



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_enero-junio 2021 | pp. 311-342
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4747>
© Fernando Rey Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 27/04/2021 | Aceptado: 16/06/2021
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O organismo español para a
igualdade: claves para a súa
converxencia co modelo europeo

El organismo español para la igualdad: claves para su convergencia con el modelo europeo

61 Regap

The Spanish body for equality:
keys to its convergence
with the European model

Regap



ESTUDIOS

FERNANDO REY MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

<https://orcid.org/0000-0002-5005-9401>

frey@uva.es

Resumo: O artigo 13 da Directiva 43/2000/CE obrigou os Estados membros a designar “un ou máis organismos responsables da promoción da igualdade de trato” por motivos étnico/raciais. O primeiro modelo español de transposición, aínda vixente, foi deficiente e insuficiente. O Consello para a Eliminación da Discriminación Racial ou Étnica (CEDRE) non responde en absoluto ao modelo europeo de organismo para a igualdade. Por outro lado, o propio dereito comunitario foi evolucionando, exixindo aos Estados a creación de organismos semellantes para o resto de trazos especialmente protexidos contra as discriminacións e perfilando, sobre todo a través da Recomendación da Comisión do 22 de xuño de 2018, un modelo de organismo moito máis potente e preciso que o requirido anteriormente. Neste contexto, está en trámite de aprobación parlamentaria a Lei integral de igualdade de trato e non discriminación, que viría intentar cumprir, esta vez si, as exixencias europeas. Conclúense, finalmente, dúas ideas: que o planeado en tal proposición é suficiente para alcanzar o dito obxectivo, pero de modo mínimo e mesmo mediocre, e que a mellor fórmula sería crear un órgano especializado dentro da Defensoría do Pobo e equivalentes autonómicos.

Palabras clave: Igualdade e non discriminación, modelo europeo antidiscriminatorio, organismos para a igualdade, Consello para a Eliminación da Discriminación Racial ou Étnica, Comisionado para a Igualdade de Trato e a Non Discriminación.

Resumen: El artículo 13 de la Directiva 43/2000/CE obligó a los Estados miembros a designar “uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato” por motivos étnico/raciales. El primer modelo español de transposición, todavía vigente, ha sido deficiente e insuficiente. El Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE) no responde en absoluto al modelo europeo de organismo para la igualdad. Por otro lado, el propio derecho comunitario ha ido evolucionando, exigiendo a los Estados la creación de organismos semejantes para el resto de rasgos especialmente protegidos contra las discriminaciones y perfilando, sobre todo a través de la Recomendación de la Comisión de 22 de junio de 2018, un modelo de organismo mucho más potente y preciso que el requerido anteriormente. En este contexto, está en trámite de aprobación parlamentaria la Ley integral de igualdad de trato y no discriminación que vendría a intentar cumplir, esta vez sí, las exigencias europeas. Se concluyen, finalmente, dos ideas: que lo planeado en tal proposición es suficiente para alcanzar dicho objetivo, pero de modo mínimo e incluso mediocre y que la mejor fórmula sería crear un órgano especializado dentro de la Defensoría del Pueblo y equivalentes autonómicos.

Palabras clave: Igualdad y no discriminación, modelo europeo antidiscriminatorio, organismos para la igualdad, Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, Comisionado para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

Abstract: Article 13 of Directive 43/2000/EC required Member States to designate “one or more bodies responsible for the promotion of equal treatment” on ethnic/racial grounds. The first Spanish transposition model, still in force, has proven poor and insufficient. The Council for the Elimination of Racial or Ethnic Discrimination (CEDRE) responds in no way to the European model designed for an equality body. On the other hand, European law itself has evolved, requiring Member States to set up similar bodies regarding other features which are particularly protected against discrimination and profiling, in particular through the Commission Recommendation of 22 June 2018, in any case a much more powerful and precise model of organism than previously required. In this context, the Spanish Equal Treatment and Non-Discrimination Proposition, currently underway in Parliament, attempts to comply, this time yes, with European demands. Finally, two main conclusions are reached: that the proposed regulation is sufficient in itself to achieve that European objective, even if in a minimal or mediocre way, and that the best formula to adopt would be the creation of a specialized body within the national and regional Ombudsman’s Offices.

Key words: Equality and non-discrimination, European anti-discrimination model, equality bodies, council for the Elimination of Racial or Ethnic Discrimination, Commissioner for Equal Treatment and Non-Discrimination.

SUMARIO: 1 Introducción. Un órgano creado por exigencia del derecho de la Unión Europea para resolver un problema que no estiman generalmente las autoridades españolas como tal: la discriminación racial. 2 La perfunctoria trazabilidad del Consejo. 3 La primera fase de configuración europea del organismo de igualdad (2000-2018). 4 La segunda fase (2018-) y su contraste con la proposición de ley integral. 4.1 La Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018. 4.2 El Informe de la Comisión que evalúa la aplicación de la Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018, de 19 de marzo de 2021. 4.3 Contraste del marco europeo con la regulación prevista en la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación tras su toma en consideración por el Pleno del Congreso el 23 de febrero de 2021. 5 Tesis conclusiva: la conveniencia de atribuir las funciones del organismo para la igualdad al Defensor del Pueblo estatal y sus equivalentes autonómicos.

1 Introducción. Un órgano creado por exigencia del derecho de la Unión Europea para resolver un problema que no estiman generalmente las autoridades españolas como tal: la discriminación racial

En la densamente poblada galaxia española de instituciones y organismos públicos, vaga sin rumbo un órgano estatal poco conocido: el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (en adelante, CEDRE), creado por el Real decreto 1262/2007, de 21 de septiembre¹, que, hasta donde se me alcanza, tampoco ha merecido hasta el momento ni una sola línea de análisis doctrinal específico propiamente jurídico². La escasa operatividad real de este órgano contrasta llamativamente con la relevancia política y social que, por el contrario, debiera tener en general y en nuestro país en particular la cuestión de la lucha contra la discriminación racial.

Se halla actualmente en trámite parlamentario un intento de reforma de este órgano, de incierto pronóstico, pero, en cualquier caso, merece la pena reflexionar sobre los rasgos que, en general, debieran orientar tal modificación u otras posteriores, por supuesto a la luz del derecho de la Unión Europea, que es el ámbito de donde procede su creación en realidad.

En este artículo mostraré en primer lugar la trazabilidad del CEDRE, esto es, su génesis europea y la deficiente y perezosa incorporación a nuestro derecho interno. Nuestro legislador, más que “transponer” la Directiva correspondiente, más bien se ha “traspuesto” (según el Diccionario de la RAE: “quedarse ligeramente dormido”), aunque no de modo ligero precisamente, como tendremos oportunidad de comprobar. En segundo lugar, citaré en estrados la interpretación que desde la Unión Europea se viene realizando de este tipo de organismos de igualdad para demostrar el sorprendente contraste con su real configuración entre nosotros. Y, por último, extraeré de la argumentación anterior las lecciones más importantes a tener en cuenta en orden a una cabal regulación del organismo de igualdad. Concluiré, por último, que el modelo de organismo que planea la proposición actualmente en debate cumple con las exigencias europeas, pero de una forma que juzgo excesivamente básica o mínima y que la mejor fórmula de adaptación entre nosotros estaría en la creación de un órgano *ad hoc* dentro de la institución de la Defensoría del Pueblo y sus figuras autonómicas equivalentes.

¹ Con un nombre inicial, por cierto, no solo farragoso, “Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico”, sino también discutible porque sí existe “origen” étnico, pero no hay “origen” racial, dado que biológicamente no hay razas humanas, solo hay una, aunque sí exista discriminación racial en la medida en que el racismo es la suma de tres graves errores concatenados: asumir que sí hay razas, considerar que unas son superiores a otras y, finalmente, la mayor equivocación: incluir al racista por definición en la raza superior. Evidentemente, si hubiera razas y se pudieran jerarquizar, al racista le correspondería la raza intelectual y moral inferior.

² Desde la sociología, es interesante el reciente artículo de SEBASTIANI, L., “Investigando los límites de la lucha legal contra el racismo: El marco español de antidiscriminación por origen racial o étnico”, *Oñati Socio-legal series*, n. 11(3), 2021. DOI 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1183 (19 de abril de 2021).

Pero antes de pasar a analizar los elementos aludidos es preciso exponer, de modo propedéutico, el contexto que explica, a mi juicio, el pobre proceso de transposición de la normativa europea en este campo. En efecto, ¿por qué en España, a diferencia de en la mayoría de los países europeos, no se ha creado el organismo de igualdad con los claros perfiles que exige la Unión, sino de una manera aparente más que real, como una suerte de “trampantojo” burocrático? La respuesta, a mi juicio, es sencilla³: porque en nuestro país el problema de la discriminación racial ni está ni se le espera en la agenda social ni en la política. ¿Hay racismo en España? Sí, pero apenas se percibe como tal; a menudo, ni siquiera por las víctimas. En general, cuando se habla de racismo entre nosotros, la asociación espontánea de ideas remite inmediatamente a Luther King, a Mandela o al *Black Lives Matter*, es decir, al extranjero. Es imposible solucionar un problema cuya existencia se niega. Y que, además, se ignora oceánicamente, puesto que seguimos sin disponer de estadísticas oficiales periódicas que permitan iluminar el problema.

Un buen ejemplo de todo esto es la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que ha sido invariablemente hasta ahora *race-blind*, indiferente al factor racial. Si algún jurista persa o de cualquier otro país se fijara solamente en dicha jurisprudencia para determinar si hay o no racismo, debería concluir de forma inevitable que nuestro país es el Shangri-La de la igualdad étnica. Apenas hay sentencias del Tribunal Constitucional, solo tres (en más de 40 años de existencia) y las tres desestiman que haya habido racismo en el caso con una argumentación hartamente discutible, como lo demuestra que dos de ellas hayan sido recurridas con éxito en sede internacional y la tercera va ya en camino.

El primer caso fue el asunto Williams, resuelto por la STC 13/2001, que desestima el recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación (en la estación de tren de Valladolid) a una mujer tan solo por ser negra, por considerar que dicho requerimiento no obedeció ni a una discriminación patente ni a una encubierta (a pesar de que solo a ella, de entre todos los pasajeros que descendieron del tren, se le exigió). Esta decisión ha sido declarada por el Comité de Derechos Humanos (Comunicación n. 1493/2006), de 27 de julio de 2009, contraria al artículo 26, leído conjuntamente con el artículo 2.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas⁴.

