) para prevenir o compensar las desventajas fácticas que padezcan las minorías. Por supuesto que la igualdad no podrá impedir las acciones positivas que precisamente buscan asegurar esa igualdad. Al revés. La igualdad de trato reclama, como complemento, esa igualdad de oportunidades. Igualdad de trato y de oportunidades son dos caras de una misma moneda y no una regla y su excepción.

Restaría por mencionar un último concepto, el concepto más discutido, en atención al temor del cual la definición de “acciones positivas” es tan cautelosa (puesto que no se querría, con ese pretexto, abrirle la puerta inadvertidamente); me refiero al concepto de

“discriminaciones positivas”. Ninguna legislación (tampoco la de la Unión) se refiere a ella. Una discriminación positiva es (en mi opinión, porque el concepto también se discute) un trato jurídico diferente y favorable a los miembros de un grupo fácticamente desventajados que (a diferencia de las acciones positivas) simétricamente produce un trato jurídico *concreto* diferente y peor a uno o varios miembros del grupo mayoritario. Reviste la forma de cuotas y reglas de preferencia. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, algunas formas de discriminación positiva sí son admisibles y otras no. Por ejemplo, una regla de preferencia de las mujeres en la promoción dentro del empleo público, siempre que en el nivel de puestos a cubrir exista infra-representación femenina (menos del 50%), que se respeten los principios de mérito y capacidad y que la regla de preferencia no sea absoluta o incondicionada, sino que permita apreciar en el competidor varón ciertos rasgos individuales que hagan inclinar la balanza a su favor, es plenamente conforme a Derecho comunitario ([Sentencia Marschall](#), de 1998). Si la regla de preferencia es absoluta, no es conforme con el derecho comunitario ([Sentencia Kalanke](#), de 1995).

En cuanto a las garantías, el art. 7.1 de la Directiva de igualdad racial, el art. 9.1 de la Directiva de igualdad laboral y el art. 7.1 de la propuesta de Directiva establecen que los Estados deberán velar porque haya procedimientos judiciales o administrativos e incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones de las Directivas, a disposición de todas las personas que se consideren perjudicadas por la ausencia de aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

Las Directivas también exigen a los Estados que garanticen que las asociaciones, organizaciones o personas jurídicas con interés legítimo puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo para exigir el cumplimiento de las obligaciones de las Directivas. Los Estados tienen en este punto un amplio margen de configuración, evidentemente, pero es más común que las asociaciones “apoyen” al demandante que participe en un procedimiento “en su nombre”.

Como consecuencia de las dificultades inherentes a la obtención de pruebas en los casos de discriminación, las Directivas requieren a los Estados que adopten las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación de dicho principio alegue ante un tribunal hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. La inversión de la carga de la prueba no juega, obviamente, en los procesos penales ni en los casos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente.

Los Estados miembros deben también asegurar que las personas que han reclamado o exigido el cumplimiento del principio de igualdad de trato puedan recibir cualquier trato adverso o consecuencia negativa por ello. Según el [Informe Nº 7](#) de la [Comisión Europea](#)

[contra el Racismo y la Intolerancia](#) (ECRI), la protección contra las represalias debería asegurarse a las personas que aportan pruebas, información u otro tipo de asistencia vinculadas con los procedimientos judiciales o con la denuncia (apartado 27).

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

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

Por último, el art. 13 de la Directiva de igualdad racial requiere que los Estados miembros designen “organismos” para asistir a las víctimas de discriminación racial o étnica, realicen investigaciones sobre las formas y prevalencia de la discriminación y emitan informes y recomendaciones. La Directiva de igualdad de género (art. 8) y las propuestas de Directivas de este año (igualdad de trato, art. 12; trabajo autónomo e igualdad de género, art. 10) establecen la misma obligación en relación con los demás rasgos protegidos por el Derecho europeo. La configuración en cada Estado de este organismo de igualdad forma parte, por consiguiente, del esquema obligatorio europeo de lucha contra la discriminación. A lo dispuesto por las Directivas de la Unión sobre el organismo de igualdad, hay que añadir lo indicado por la [Recomendación Nº 2](#) de política general de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), de 13 de junio de 1997, titulada “Los órganos especializados en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel nacional”. En este documento, fundamentalmente, se recomienda:

(1º) Crear, en la Constitución o en una ley, un órgano especializado en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia.

(2º) Sus funciones debieran ser: fomentar la eliminación de las diferentes formas de discriminación y fomentar la igualdad de oportunidades y las buenas relaciones entre los

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

(3º) La composición del organismo especializado debería reflejar la sociedad en su conjunto y sus diferencias.

(4º) Debería funcionar sin interferencia del Estado, con plena independencia política y con todas las garantías necesarias para su independencia, en particular la libertad de elegir a su propio personal (que tendría que estar protegido frente a destituciones o no renovaciones arbitrarias), administrar sus recursos como estime oportuno y expresar públicamente sus opiniones. Debe disponer de fondos suficientes y su financiación debería someterse a la aprobación anual del Parlamento. Tendría que presentar informes sobre sus acciones sobre la base de unos objetivos claros y evaluables para su debate en el Parlamento.

(5º) El organismo debe ser accesible para las personas cuyos derechos deben ser defendidos por él. Deben establecer agencias locales para facilitar el acceso y aumentar la eficacia de sus funciones educativas y formativas.