La segunda sentencia sobre discriminación racial es la STC 69/2007, que ha sido impugnada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resuelta por este, el 8 de diciembre de 2009, asunto María Luisa Muñoz v. España, en un sentido diametralmente contrario al del tribunal español. El tribunal europeo falla a favor de

³ He intentado ofrecer una respuesta más completa en el libro: *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019, sobre todo en las pp. 233-272.

⁴ El Comité no impide efectuar controles de identidad genéricos con el fin de proteger la seguridad ciudadana o para controlar la inmigración ilegal, sino que tales controles se realicen con las características étnicas como el único indicio de su posible situación irregular en el país, que es precisamente lo que sucedió en el caso en examen. A juicio del Comité, «la responsabilidad del Estado está claramente comprometida (...) El Comité no puede sino concluir que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que estas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal». El Estado español está obligado a proporcionar a la Sra. Williams un recurso efectivo, incluidas las disculpas públicas, además de adoptar medidas para evitar que sus funcionarios incurran en el futuro en un caso como el presente.

una mujer gitana española a la que las autoridades nacionales habían denegado una pensión de viudedad por no haber contraído matrimonio según la forma legal válida en el año 1971 (rito católico), sino de acuerdo con las tradiciones de la comunidad gitana. Concretamente, la sentencia considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) en combinación con el derecho al respeto de los bienes del artículo 1 del protocolo adicional primero⁵.

El Tribunal Constitucional español ha vuelto a enrocarse en su enfoque *race-blind* en la reciente Sentencia 9/2021, al declarar, resolviendo un caso semejante (pero no idéntico) al anterior, que la denegación de una pensión de viudedad a una mujer casada por el rito gitano no supone discriminación étnico-racial alguna. Dicha mujer, Joaquina Cortés, había convivido con su pareja al menos quince años y tenían cinco hijos en común. No consta inscripción de la unión como pareja de hecho (lo cual le hubiera dado derecho a la pensión de viudedad) y los hijos aparecen inscritos en el libro de familia como de padres solteros. Según el Tribunal Constitucional, la unión tradicional gitana no ha sido reconocida por el legislador como una forma válida para contraer matrimonio con efectos de validez civil, ni tampoco se formalizó la situación de pareja de hecho, por lo que no existe discriminación directa étnica. El tribunal distingue este caso del resuelto por él mediante la STC 69/2007 y por el tribunal europeo el 8 de diciembre de 2009⁶.

Ciertamente, la demandante no estaba civilmente casada ni tuvo una situación de pareja de hecho que le permitiera acceder de forma legal a la pensión de viudedad. Por eso, comparto la tesis del tribunal de que no se produce aquí una discriminación directa. Mi discrepancia radica en que la sentencia niega que se produzca una

⁵ De la sentencia europea comparto más el fallo que la argumentación, porque el tribunal europeo estima que la denegación de la pensión de viudedad es una diferencia discriminatoria, ya que supone un trato distinto respecto de otras situaciones que deben ser tenidas como equivalentes en lo que concierne a los efectos de la buena fe matrimonial, como son la existencia de buena fe en los matrimonios nulos (art. 174 LGSS) o el precedente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004, en la que el tribunal sí entendió que existía el derecho a la pensión de viudedad en el caso de un matrimonio celebrado conforme a las disposiciones legales (por el rito matrimonial católico), pero no inscrito en el Registro Civil por motivos de conciencia. Aquí está el punto. Las autoridades españolas habrían tratado a María Luisa Muñoz de modo distinto a otras situaciones comparables a la suya de buena fe matrimonial. Según el tribunal, la buena fe de la demandante respecto de la validez de su matrimonio contraído según la tradición gitana se prueba en el hecho de que las autoridades españolas fueron reconociendo en diversos documentos la validez, o la apariencia de validez al menos, de ese matrimonio: el libro de familia, el título de familia numerosa, la cartilla de la Seguridad Social, documentos oficiales todos ellos. En definitiva, y a pesar de las apariencias, el Tribunal de Estrasburgo argumenta en realidad desde la cláusula general de igualdad de trato y no desde la prohibición específica de discriminación racial/étnica. Dadas las circunstancias tan peculiares que concurrían en el asunto, no le hace falta ir más allá para concluir del modo en que lo hace. En ese sentido, el fallo es razonable. Pero la interpretación elegida limita enormemente las posibilidades futuras de aplicación de su argumentación, como se prueba, precisamente, en la STC 9/2021 posterior. A mi juicio, el conflicto planteaba interesantes posibilidades de interpretación a partir de las categorías del derecho antidiscriminatorio. En concreto, a la pregunta de si la denegación de la pensión habría entrañado una violación del principio de no discriminación fundada sobre la pertenencia a una minoría étnica, la respuesta ha de ser inequívocamente afirmativa: se trata, a mi juicio, de una discriminación racial indirecta o de impacto y de una discriminación múltiple (etnia y género).

⁶ En el asunto anterior, la legislación de la Seguridad Social exigía, para acceder a la pensión de viudedad, vínculo matrimonial (lo cual no ocurre en este caso porque una reforma de dicha legislación, mediante la Ley 40/2007, extendió en el art. 174 LGSS ese derecho a las parejas de hecho que, entre otras cosas, formalicen oficialmente su relación); además, la demandante del primer asunto estaba convencida de buena fe de la realidad de su matrimonio por cuanto diversos documentos oficiales declaraban su condición de esposa del fallecido (libro de familia numerosa, texto de cotización a la Seguridad Social del marido en el que constaba como su mujer). De modo que el tribunal europeo acogió la queja de la demandante a partir de estas condiciones, no porque considerara que se hubiera producido discriminación étnica alguna. El tribunal europeo concluyó también que el hecho de que las uniones gitanas no produzcan efectos civiles en un ordenamiento nacional no constituye una discriminación prohibida por el Convenio de Roma. Concuero con esta tesis, pero no con que el Tribunal Constitucional no apreciara en su momento una situación de discriminación indirecta y múltiple.

discriminación étnica indirecta o de impacto. El tribunal sigue sin manejar correctamente, en mi opinión, las categorías del derecho antidiscriminatorio. Comienza, en el fundamento jurídico quinto, negando la “discriminación por indiferenciación” en este asunto, pero la conecta a la discriminación “directa” cuando aquella tiene que ver, en realidad, con la discriminación indirecta. Más tarde, excluye la concurrencia de la discriminación indirecta porque “no se advierte un perjuicio reflejo, mediato o indirecto, que revele que las disposiciones controvertidas produzcan efectos desfavorables para los miembros de la etnia gitana respecto de otros colectivos que, por las razones que en cada caso concurren (...) opten por la no formalización de su vínculo”; porque no hay factor étnico en presencia ante una norma neutra en cuanto a la etnia; y porque no hay datos que permitan acreditar este impacto desfavorable hacia la minoría étnica.

De nuevo, un enfoque *race-blind*, indiferente al factor étnico. ¿Cómo no se advierte el perjuicio normativo si a otra mujer gitana, con familia numerosa, además, con recursos económicos y formativos limitados, se la priva del acceso a una pensión de viudedad? ¿Cómo no tomar nota de que ese perjuicio responde a un fallo sistemático y no episódico, como lo prueba que en toda la historia del Tribunal Constitucional solo haya habido dos sentencias de discriminación étnica y las dos han tenido que ver con este mismo asunto, que, por cierto, también ha sido objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? ¿Cómo no constatar que la falta de datos deriva de la inexistencia de estadísticas oficiales y de la misma protección de datos sensibles como los étnicos? De nuevo estamos en presencia, a mi juicio, de un caso de discriminación racial indirecta o de impacto y, al mismo tiempo, de una discriminación múltiple⁷.

En todo caso, retomando el hilo de nuestra exposición, parece razonable pensar que las insuficiencias y deficiencias del modelo español de lucha institucional contra la discriminación racial provienen, tal y como he intentado mostrar con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de un contexto donde dicha forma de discriminación no se percibe, en general, como un problema entre nosotros.

⁷ En su interesante voto discrepante (aunque utiliza un enfoque de la población gitana como una “minoría nacional”, lo cual, a mi juicio, enturbia más que aclara el asunto: basta, creo, la causal de discriminación étnico/racial), Xiol Ríos aboga por reconocer las singularidades culturales de la minoría gitana, también en el ámbito de las normas de protección y seguridad social y concluye que, incluso sin descartar que también en este caso debiera haberse valorado la buena fe de la demandante, sí ha habido una discriminación indirecta. Habría habido efectos desfavorables para el colectivo gitano e incluso aporta algunas estadísticas en este sentido (habría un 28% de uniones conforme al rito gitano). Exigir a la comunidad gitana la formalización de la pareja de hecho para acceder a la pensión de viudedad no es neutral, sino que supondría “un perjuicio cuantitativo derivado de la imposición de un requisito adicional” al rito tradicional. Hay que tener en cuenta la alta tasa de desempleo de la comunidad gitana, que hace difícil el cumplimiento de los requisitos temporales de cotización para lucrar la pensión de viudedad, de modo que el sistema vigente supone también “un perjuicio cualitativo relevante en relación con la población general”. También observa Xiol que se produce una discriminación interseccional de género y etnia. El rito gitano debería servir como prueba de la existencia de la pareja de hecho. Evidentemente, el legislador podría modificar la norma en este sentido. Pero el hecho de que la Sentencia del tribunal haya sido desestimatoria no permite augurar este cambio. Por eso la Sala tendría, a mi juicio, que haber planteado ante el Pleno una auto-cuestión de inconstitucionalidad de la legislación de la Seguridad Social. La buena noticia será que, probablemente, el asunto llegará a Estrasburgo de nuevo y el tribunal europeo quizá, además de amparar a la señora Cortés, aprecie la existencia de una discriminación indirecta y múltiple.

2 La perfunctoria trazabilidad del Consejo

El punto de partida inmediato⁸ es el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que permite al Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Amparándose en esta disposición, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Pues bien, el artículo 13 de dicha directiva dispone que cada “Estado miembro designará 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”. Obsérvese que este precepto establece una obligación para todos los Estados de la Unión: se utiliza un imperativo, “designará”.

Previsión idéntica se contiene en el artículo 12 de la Directiva 2004/113/CE de igualdad de género respecto de bienes y servicios, en el artículo 20 de la Directiva 2006/54/CE de igualdad de género en el empleo y en el artículo 11 de la Directiva 2010/41/PE y CE de igualdad de género en relación con el trabajo autónomo, así como en la propuesta de Directiva del Consejo, de 2 de julio de 2008, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y en la propuesta de Directiva de transparencia salarial adoptada por la Comisión Europea el 4 de marzo de 2021. De este compacto conjunto de disposiciones puede deducirse, por tanto, que la garantía del organismo de igualdad es un elemento permanente o sistemático del cuadro de garantías europeo en el ámbito del derecho antidiscriminatorio y que opera respecto de los seis rasgos especialmente protegidos por el derecho comunitario⁹ y no solo respecto de la discriminación racial: además de esta, género, orientación/identidad sexual, religión/convicciones, edad y discapacidad. En consecuencia, puede ya deducirse que la transposición española va a incurrir en un pecado original: referirse solo a la discriminación étnico/racial. Con mejor criterio, la configuración de los

⁸ Son conocidas las disposiciones capitales de la Unión Europea en materia de igualdad y no discriminación. (1) El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea establece que la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. (2) El artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que la Unión, en todas sus acciones, se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. (3) El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe la discriminación por cualquier motivo, ya sea sexo, raza, origen étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual. El artículo 23 de la Carta consagra el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El artículo 26 reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad. Además, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley está consagrada en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁹ Para un análisis en profundidad, permítaseme la remisión al texto REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, cit.

organismos de igualdad por parte del resto de “la mayoría de los países europeos”¹⁰ incluye los seis rasgos mencionados y, en muchos casos, también otros.

Es la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y del orden de lo social, la que transpone al ordenamiento español la Directiva 2000/43/CE y la que concreta en su artículo 33 la “creación del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico”. Que la transposición se realice en el último minuto de plazo y aprovechando la ley presupuestaria era ya toda una declaración de intenciones sobre la nula voluntad política de cumplimiento de la norma europea. El apartado cuarto remite la regulación de la composición y funcionamiento del Consejo a un real decreto de Consejo de Ministros “en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor” de la ley.

Inicialmente, el Consejo se adscribe, mediante Real decreto 1600/2004, de 2 de julio, a la Dirección General de Integración de los Inmigrantes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pero no se desarrolla su régimen hasta el Real decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, que pasa a adscribirlo a la Dirección General contra la Discriminación del Ministerio de Igualdad (art. 1.2).

Así pues, las autoridades de nuestro país tardaron casi siete años en transponer la normativa europea, convirtieron en cuatro años los tres meses que la Ley 62/2003 había dispuesto para regular el Consejo y realizaron una adscripción inicial de este asunto, la lucha contra la discriminación étnico/racial, al campo de la inmigración económica masiva tan en auge en esos años. De hecho, este fue el origen del OBERAXE, un órgano que existe y trabaja en paralelo al Consejo¹¹. Ceñir la cuestión de la discriminación racial a la extranjería tiene algo de sentido porque la xenofobia es una variedad o especie del racismo, pero, al mismo tiempo, es un enfoque incompleto porque no son conceptos totalmente equivalentes en la medida en que también hay un fenómeno de racismo entre españoles (por ejemplo, contra los gitanos españoles) que, evidentemente, con la primera configuración institucional, se dejaba por completo en la penumbra. De nuevo emerge aquí la negación, antes aludida, por parte del Estado del problema del racismo como un problema *propio*; parece ser solo otro turbio asunto de extranjeros (ya sea en sus respectivos países o cuando consiguen entrar en el nuestro).

En todo caso, incluso aceptando que nuestro debut en la regulación de la materia no fuera precisamente ni rápido ni brillante, alguien podría pensar que eso no tendría mayor importancia si la regulación que, por fin, el decreto de 2007 establecía fuera seria, es decir, se ajustara a lo perseguido y lo dispuesto por la normativa europea. Como cualquier lector atento podría imaginar, esto no fue así, confirmando otra vez la tesis aquí mantenida de la pre-comprensión ideológica de negación del racismo

¹⁰ Considerando 17 de la Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018.

¹¹ El Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) tampoco es de ninguna manera independiente, sino un órgano administrativo puro y duro. Más tarde se crea el CEDRE con unas funciones equivalentes, aunque con una arquitectura institucional diferente, sin que la unificación y supresión de organismos públicos que se planteara en tiempos de la crisis económica (el famoso Informe CORA) lograra unificar el OBERAXE y el CEDRE, de un lado, y hacerlos independientes y conforme al derecho europeo, de otro. En resumen: una carrera de pollos sin cabeza.

en nuestro país. En efecto, como se ha indicado, no ha habido transposición, sino transposición. Veámoslo.

El artículo 13.1 de la Directiva de igualdad racial requiere que los Estados miembros designen 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. En su inciso segundo establece como competencias mínimas de dichos organismos: prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación, realizar estudios independientes sobre la discriminación, publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación. Las autoridades de la Unión han ido concretando, con el paso de los años, el marco institucional que los organismos de igualdad deben tener, pero del artículo 13 ya se deduce, con facilidad, tanto por la alusión a su posible inclusión dentro de otros órganos estatales de protección de los derechos como por la propia repetición del adjetivo “independiente” en todas y cada una de las tres competencias mínimas que se le asignan, que los organismos de igualdad han de ser completamente independientes del gobierno. Esto, por supuesto, supone autonomía administrativa, funcional y presupuestaria.

Un segundo rasgo groseramente evidente que se puede deducir del artículo 13 de la Directiva es que el organismo de igualdad no es solo ni principalmente un órgano de participación, representación, deliberación o consulta de las administraciones, sino, por encima de todo, un órgano ejecutivo y de gestión porque, de otro modo, sería incapaz de cumplir con las funciones que se le asignan. Es un órgano, en su configuración europea, más de “hacer” que de “hablar”.

Pues bien, la regulación que del Consejo primero hace el artículo 33 de la Ley 62/2003 y más tarde el Decreto 1262/2007 que lo desarrolla incumple radicalmente ambos principios fundamentales. De un lado, no es independiente, sino que está adscrito (aunque no sea de modo jerárquico) a un ministerio y no se le reconoce ningún tipo de autonomía. Es significativo que el artículo 33.2 de la Ley 62/2003, al establecer las competencias (asistencia a víctimas, realización de estudios, informes y recomendaciones), omita por completo el adjetivo “independiente”, que sí figura, como se ha dicho, en el artículo 13 de la Directiva europea¹².

De otro lado, se configura el Consejo como un órgano colegiado¹³ de representación de “las administraciones, estatal, autonómicas y locales, así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y de otras organizaciones

¹² La regulación del Decreto 1262/2007 (art. 3) sí lo incluye, aunque, obviamente, no sea verdad.

¹³ Un órgano colegiado de los previstos por el apartado 2 del artículo 22 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

que representen intereses relacionados con el origen racial o étnico de las personas” (art. 1.1 Decreto 1262/2007¹⁴).

La disimilitud entre el organismo al que se refiere la normativa europea y el organismo efectivamente creado en España es de tal calibre que una reforma del artículo 1.1 del Decreto 1262/2007 efectuada en 2014 se ve en la tesitura de tener que afirmar expresamente algo que, en principio, debería ser tan obvio como para evitar el truismo: “Además (el Consejo), tiene la consideración de Organismo de Igualdad, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico”. Es verdaderamente sorprendente que las autoridades españolas responsables hayan podido evitar en todos estos años la evidente y más que merecida sanción por incumplimiento de la transposición¹⁵.

En realidad, solo hay un motivo relevante que explica que esto no haya ocurrido, y es la creación en 2010, en el seno del Consejo, del Servicio de Asistencia y Orientación a Víctimas de Discriminación Racial o Étnica, que es quien ha venido desempeñando desde entonces, por cierto, de modo altamente eficaz, la función de asistencia a víctimas¹⁶. Fue en su momento una solución ingeniosa, pero hay que observar que, finalmente, son las entidades del tercer sector que componen esta red¹⁷ a través de 87 oficinas de atención al público, un teléfono gratuito (900203041), el WhatsApp número 628860507 y la propia página web (<https://asistenciaavictimasdiscriminacion.org>), y no el Consejo, quienes realizan tal función y, por cierto, dependiendo por completo no del Consejo, sino del Ministerio de Igualdad, con el que contrata periódicamente este servicio¹⁸. De modo que el Consejo podría no existir (como, de hecho, ha ocurrido, sobre todo en diversos periodos), pero el servicio sí seguiría asistiendo a las víctimas. Se puede decir que el derecho europeo no motivó suficientemente la creación de un consejo a su estilo, pero, al menos, permitió fundar

¹⁴ El Consejo se compone (art. 4 Decreto 1262/2007) de presidencia, secretaría, dos vicepresidencias (una de las entidades empresariales, sindicales o del tercer sector y otra el director/a general contra la discriminación), seis vocales representando a la Administración general del Estado (directores generales de Justicia, Interior, Educación, Trabajo e Inmigración, Sanidad y Política Social y Vivienda), cuatro vocales en representación de las comunidades y ciudades autónomas, tres vocales de la Administración local, dos de las organizaciones empresariales y dos de las sindicales más representativas, diez vocales de entidades del tercer sector especializadas. Una asamblea de 31 personas.

¹⁵ Llegados a este punto, debo confesar que fui presidente de este Consejo desde el 4 de junio de 2013 al 15 de septiembre de 2015 (en realidad, renuncié mucho antes). Tras el brillante paso de José Manuel Fresno como primer director (promovió algunos informes sobre la percepción de la discriminación realmente interesantes y puso en marcha la Red de Asistencia a Víctimas), le sucedí con la esperanza de poder convertir este Consejo en el órgano dibujado por la normativa europea. Fracasé por completo y por eso renuncié: no quise participar en tan grave estafa del derecho comunitario. Los miembros técnicos de la Dirección contra la Discriminación también hicieron todo lo posible para mejorar el estado de cosas, en particular el subdirector a la sazón Ignacio Sola Barleycorn, pero los secretarios de Estado y la ministra bloquearon cualquier intento de reforma. Ni conocían del asunto, ni les preocupaba lo más mínimo. De 2014 a 2019 el CEDRE careció de presidente.

¹⁶ Entre 2013 y 2019, el Servicio ha atendido a 4.022 víctimas y ha realizado 1.777 acciones de información y sensibilización.