(6º) El organismo especializado debería esforzarse para que sus investigaciones y dictámenes sean de la máxima calidad, de modo que aumente su credibilidad ante las autoridades nacionales y ante las comunidades cuyos derechos defiende y refuerza.

El organismo de promoción de la igualdad previsto por el Derecho de la Unión Europea y el organismo especializado de la ECRI se inspiran en el mismo modelo. Se trata de previsiones perfectamente complementarias (con la diferencia de que aquél vincula y éste simplemente orienta). Casi todos los Estados han creado ya este organismo, pero se produce una gran diversidad entre ellos. Algunos se dedican sólo al derecho

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

En cuanto a la independencia de estos organismos, los análisis disponibles concluyen que:

(1º) Un número importante de ellos no se establecen por Constitución o ley, sino por reglamento, con lo cual su posición es vulnerable a los cambios de políticas gubernamentales.

(2º) Un cierto número de ellos tienen vínculos oficiales con el Gobierno en el sentido en que miembros de éste forman parte del Consejo del organismo o pueden intervenir de alguna u otra forma sobre la política de la institución, o influir de modo indebido sobre las investigaciones y documentos. Está claro que la composición del organismo debe asegurar su independencia del Gobierno.

(3º) También bastantes de ellos guardan vínculos oficiales con las ONG’s implicadas y no siempre está claro cómo se mantiene su independencia frente a ellas (por ejemplo, respecto del nombramiento o relevo de “representantes” de esas ONG’s en el Consejo de la institución). Hay que asegurar también la independencia del organismo frente al tercer sector (aunque deba implicársele como actor principal). Es importante que los organismos de igualdad guarden una cierta distancia respecto de las organizaciones que son activas en la lucha contra la discriminación, sobre todo con vistas a mantener una apariencia de neutralidad y objetividad. El organismo de igualdad no puede ser visto como un *lobby* de grupos de presión. Para evitar esto, hay varias vías: elegir para el equipo de gobierno a expertos independientes (académicos, jueces y fiscales, etc.), sobre todo para asistir a las víctimas; ser transparentes sobre las reglas de procedimiento en la asistencia e investigación; asegurar que el consejo del organismo represente un espectro amplio de organizaciones sociales (incluyendo representantes de asociaciones empresariales, sindicatos, ONG’s, expertos en derecho, representantes del Gobierno, etc.). Los [Principios de París](#) recomiendan pluralismo en la composición del órgano.

(4º) Los contactos no oficiales con el Gobierno y con las ONGs plantean un dilema: si por una parte, tales contactos difuminan la apariencia de independencia que requiere el mandato del organismo, por otra parte pueden ser deseables para unir fuerzas en la lucha

contra la discriminación. No todos los organismos de igualdad en Europa logran adecuadamente este equilibrio.

(5º) La mayor parte de directores y empleados de los organismos de igualdad son empleados públicos, lo que, bajo ciertas condiciones, puede significar que están de algún modo obligados a seguir instrucciones gubernamentales.

(6º) La posición de los organismos de igualdad en relación con su presupuesto y su contabilidad en un considerable número de casos no es cierta y no es completamente transparente.

(7º) En no pocos países parece existir una seria carencia de recursos humanos adecuadamente formados y entrenados. Un bajo nivel retributivo es la principal causa de esta situación.

Los indicadores relevantes para determinar la independencia de la institución son: la existencia de una base jurídica sólida para la existencia del organismo, su mandato, objetivos y competencias. Sólida autonomía presupuestaria. Recursos financieros suficientes para ejercitar las competencias de modo autónomo y reunir un equipo de personas suficientemente experimentado y entrenado. La existencia de un status seguro de los miembros del consejo del organismo y de su director y el respeto de la independencia en la toma de decisiones. Un edificio propio, separado de los edificios del Gobierno. La autonomía del organismo frente a las interferencias de las organizaciones no-gubernamentales. La transparencia del organismo frente al público, el Parlamento, la prensa, etc., sobre cómo ejercita sus competencias y gasta su presupuesto.

La insuficiencia de fondos y la carencia de un *staff* bien entrenado es un dato corriente. De ahí se puede inferir que quizá varios organismos no pueden desempeñar adecuadamente sus funciones. De los resultados de la encuesta efectuada a todos los organismos de igualdad europeos, se constata que en la mayoría de países la tarea de asistencia a las víctimas de discriminación es la más importante y la que mejor se asegura. Las formas de esta asistencia varían ampliamente. Respecto de las otras dos funciones asignadas por el art. 13 de la Directiva de igualdad racial, el balance es menos positivo. Pocas investigaciones sobre las formas y prevalencia de la discriminación racial han sido hechas y pocos informes y recomendaciones acerca de estas cuestiones han sido publicados.

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

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

Resumen: En este texto que, en líneas generales, es el de una ponencia que el autor aportó en Cartagena de Indias (Colombia) el 23 de Febrero de 2009, en el marco del Taller sobre protección de los derechos sociales por las Defensorías del Pueblo, se exploran las relaciones del derecho de igualdad y los derechos sociales. Se analiza la igualdad “y” los derechos sociales, así como la igualdad “como” derecho social. El trabajo enfoca los posibles significados de la igualdad, sus trampas o espejismos y propone el modelo europeo de lucha contra la discriminación como una vía interesante de avance en este campo.

Palabras clave: Igualdad, derechos sociales, discriminación, Directivas, modelo europeo.