¹⁷ Asociación Comisión Católica Española de Migración (ACCEM); Asociación Rumiñahui Hispano Ecuatoriana; Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR); Fundación CEPAIM; Cruz Roja Española; Movimiento contra la Intolerancia; Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad; Red Acoge y la Fundación Secretariado Gitano, que es la que ha asumido la coordinación desde el principio. Unión Romaní forma parte del Consejo como vocal, pero no del Servicio.

¹⁸ El BOE de 1 de abril de 2020 publica el anuncio de la formalización del contrato que viene a suceder a los anteriores para dos años, por valor de 839.268 euros. El licitador principal es la Fundación Secretariado Gitano y el resto de entidades figuran como subcontratadas.

un servicio nuevo de atención a las víctimas de discriminación racial. No obstante, alguno de los límites observados de su funcionamiento son, según SEBASTIANI¹⁹, la falta de conocimiento por parte de las potenciales víctimas; la escasa difusión; la escasez de recursos y de personal; la imposibilidad de poner sanciones (algo, por otra parte, lógico tratándose de entidades de la sociedad civil y no de una institución pública) y no disponer de legitimación para litigar en nombre (ni tampoco, como cabe suponer, al margen) de las víctimas, aunque en el último contrato, de marzo de 2021, se prevé la posibilidad de dedicar recursos para sufragar los gastos de algunos casos (relevantes) de litigación estratégica. Algunas entidades, como la Fundación Secretariado Gitano, ya lo habían venido haciendo con cargo a sus propios fondos.

Las memorias del servicio, muy cuidadas y completas, muestran la labor realizada cada año²⁰. La última, que abarca de 1 de enero a 12 de octubre de 2019, revela datos muy interesantes²¹. Tras la denuncia de la posible conducta discriminatoria, se investiga el asunto (contactando con el agente discriminador; con pruebas estadísticas o *testing*; documentalmente o con testigos) y, si se deduce que hay indicios claros de discriminación racial, el servicio negocia con el agente discriminador, o media, o ayuda a la víctima a presentar una queja ante el organismo público adecuado (por ejemplo, las oficinas de consumidores y usuarios si la conducta se produjo en el ámbito de la prestación de servicios), a menudo ante el Defensor del Pueblo, o también a presentar una reclamación e incluso a denunciar el caso ante la Fiscalía, la policía o la autoridad judicial. A todo esto, se une la nueva posibilidad para el servicio de plantear, con cargo a la prestación contractual y siempre con la autorización de la víctima, algunos litigios estratégicos (es decir, asuntos de relevancia social y, si se tiene éxito, con capacidad para influir sobre posibles cambios normativos, judiciales o de políticas públicas).

Así como el Servicio de Asistencia a Víctimas ha venido cumpliendo, aunque con límites, la función de asistencia a víctimas que exige el marco europeo, el CEDRE es, sin embargo, un órgano sin personal adscrito, sin presupuesto²², sin proyecto ni estructura, sin visibilidad e impacto alguno y apenas con actividad. Basta ver la información de su página web (www.igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es). Entre las “novedades”²³, figuran: una recomendación de 2019 para “Evitar el uso de discursos discriminatorios, racistas o xenófobos en las campañas electorales” y otra de 14 de abril de 2020 para “Evitar actitudes y discursos discriminatorios en el actual

¹⁹ SEBASTIANI, L., “Investigando los límites de la lucha legal contra el racismo: El marco español de antidiscriminación por origen racial o étnico”, cit., pp. 21 y ss.

²⁰ Disponibles en la página web del Servicio: <https://asistenciaavictimasdiscriminacion.org>.

²¹ Acceso web: <https://asistenciaavictimasdiscriminacion.org> (20 de abril de 2021). En ese periodo se atendieron 588 casos, 378 individuales y 210 colectivos. Perfil mayoritario de las víctimas: menores de 45 años (72 %), mujeres (59 %), gitanos (41 %; 24 % latinos y 14 % magrebíes), la discriminación se produjo en la esfera privada (62 %).

²² La disposición adicional tercera del Real decreto 1262/2007 prevé que el Ministerio de Igualdad “proveerá los fondos necesarios para el desempeño de las funciones y el desarrollo de las actividades del Consejo”, pero el “funcionamiento del Consejo no supondrá aumento del gasto público”; a lo sumo, compensaciones (que no remuneraciones) a los miembros del Consejo por el ejercicio de sus funciones “en el caso de que las reuniones se celebren en localidad distinta a la del lugar de residencia” (disposición adicional cuarta). Es decir, lo único que se paga son los gastos de viaje o desplazamiento de las reuniones que se celebren (que no suelen ser más de dos al año).

²³ Consultadas el 17 de abril de 2021.

contexto de crisis sanitaria COVID-19” (dos recomendaciones en seis años); y, de la actual legislatura, el primer Pleno del Consejo (21 de mayo de 2020), el nombramiento del actual presidente el 13 de octubre de 2020 y la celebración de un segundo Pleno el 26 de octubre de 2020 (de los que, por cierto, no se traslada información alguna). En la parte dedicada al Servicio hay algunos otros informes y documentos, entre ellos uno interesante sobre la percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas en 2020²⁴, pero poco más. En cualquier caso, alejado del estándar europeo en esta materia.

El quinto informe de seguimiento de nuestro país de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia del Consejo de Europa (en adelante, ECRI) literalmente afirma²⁵: “España carece de un organismo independiente de promoción de la igualdad capaz de introducir un cambio social real y de lograr una mayor igualdad”. El informe se muestra especialmente duro con la configuración en España de ese organismo y recomienda que se cree “urgentemente”. De hecho, de todo el informe con sus numerosas recomendaciones a las autoridades españolas, la ECRI anuncia dos de seguimiento especial: la segregación educativa de alumnos migrantes y gitanos (que sigue siendo una verdad tan real y extendida como incómoda de nuestro país, respecto de la que el CEDRE no se ha pronunciado) y la creación del organismo de igualdad (dando por hecho que el CEDRE no opera como tal en realidad).

3 La primera fase de configuración europea del organismo de igualdad (2000-2018)

En realidad, el diseño europeo de los organismos de igualdad no surge del vacío, sino de la tradición norteamericana en materia de lucha contra la discriminación (en origen, de tipo racial), que fue imitada tempranamente por Reino Unido e Irlanda. El derecho antidiscriminatorio con sus perfiles contemporáneos tiene un inequívoco aroma anglosajón. A partir de esta particular tradición, se generalizó en la Unión Europea, sobre todo con el “paquete” de directivas de igualdad del año 2000 y, desde ahí, se importó a nuestro país. Es decir, la deficiente transposición española no solo proviene del problema ideológico de la negación del racismo como problema social entre nosotros, sino del hecho de que el derecho antidiscriminatorio en general y el racial en particular han sido hasta hace poco desconocidos por nuestra cultura jurídica. Por supuesto, sí es conocido el principio general de igualdad del artículo 14.a CE, pero menos el derecho a no sufrir discriminación por ciertos factores exclusógenos del artículo 14.b CE. Y, dentro de este, sí ha conocido un notable desarrollo teórico y judicial el derecho a no sufrir discriminación por razón de género o por pertenecer a una minoría sexual, pero mucho menos (y, como hemos visto, de modo hartamente discutible) los demás rasgos a los que se refiere el artículo 14.b CE. Los operadores jurídicos (y no hablemos ya de los actores políticos) siguen sin manejar con soltura y

²⁴ Sigue la serie de informes sobre este mismo tema de 2010, 2011 y 2013.

²⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación de la Comisión 2018/951*, de 22 de junio de 2018, p. 19.

consenso los conceptos más básicos del derecho antidiscriminatorio (discriminación de trato, de impacto, por asociación, interseccional, acoso discriminatorio, discurso discriminatorio, acciones afirmativas, positivas, cuotas, etc.).

El modelo europeo de organismos de igualdad establece todo un cuadro de garantías contra las discriminaciones. Además de la que estamos examinando, de carácter institucional, la mayoría son de veste procesal: legitimación procesal de asociaciones, inversión de carga de la prueba, protección frente a posibles represalias o la exigencia de sanciones adecuadas²⁶. El organismo de igualdad previsto responde, como se ha indicado, al modelo norteamericano a partir de la creación el 6 de marzo de 1961, en la *Executive Order* 10925 del presidente J.F. Kennedy del Committee on Equal Employment Opportunity, más tarde convertido en la actual Equal Employment Opportunity Commission. He aquí una garantía potencialmente muy poderosa. Todos los países europeos han creado este organismo, de distintas maneras y con mayor o menor fortaleza institucional. Analizaré algunos informes que evalúan su organización y funcionamiento.

El primer documento a tener en cuenta a la hora de configurar en cualquier ordenamiento nacional el organismo de igualdad según el marco europeo es la Recomendación n. 2 de política general de la Comisión del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), de 13 de junio de 1997 (anterior, por tanto, incluso a la directiva a la que inspiró²⁷) 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:

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

B) 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

²⁶ Un examen detallado en REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, cit., sobre todo pp. 124-129.

²⁷ Y de modo más general y anterior incluso a esta recomendación de la ECRI se hallan los “Principios de París” de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, adoptados por la Asamblea General en diciembre de 1993, recomendando a los Estados que establezcan comités de derechos humanos independientes que puedan desempeñar el papel de implementar y supervisar derechos humanos universales en el país respectivo.

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.

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

D) 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 de sus acciones sobre la base de unos objetivos claros y evaluables para su debate en el Parlamento.

E) 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 de formación.

F) 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, evidentemente, en el mismo modelo. Casi todos los Estados han creado ya desde hace mucho tiempo sus organismos de igualdad, aunque de modos muy diversos y con diferente grado de entusiasmo. El informe de HOLMAAT²⁸ mostraba ya tempranamente en 2006 que algunos se dedicaban solo al derecho antidiscriminatorio pero otros a todos los derechos humanos en general; que en algunos países hay un solo organismo y en otros más de uno; que algunos (aunque pocos, solo cuatro, entre ellos España) se refieren solo a la discriminación racial/étnica; que los fondos económicos de los que disponen varían mucho de unos a otros y en ciertos 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; algunos organismos llegan a funcionar casi como organismos “cuasi-judiciales” pero la mayoría no.

²⁸ HOLMAAT, R., *Catalyst for Change? Equality bodies according to Directiva 2000/43/EC- existence, Independence and effectiveness*, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, (Unidad G 2), Bruselas, marzo de 2006, pp. 25 y ss.

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 existía entonces consenso sobre el significado y alcance del fundamental artículo 13 de la directiva. Las palabras “asistencia”, “investigaciones” e “informes” no habían sido definidas en esta primera fase de implantación de los organismos para la igualdad y no estaba claro qué significaba exactamente “independiente”, ni los criterios para evaluar la efectividad de la institución. No todos los organismos de los Estados llevaban a cabo siquiera las tres funciones de la directiva, lo cual suponía un flagrante incumplimiento de la misma. Por el contrario, bastantes organismos de igualdad asumían otras funciones diferentes (aunque próximas) de esas tres²⁹.

Muchas conclusiones y recomendaciones de este informe de 2006 han sido confirmadas por el informe elaborado por NIALL CROWLEY en 2018 para ECRI y la Comisión Europea titulado *Equality bodies making a difference*³⁰. CROWLEY analiza 43 organismos de igualdad europeos (entre ellos el español) y concluye³¹ que el “contexto político evidente” para ocho de ellos es de “hostilidad política” (Bélgica, Croacia, Chipre, Italia, Polonia, Rumanía, Suecia y Reino Unido), mientras que, para doce, entre ellos España, el contexto es de “desinterés político”: Austria, Bélgica, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Liechtenstein, Luxemburgo, Lituania, Eslovaquia y Eslovenia. Esta “indiferencia política” provoca que los organismos de igualdad “estén infra-financiados y sin tracción política para ejercer sus competencias, incapaces de ser *game-changers*”³². Por el contrario, habría un “contexto de apoyo político evidente” en siete países: Francia, Alemania, Irlanda, Islandia, Letonia, Holanda y Portugal.

El informe de CROWLEY examina la enorme diversidad de configuración de los organismos de igualdad en Europa y la compara con los estándares actuales ideales en relación con los documentos antes examinados, de la Comisión Europea, la ECRI y los Principios de París. Un primer punto interesante, de enormes divergencias, es el objeto de protección por parte de los organismos. Recordemos que, en el caso español, el CEDRE se ocupa solo de la discriminación racial. Sin embargo, la norma en Europa es que los organismos de igualdad se ocupen de todos o de la mayoría de rasgos de discriminación protegidos por el derecho europeo: raza/etnia, género, orientación e identidad sexuales, religión y convicciones, discapacidad y edad, e incluso de otros criterios no inicialmente previstos que pudieran ir surgiendo. Un debate particular, que ha llegado a ser “acalorado” en Bélgica, Croacia, Finlandia e Islandia, es el de proteger la igualdad de género con un organismo de igualdad diferente al general, dado, entre otras cosas, que las mujeres no son una minoría

²⁹ En cualquier caso, el informe constata que en Europa había dos modelos estratégicos diferentes. De un lado, 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.

³⁰ CROWLEY, N., *Equality bodies making a difference*, ECRI / Comisión Europea, Bruselas, agosto de 2018.

³¹ *Ibidem*, p. 7.

³² *Ibidem*, p. 7.

social, sino lo contrario, la mayoría³³. En la futura reforma de nuestra legislación de igualdad, esto es algo a tener en cuenta, en cuyo caso habría que configurar de otra manera el Instituto de la Mujer.

Los cuatro estándares ideales de los organismos de igualdad son la independencia, la efectividad, la accesibilidad y su impacto. El examen de la independencia pasa por la revisión de su estatuto jurídico, los modos de elección de sus directivos, las formas de responsabilidad y la práctica operativa. En cuanto al estatuto jurídico, CROWLEY observa que 31 de los 43 organismos examinados tienen personalidad jurídica propia, lo que considera la mejor práctica. Diez forman parte de algún ministerio, como ocurre en el caso español, y dos, de entidades del tercer sector directamente. Respecto del modo de elección, 20 de los 43 son elegidos por el gobierno respectivo y solo 13 por el parlamento, lo que es considerado la mejor práctica, aunque sería todavía mejor si se hiciera a través de un procedimiento visible, competitivo y transparente. Trece organismos responden ante el parlamento, sobre todo a través de un informe anual, lo que se considera la mejor práctica, y dieciocho ante el gobierno. En España, ante nadie.

La efectividad pasa por contar con recursos, competencias, planes estratégicos y redes estables de socios significativos. El informe constata que “pocos organismos de igualdad tienen un nivel de financiación adecuado para tener un impacto real” y esta es “la barrera más significativa para su efectividad”³⁴. En relación con las competencias, diecinueve organismos (entre ellos, el nuestro) no pueden adoptar decisiones vinculantes ni imponer sanciones, ni siquiera acompañar a las víctimas de discriminación ante los tribunales. Esta es, evidentemente, una deficiente configuración de la institución. Solo diez organismos cuentan con planes estratégicos y se someten a evaluación. Como nota positiva, no obstante, se señala que diez organismos son competentes para apoyar la puesta en marcha de acciones positivas en el país respectivo. Por otro lado, las redes de socios de los organismos son variadas, pero la mayoría informales.

Un punto central de la accesibilidad es la existencia de oficinas regionales y locales, que es algo que solo diez países lo tienen. Y, por último, el impacto, que es individual (la víctima de la discriminación), pero también político (recomendaciones del organismo finalmente aceptadas por los actores políticos) y social (información, orientación, sensibilización y formación en materias de igualdad). Pues bien, el impacto real de los organismos de igualdad es difícil de medir por la carencia de datos y porque ni siquiera los propios organismos de igualdad se someten, por lo general, a evaluación.

Las funciones asignadas por la legislación europea son de dos tipos: la principal, sin duda, es la asistencia a las víctimas de discriminación, pero, junto a ella, se encuentra también la de conducir investigaciones independientes sobre la discriminación y de emitir recomendaciones e informes. Como se ha indicado, cada país puede añadir otro tipo de competencias, sobre todo de tipo proactivo en materia de igualdad.

La experiencia muestra que muy pocas personas que se han sentido víctimas de una discriminación plantean demandas por sí solas, presumiblemente porque la acción judicial es incomprensible para ellas, estresante, dilatada en el tiempo y sin claras

³³ *Ibidem*, p. 8.

³⁴ *Ibidem*, p. 11.

expectativas de éxito. En Europa hay dos modelos de asistencia, uno que considera que debe incluir la investigación y resolución de quejas o reclamaciones (otorgando al organismo un estatus cuasi-judicial con capacidad de dictar resoluciones vinculantes o no), y otro que no lo hace, limitándose a proveer información a la víctima sobre las normas y sus derechos, derivarlo a la organización que sí pueda ayudarle en la formulación de una demanda judicial, o a asistirle directamente en casos de litigación estratégica, o ayudando a la víctima y al presunto agresor de su igualdad a alcanzar un acuerdo amistoso (mediación).

La mejor práctica es otorgar a los organismos de igualdad la potestad de oír e investigar reclamaciones de discriminación, lo cual sucede en la mayoría de países (concretamente, en dos de cada tres). El alcance de la potestad investigadora varía de unos países a otros, desde vagas provisiones (como en Italia) a situaciones en las que el organismo tiene una posición semejante a la de un fiscal o un juez de instrucción (como en Francia). En algunos casos, tiene la potestad de sancionar a quienes se nieguen a proporcionar la información solicitada (como en Hungría).

4 La segunda fase (2018-) y su contraste con la proposición de ley integral

En definitiva, el contexto europeo es muy variado porque las directivas “confieren a los Estados miembros un amplio margen de discreción en lo relativo a la estructura y funcionamiento de los organismos de igualdad”³⁵ y está claro que aún no se ha explorado de forma homogénea todo su potencial de impacto. La variedad no excluye, sin embargo, que del derecho europeo se puedan extraer algunos principios fundamentales e inexcusables en relación con la reforma del organismo de igualdad español, y de la experiencia comparada, un elenco de buenas prácticas a tener en cuenta. Además de la Recomendación de la ECRI de 1997, ya descrita, para identificar tales principios, es preciso tener en cuenta dos textos. Por un lado, la Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018, sobre los estándares comunes para los organismos de igualdad en Europa, inspirada, por cierto, en el informe de CROWLEY analizado, y, por otro lado, el informe de la Comisión que evalúa la aplicación de la Recomendación antes mencionada, de 19 de marzo de 2021. La recomendación abre, a mi juicio, una segunda fase, más madura, segura, concreta, precisa y potente del modelo de implantación estatal en Europa de los organismos para la igualdad.

4.1 La Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018

Comienza constatando que “todos los Estados miembros han establecido organismos para la igualdad” (considerando 10) y es a ellos a quien se aplica la recomendación, que, evidentemente, no tiene eficacia vinculante, pero sí para interpretar cabalmente

³⁵ Considerando 18 de la Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018.

cómo debe configurarse en los órdenes internos el organismo de igualdad que se impone por parte de la Unión. La recomendación también parte del hecho de la diversidad de configuración de los organismos en Europa, lo cual es lógico dado el amplio margen de libertad que conceden las directivas, pero observa algunos peligros derivados de ello: insatisfacción de los ciudadanos a la hora de acceder a la protección contra las discriminaciones (cdo. 18); protecciones desiguales de unos Estados a otros (cdo. 18); en los países que han creado más de un organismo de igualdad, la inexistencia de mecanismos claros para su coordinación y cooperación (cdo. 19); aumento de competencia sobre diversos ámbitos sin un simétrico aumento de recursos para ello e incluso reducción presupuestaria que debilita la capacidad para llevar a cabo las tareas (cdo. 20); hay organismos sin independencia por presiones exteriores, niveles de personal inadecuados (cdo. 21), adscripción a un ministerio que obedece instrucciones del Gobierno (cdo. 21); concentración de energías de forma desproporcionada en algunas tareas en detrimento de otras (cdo. 23); invisibilidad entre el público general, dificultad de acceso físico y en línea de las víctimas, confidencialidad no siempre asegurada y carencia de procedimientos simples y gratuitos (cdo. 24). Aunque la recomendación no pone ejemplos de países concretos, es palmario que el español reúne todos los defectos mencionados más otros.

En este contexto, la recomendación se propone “colmar la brecha normativa entre los organismos para la igualdad en toda Europa” (cdo. 28) a fin de “mejorar (su) independencia y eficacia (...) especialmente en lo que respecta a su capacidad de garantizar que los individuos y grupos que sufren discriminación puedan disfrutar plenamente de sus derechos” (capítulo I, 1). Todos los Estados miembros, recuerda ese mismo capítulo I en su inciso 2, “deben garantizar que los organismos para la igualdad pueden desempeñar sus funciones, como disponen las directivas (antes mencionadas), con independencia y eficacia”.

¿Cuáles son las “medidas recomendadas”? El texto distingue diversos ámbitos:

A) Mandato de los organismos de igualdad:

1) El organismo para la igualdad estatal debe abarcar la discriminación de los seis rasgos antes aludidos (etnia/raza, género, orientación sexual, religión/convicciones, edad y discapacidad).

2) Su competencia debe abarcar, en todo caso, los ámbitos del empleo y la ocupación, el acceso a bienes y servicios y su suministro, la educación, la protección social y los beneficios sociales. La recomendación añade otro ámbito que encuentro especialmente interesante e indicado para el ordenamiento español: los delitos de odio³⁶ en relación con las áreas sociales aludidas (cap. II, 1.1.1.2), aunque, a mi juicio, aquí se establece una obligación de contenido mínimo y no máximo, de modo que el futuro organismo español de igualdad podría conocer no solo del discurso de odio más grave, con relevancia penal (y, por eso, reservado a la jurisdicción penal, aunque el organismo de igualdad podría tener competencias para denunciar, acompañar procesalmente a la víctima, etc.), sino de todo discurso de odio discriminatorio, incluso el menos grave (precisamente, el menos controlado en la actualidad) y en todos los

³⁶ La recomendación se refiere a “la incitación al odio” y en el considerando 16 habla de “delitos de odio e incitación al odio”.

ámbitos y no solo los mencionados en la recomendación (por ejemplo, también en la actividad política). Hace años que vengo abogando por que el organismo de igualdad tenga capacidad para sancionar administrativamente con multas las infracciones tipificadas que lesionen con cierta entidad la prohibición constitucional de discriminación, al modo de la Agencia de Protección de Datos³⁷. No alcanzo a entender por qué conducir a más kilómetros de los permitidos por una vía solitaria merece una multa y una serie de comentarios racistas ampliamente difundidos proferidos por un candidato a alcalde (que es, en realidad, un claro caso de acoso discriminatorio, es decir, una especie de discriminación directa), por ejemplo, no. Por supuesto, el sancionado tendría abierta después la vía de la protección judicial correspondiente³⁸.

3) En cuanto a la fundamental función de “asistencia a las víctimas”, esta comprende, como mínimo: recibir y tramitar denuncias individuales o colectivas, proporcionar asesoramiento jurídico a las víctimas, también a la hora de tramitar sus denuncias, participar en actividades de mediación y de conciliación, representar a los denunciantes ante los tribunales y actuar en calidad de *amicus curiae* o de experto donde fuera necesario (cap. II, 1.1.2.1). El inciso segundo de este mismo artículo anima a los Estados a “considerar la opción de ofrecer a los organismos para la igualdad la posibilidad de participar o asistir en acciones judiciales, con el fin de hacer frente a la discriminación estructural y sistemática en los casos seleccionados por los propios organismos debido a su abundancia, su gravedad o su necesidad de clarificación desde el punto de vista jurídico”. Tales acciones “podrían tener lugar bien en nombre del propio organismo o en nombre de las víctimas u organizaciones que las representan, de conformidad con el derecho procesal nacional”. Así pues, en los casos más resistentes de discriminación “estructural y sistemática”³⁹, el ideal de organismo que propone la recomendación es excelente: propone nada menos que “objetivar” la protección contra tales discriminaciones, más allá de la defensa subjetiva que se le ofrece a las víctimas, apoyando a estas o impugnando con legitimación procesal activa las discriminaciones estructurales en sede judicial. Un magnífico ejemplo de esto, si las autoridades españolas crearan el organismo de igualdad tal y como lo exige la Unión Europea, podría ser la impugnación judicial directa por parte de dicho organismo de, por ejemplo, la existencia de centros educativos con una alta densidad de minorías étnicas, una clara manifestación, a mi juicio, de discriminación racial indirecta en el ámbito educativo. El Informe de evaluación de la Recomendación de 2021 que se examina más abajo propone como ejemplo la impugnación de las discriminaciones que se produzcan como consecuencia de la inteligencia artificial o los casos de discurso discriminatorio contra grupos de personas (página 8).

La configuración realmente potente de la función de asistencia a las víctimas que se contiene en la recomendación no se detiene ahí. También sugiere a los Estados

³⁷ Por ejemplo, en REY MARTÍNEZ, F., “Los discursos del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, Álvarez Vélez, M.ª I. y Carlos Vidal Prado, C. (coords.), *La Constitución Española: 1978-2018*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 307-322.

³⁸ El capítulo II, 1.1.2.6) estipula que esta posibilidad de defensa judicial del afectado contra las sanciones de los organismos de igualdad debe asegurarse en todo caso y de forma expresa.

³⁹ Una definición de ambos términos en REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, cit., pp. 108-110.

que el organismo de igualdad pueda formular recomendaciones e, incluso, si se autoriza, “decisiones jurídicamente vinculantes en casos individuales o colectivos de discriminación”, en cuyo caso deberían disponer también “la capacidad de imponer sanciones adecuadas, eficaces y proporcionadas” (cap. II, 1.1.2.5), así como la recopilación de pruebas e información (cap. II, 1.1.2.4) y de seguimiento para garantizar su aplicación (cap. II, 1.1.2.3).

4) Sobre el resto de funciones, la recomendación se pronuncia en los siguientes términos: (a) Elaboración de estudios independientes: deben ser elaborados con “regularidad” y con “cantidad suficiente de datos fiables” que posibilite extraer conclusiones sobre ellos (cap. II, 1.1.2.7). (b) Informes independientes: deben ser “de alta calidad” y periódicos y se deben presentar a “las instituciones públicas, incluidos los parlamentos y los gobiernos nacionales o regionales pertinentes”. Su alcance debe ser “lo suficientemente amplio para hacer posible una evaluación global de la situación de discriminación en el Estado miembro en relación con cada uno de los motivos contemplados” (cap. II, 1.1.2.8). Dichos informes deben contener (como mínimo): número de denuncias por cada motivo de discriminación; duración de los procedimientos administrativos desde la presentación de la denuncia hasta el archivo del caso; resultado de los procedimientos administrativos; y número, duración y resultado de casos judiciales en los que haya presencia del organismo para la igualdad (cap. II, 1.1.2.9). (c) Recomendaciones de los organismos para la igualdad: los Estados miembros deben garantizar que sus autoridades han tenido en cuenta, en la medida de lo posible, las recomendaciones de tales organismos en materia de legislación, políticas, procedimientos, programas y prácticas. Las autoridades deben informar a los organismos sobre la forma en que dichas recomendaciones se han tenido en cuenta y hacer pública esa información (cap. II, 1.1.2.10). (d) Fomento de la igualdad: los organismos deben prevenir la discriminación ofreciendo formación, información, asesoramiento, orientación y apoyo a las instituciones e individuos afectados, y dando a conocer al público tanto la existencia del organismo como el contenido de las normas contra la discriminación y cómo obtener una reparación. También deben participar los organismos en el debate público, mantener un diálogo regular con las autoridades, comunicarse con los grupos discriminados y las partes involucradas, así como promover buenas prácticas y acciones positivas (cap. II, 1.1.2.11 y 12).

B) Independencia y eficacia:

1) La independencia exige considerar: (a) organización, (b) posición en la estructura administrativa global, (c) asignación de presupuesto, (d) procedimientos para la tramitación de los recursos (cap. II, 1.2.1.1).

2) Los recursos humanos (suficientes y cualificados), técnicos y financieros, los locales e infraestructuras deben ser los necesarios para desarrollar sus funciones con eficacia en un tiempo razonable (cap. II, 1.2.2.1).

3) En cuanto a la presentación de denuncias, acceso y accesibilidad (cap. II, 1.2.3), los Estados deben garantizar la posibilidad de presentar denuncias ante los organismos para la igualdad de forma oral, escrita y en línea, en la lengua de elección del demandante; el procedimiento ha de ser sencillo y gratuito; se debe garantizar

confidencialidad a los denunciantes, los testigos e informantes; todas las personas, y en particular las que tengan alguna discapacidad, deben poder acceder fácilmente a las instalaciones físicas y digitales del organismo; es deseable una presencia del organismo en todo el territorio; los organismos deben poder realizar campañas de sensibilización efectivas para informar al público de su existencia y de la posibilidad de presentar denuncias por discriminación.

El modelo “ideal” de organismos estatales para la igualdad resulta ser, por consiguiente, muy sólido y también preciso, aunque no haya una sola forma válida de creación. Es evidente que “el ente” que tenemos en España, el CEDRE, ni se aproxima a dicho modelo. Y es evidente también que las autoridades comunitarias se están poniendo progresivamente serias sobre la obligación de los Estados de ajustarse en la medida de lo posible a su modelo de organismos para la igualdad. Eso explica, desde luego, más que una casi inexistente demanda social o política interna, la proposición española a la que más abajo me referiré, si bien adelanto que, aunque claramente se adapta al marco europeo, lo hace de un modo realmente tacaño respecto de sus posibilidades de configuración.

4.2 El Informe de la Comisión que evalúa la aplicación de la Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018, de 19 de marzo de 2021

Un claro síntoma de la progresiva seriedad con la que las instituciones comunitarias están enfocando las transposiciones estatales de los respectivos organismos para la igualdad es el Informe de seguimiento que la Comisión ha publicado en 2021, evaluando el grado de cumplimiento de la decisiva recomendación analizada, que no induce precisamente al entusiasmo⁴⁰. Su estructura es simétrica a la de la recomendación:

A) Mandato⁴¹. Solo tres Estados, entre ellos el nuestro⁴², junto con Portugal y Finlandia, ciñen el organismo al rasgo racial y no a todos los rasgos protegidos en el derecho europeo y limitan las áreas sociales de eventual conflicto. Dos de cada tres organismos tienen capacidad de actuar contra el discurso de odio (entre ellos no se encuentra el español). Algunos Estados tienen varios organismos de igualdad diferentes (por ejemplo, uno general y otro específico para el género o la discapacidad) y otros, un solo organismo para todos los rasgos. En cerca de la mitad de los Estados, el organismo para la igualdad ha sido asumido por la figura de los *Ombudsperson*⁴³.

⁴⁰ Este informe tiene en cuenta la información que se exige a los Estados sobre su cumplimiento de la recomendación (algo previsto en su capítulo III); los estudios de la Red Europea de Organismos de Igualdad (Equinet); los de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales; los de la ECRJ; y los de algunos organismos de igualdad, de la sociedad civil y de algunos expertos (por ejemplo, CROWLEY, N., *Equality bodies making a difference*, cit.).

⁴¹ Páginas 4-6.

⁴² Aunque ha comunicado a la Comisión que está en proceso de reforma legal para superar esto (p. 4). En cualquier caso, en el informe en análisis, que apenas pone nombres de países a las buenas o malas prácticas, el de nuestro país sale de modo expreso respecto de estas últimas en diversas ocasiones.

⁴³ Más tarde volveré sobre esto, pero adelanto que me parece la mejor solución para el nuevo organismo de igualdad de nuestro país. El informe (p. 6) identifica ventajas como las sinergias entre funciones, aprendizaje mutuo, ahorro de costes, ampliación del equipo humano cualificado, mayor disponibilidad para las víctimas y más facilidad para ser conocidos por el público.

El informe valora las ventajas asociadas a un solo organismo para todos los tipos de discriminación: mayor facilidad de acceso para las víctimas, eficiencia económica y capacidad de manejar los casos de interseccionalidad. También presenta problemas como el de asegurar suficiente atención y visibilidad a todos los rasgos de discriminación protegidos, sobre todo en un contexto de recursos escasos. El informe propone como buena práctica de los organismos para la igualdad trabajar en tres niveles: uno general, buscando el progreso en todos los rasgos cubiertos; otro específico para cada rasgo; y un tercero para los casos de discriminaciones múltiples o interseccionales, donde interactúen dos o más rasgos.

B) Funciones⁴⁴. Respecto de la asistencia a víctimas, el informe insiste en la conveniencia, sugerida por la recomendación, de que se conceda legitimación procesal directa a los organismos de igualdad para litigar en su propio nombre en casos de discriminaciones colectivas, sistemáticas, etc. Esta objetivación de la asistencia a las víctimas a través de la litigación estratégica serviría para promover la lucha contra las discriminaciones y, por tanto, para provocar cambios legales y en las políticas públicas. Por el momento, revela el informe, tan solo diez Estados cuentan con la posibilidad de representar a las víctimas de discriminación ante los tribunales⁴⁵ y la cifra se reduce a cinco respecto de la capacidad de actuar procesalmente en nombre propio (y no de las víctimas). Dos de cada tres países permiten a los organismos iniciar investigaciones de oficio. La mayoría de países actúan en fases previas y alternativas a la defensa judicial de las víctimas a través de la mediación, aunque, según las cifras que aporta el informe, en escasos casos y con muy poco éxito, además. Todo esto puede producir frustración y falta de confianza en la institución por parte de las víctimas.

Pero, además de asistir a las víctimas, algunos organismos de igualdad en Europa, hasta diez, tienen la competencia de tomar decisiones vinculantes en este campo (convirtiéndoles en un “organismo cuasi-judicial”, p. 9). En no todos ellos el organismo tiene capacidad de imponer sanciones. Y allí donde se permite, se han detectado a menudo como insuficientes. El informe valora (p. 10) como buena práctica que un Estado (del que no dice el nombre) se propone reformar su normativa para que su organismo de igualdad pueda imponer medidas cautelares, sanciones administrativas, ordenar el pago de una compensación incluyendo los daños no económicos, requerir a los infractores el cese de su actividad y ordenar sanciones si sus exigencias no se cumplen. Este sería, a mi juicio, un buen modelo a imitar por parte del legislador español.

El informe también critica el escaso seguimiento que los organismos para la igualdad hacen de sus decisiones, y se plantea el problema de la pérdida de imparcialidad en los casos en que los organismos pueden adoptar decisiones vinculantes, ya que optarían por una de las posiciones en conflicto. Para evitar esto, el texto propone

⁴⁴ Páginas 6-15.

⁴⁵ Lo que tampoco parece hacerse a menudo y, además, hay miedo a tener que pagar las costas judiciales si se pierden los casos, lo cual, en un contexto de recursos escasos, desanima a la presentación de recursos ante los jueces (p. 9).

una organización separada del órgano con dicha capacidad dentro del organismo de igualdad.

En cuanto al resto de funciones, el informe observa lo siguiente: (a) aún no se dispone en general de una suficiente colección de datos sobre la discriminación (un tercio de los Estados no han realizado estos estudios independientes por falta de recursos y otro tercio los ha realizado, pero de modo incompleto). El texto propone como buena práctica colaborar con el organismo estatal de estadística. (b) Algo semejante puede decirse de los informes independientes, aunque el documento señala que en tan solo dos Estados no se emiten con regularidad (aquí no cita a España, pero no es dudoso que se trata de uno de ellos). La independencia de los informes se compromete si se publican a cargo de las autoridades nacionales. (c) Por lo que se refiere a las recomendaciones para mejorar la legislación y las políticas públicas, el informe constata que casi todos los organismos para la igualdad lo hacen, sobre todo en sus informes anuales. Es una buena práctica la consulta previa a los organismos respecto de la normativa y las políticas antidiscriminatorias y la explicación posterior de por qué las recomendaciones fueron o no tenidas en cuenta. (d) Promoción de la igualdad. La mayoría de los organismos cumplen esta función de una u otra manera.

C) Independencia y efectividad⁴⁶. El informe observa que la mayoría de los organismos en Europa tienen independencia jurídica, pero no de hecho. Suelen tener personalidad jurídica, pero en algunos pocos Estados siguen dependiendo de un ministerio (el caso español, por ejemplo). Tampoco se asegura por lo general autonomía presupuestaria tanto para decidir el montante de gastos como para gestionar libremente esos fondos. También es crucial para asegurar la independencia del organismo el método de nombramiento y revocación de las personas que lo componen, sobre todo de sus líderes (que pueden ser individuales –lo más común– o colectivos). Normalmente, el director o directora del organismo es elegido por el gobierno, pero el informe asegura que es mejor práctica implicar también o en exclusiva al parlamento en su designación (mejor competitiva a partir del currículo profesional y transparente) con una mayoría cualificada. La función de liderazgo del órgano es mejor que sea incompatible con otros trabajos, públicos y privados. Interesante, asimismo, incluir un listado de causas de revocación del mandato, entre otras razones de salud o indebido manejo financiero de la institución.

El equipo humano del organismo se dirige a la diversidad social y por ello mismo su composición debe reflejar en sí misma tal diversidad. Esto puede asegurar la confianza de las víctimas. La total accesibilidad a las personas con discapacidad debe garantizarse.

El informe considera una buena práctica que el organismo para la igualdad responda ante el parlamento a través del debate en el mismo del informe anual, pero siempre que no se someta a una aprobación formal.

Sin recursos humanos, de infraestructura y económicos adecuados, los organismos para la igualdad no pueden llevar a cabo sus funciones. En la práctica, los presupuestos difieren mucho entre sí: desde 5 miembros a 50 y de medio millón de

⁴⁶ Páginas 16-20.

euros a más de 50 millones. Y esto no se explica solo porque el país sea más o menos amplio o por la diferencia del coste de la vida. A veces, los datos del presupuesto no son transparentes. En los últimos años ha habido incrementos presupuestarios, pero también recortes. La insuficiencia de fondos es la mayor preocupación de los organismos de igualdad en Europa.

D) Procedimientos, acceso y accesibilidad⁴⁷. En casi todos los Estados las demandas se pueden plantear oralmente (incluso por teléfono), por escrito o en línea y en todas las lenguas oficiales. Sobre la presencia física en todo el territorio, un tercio de los organismos no son visibles o no están abiertos al público. La existencia de oficinas regionales y locales es una buena práctica. La mitad de los Estados cuentan con presencia regional y local. El informe sostiene que la creciente informatización de los procesos no elimina la necesidad de presencia física de los organismos de igualdad, precisamente porque las personas más discriminadas son las que, en principio, tienen menos acceso a herramientas digitales.

Otro grave problema, junto con la insuficiencia presupuestaria, es que los organismos de igualdad siguen sin ser demasiado conocidos entre la población. El informe urge a incrementar su visibilidad, disponibilidad, accesibilidad y confianza.

Hasta aquí el examen del informe de evaluación. Sin duda, se trata de un texto extraordinariamente útil para entender correctamente qué es el organismo de igualdad al que se refiere de modo sistemático la normativa europea. Con la Recomendación de 22 de junio de 2018 parece evidente que la Unión Europea ha entrado en una suerte de segunda fase de implantación de los organismos para la igualdad, tras la inicial obligación de creación a partir del año 2000 de los organismos, que no especificaba, sin embargo, los rasgos fundamentales de su régimen de organización y actividad. Esta segunda fase se caracteriza por el diseño, a partir de la gradual fundación de los organismos en los diversos Estados europeos y su experiencia de los años iniciales de funcionamiento, de un modelo de organismo tan preciso como potente. Para entendernos en el contexto de la cultura institucional española: un organismo de similar arquitectura que la Defensoría del Pueblo (incluso con mayor ámbito de actuación que esta porque puede conocer de lesiones del derecho de igualdad por parte de particulares, y con mayores potestades, incluso, ojalá, para sancionar por sí mismo) o la Agencia de Protección de Datos.

Es evidente que el modelo europeo de organismo para la igualdad, cada vez más potente, se ha ido alejando del organismo español, el CEDRE, cada vez más débil, y, de ahí, la imperiosa necesidad de una reforma en profundidad entre nosotros. Ya en 2011 se aprobó, en los últimos compases de la segunda legislatura del presidente José Luís Rodríguez Zapatero, un Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁴⁸, que no logró aprobarse por la extinción de la legislatura y que no fue repescado en la posterior. Se presentó de nuevo como proposición de ley desde la oposición en 2017, pero tampoco prosperó. Finalmente, una Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha sido presentada

⁴⁷ Páginas 21-24.

⁴⁸ En el que, por cierto, también tuve el honor de participar como experto técnico.

y, hasta el momento en que se escriben estas líneas, tomada en consideración por el Pleno del Congreso de los Diputados el 23 de febrero de 2021. Se impone ahora, por tanto, contrastar los requerimientos que provienen del marco europeo con la nueva regulación en debate.

4.3 Contraste del marco europeo con la regulación prevista en la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación tras su toma en consideración por el Pleno del Congreso el 23 de febrero de 2021

Evidentemente, este artículo no es el lugar para analizar en profundidad la proposición y más teniendo en cuenta que es esperable que sufra cambios a lo largo de su tramitación parlamentaria en el caso de que, finalmente, llegue a prosperar, como es lo deseable. Pero sí resulta indispensable utilizar dicho texto como banco de pruebas de cuanto se ha ido exponiendo hasta el momento, contrastando su regulación con el marco europeo de referencia.

De entrada, hay que reconocer que la proposición sí intenta, por fin, más de veinte años después de la Directiva 2000/43, transponer seriamente en nuestro ordenamiento la regulación europea, por más que algunos aspectos sigan siendo, a mi juicio, mejorables, empezando por la propia naturaleza de la norma, que debería ser orgánica y no ordinaria⁴⁹ y por su nombre⁵⁰. La propia exposición de motivos reconoce, en su penúltimo párrafo, que la transposición actual vigente es “insuficiente e ineficiente”.

El proyecto de norma menciona expresamente en el artículo 2.1 los rasgos protegidos por ella, que son los seis europeos⁵¹ (y no solo ya “el origen racial o étnico”⁵²), des-

⁴⁹ No ignoro que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ciñe el ámbito material de las leyes orgánicas en cuanto al desarrollo de “los derechos fundamentales y las libertades públicas” (art. 81.1 CE) solo a los derechos de la sección primera del capítulo segundo del título I, es decir, a los derechos comprendidos entre los artículos 15 a 29. Pero esto es debido a una errónea comprensión inicial de la igualdad y no discriminación del artículo 14 no como un derecho autónomo, sino como un derecho meramente relacional respecto del ejercicio del resto de derechos. El derecho a no sufrir discriminación es un derecho fundamentalísimo que está intensamente protegido por el derecho internacional de los derechos humanos aplicable y, en el orden interno, por la protección judicial ordinaria reforzada para los derechos fundamentales y también por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, así como por la rigidez más agravada frente a la reforma constitucional del procedimiento previsto en el artículo 168 CE por su evidente conexión tanto con el título preliminar como con el resto de derechos fundamentales. En otras palabras, su no consideración como ley orgánica revela un enfoque conservador, formalista e incoherente desde el punto de vista sistemático.

⁵⁰ En mi opinión, la expresión “igualdad de trato y la no discriminación”, además de que no es precisamente eufónica, no es del todo correcta desde el punto de vista conceptual, porque la no discriminación comprende la igualdad de trato más la igualdad de oportunidades. Por tanto, con el concepto de discriminación ya se abarca la igualdad de trato. Por otro lado, si se menciona la discriminación sin ningún apellido, es evidente que asume un enfoque “integral”, de modo que este adjetivo es un pleonismo. Un mejor título sería, creo, algo así: “Ley orgánica de lucha contra toda forma de discriminación”. O, si se prefiere: “Ley orgánica para la promoción de la igualdad y la protección frente a las discriminaciones”.

⁵¹ Uno de ellos es, por supuesto, el “sexo” (llama, no obstante, la atención que no se mencione “género”). La proposición opta, pues, por configurar un organismo multitareas que incluye todas las causas de discriminación sin tratar de modo separado las discriminaciones de género, que son las más numerosas y guardan cierta especificidad porque afectan no a una minoría social, sino a la mayoría y siempre para agravar la discriminación cuando concurre el resto de rasgos. Ciertamente, el enfoque elegido permitirá manejar mejor estos casos de discriminación múltiple o interseccional, pero no sería descabellado, a mi juicio, como más arriba expuse, que coexistieran un organismo para la igualdad en general y un organismo específico para la igualdad de género (quizá a partir de una transformación legal del Instituto de la Mujer).

⁵² La normativa europea y también la española hablan de “origen racial o étnico”, pero considero que esta expresión es incorrecta porque si, científicamente, no existen razas humanas, tampoco pueden existir, por lógica, “orígenes” raciales. Sería mejor emplear la expresión “motivos raciales o étnicos”.

doblando, con buen criterio, el factor “orientación sexual” europeo en tres epígrafes que en realidad deben distinguirse: orientación sexual, identidad sexual y expresión sexual (para las personas que deciden no encajarse en el modelo binario), más el nacimiento (aludido por el art. 14 CE), la enfermedad (que la jurisprudencia europea y la nacional han venido identificando como posible rasgo exclusógeno, por ejemplo en relación con el SIDA o con la obesidad extrema) y la situación socioeconómica (que abre una perspectiva muy interesante de utilización del derecho antidiscriminatorio en la lucha contra la aporofobia). Por supuesto, la lista es abierta porque se menciona, como el artículo 14 CE, “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Esta lista de rasgos cumple cabalmente lo requerido por el modelo europeo.

La lista de ámbitos sociales de discriminación del artículo 3.1 también satisface con creces las exigencias europeas porque comprende lo previsto en la recomendación y añade muchos otros, como, por ejemplo: la afiliación y participación en todo tipo de organizaciones, la seguridad ciudadana, la administración de justicia, la publicidad y los medios de comunicación, internet y redes sociales, las actividades deportivas e incluso la inteligencia artificial (ya que los algoritmos pueden determinarse a partir de prejuicios discriminadores). Tan solo una observación crítica en este punto: aunque el listado menciona la publicidad, los medios e internet, la proposición no alude expresamente a la función del Comisionado como garantía frente al discurso (no ya los delitos, porque esto corresponde exclusivamente al poder judicial) de odio discriminatorio.

La proposición introduce la protección contra nuevas formas de discriminación (por asociación, por error, múltiple, etc.) y, sobre todo, las garantías exigidas por el derecho comunitario. Entre ellas, de modo principal, como no podía ser de otro modo, la nueva institución del “Comisionado para la igualdad de trato y la no discriminación”, que se regula en el título III del proyecto de norma (arts. 36-41). Se configura (art. 36) como autoridad independiente⁵³ de ámbito estatal con capacidad para promover y proteger la igualdad frente a los poderes públicos y también respecto de los particulares. El artículo 36 habilita expresamente a las comunidades autónomas para crear “organismos con la misma naturaleza”, pero también para atribuir estas funciones a instituciones ya existentes. Esto es muy interesante porque permitiría que los defensores del pueblo autonómicos, allí donde existen, asumieran las competencias de lucha contra la discriminación. En el epígrafe siguiente y último de este análisis, propondré como mejor fórmula (no, evidentemente, la única posible) que sea el Defensor del Pueblo estatal quien lo haga en el ámbito estatal.

El Comisionado tendrá personalidad jurídica propia y autonomía orgánica y funcional. Su estructura orgánica, régimen de personal y económico, etc., se regularán en el Estatuto del Comisionado, que habrá de elaborar el primer Comisionado (los

⁵³ Por eso el nombre de “Comisionado” no acaba de convencer; porque “comisionado” ¿de quién? Veremos que el nombramiento es del Gobierno (con una previa aprobación parlamentaria), de modo que lo lógico sería pensar que se trata de un comisionado del Gobierno, pero esto es incompatible con la idea de autoridad independiente y con su estatuto jurídico. Mejor, por tanto, hablar de “Alta Autoridad” o similar. En un sentido semejante, véase FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO, *Aportaciones de la alianza por la ley de igualdad de trato a la proposición de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, FSG, Madrid, marzo 2021, p. 4.

sucesores podrían presentar modificaciones) y ser aprobado por el Gobierno mediante Real decreto (art. 37). El Comisionado será nombrado por el Gobierno entre personalidades de reconocido prestigio en la materia, previa comparecencia ante la comisión correspondiente del Congreso, que podrá aprobar o rechazar por mayoría absoluta el nombramiento propuesto. Su mandato será de cinco años, sin posibilidad de renovación. Las causas de cese son estrictas: renuncia, incapacidad permanente, condena firme por delito doloso o incumplimiento grave de los deberes de su cargo (art. 37). El Comisionado propondrá anualmente a Hacienda un proyecto de presupuesto para su inclusión en la Ley general de presupuestos del Estado. El control económico y financiero corresponderá al Tribunal de Cuentas (art. 38).

Los rasgos fundamentales del Estatuto del Comisionado sí parecen asegurar su independencia respecto del Gobierno y responden al marco de la Recomendación de la Comisión antes mencionada. Autonomía organizativa, presupuestaria y de desarrollo normativo. Un mandato que no coincide con el de una legislatura. Un nombramiento gubernamental, pero con previa aprobación parlamentaria. No se alcanza el ideal de un nombramiento tras un concurso, pero, al menos, se exige que el Comisionado o Comisionada cuente con un “reconocido prestigio en la defensa y promoción de la igualdad”. Causas de cese tasadas. La proposición menciona la adscripción de funcionarios, personal laboral e incluso de letrados del Estado para el ejercicio de sus competencias. Aún más: el artículo 38 ordena establecer medidas de acción positiva para que una parte del personal provenga de los colectivos protegidos especialmente por esta norma, tal y como sugería también la recomendación europea. Puede concluirse, por consiguiente, que también en este punto la proposición cumple los parámetros europeos de independencia. Otra cosa es si también lo hará respecto de los de eficacia porque eso dependerá, finalmente, del presupuesto y del personal, en número y cualificación, que se le asigne una vez creado.

Las competencias del Comisionado se relacionan en el artículo 36. Aunque de un modo desordenado, incluye las exigidas por el derecho comunitario, sin duda, tanto en un rol proactivo (de promoción) como reactivo (de protección). De todas las competencias, la principal es, sin duda, la de asistencia a las víctimas de cualquier tipo de discriminación. Pues bien, en este campo hay indudables mejoras respecto de la situación vigente, pero el modelo de Comisionado previsto no alcanza el ideal sugerido por la recomendación europea. El Comisionado puede mediar y conciliar, salvo en materia penal y laboral, sustituyendo a los eventuales recursos de alzada y reposición (art. 36.b). Esto es interesante, aunque, por un lado, no se entiende que se excluya la mediación del ámbito laboral y, por otro, sería mejor, a mi juicio, si también pudiera llevar a cabo una función (voluntaria para los afectados) de arbitraje, con decisiones vinculantes para ellos. Puede también iniciar investigaciones de oficio o a instancia de terceros, pero no en materia penal (donde debe remitir el tanto de culpa al fiscal o a la autoridad judicial) y solo si se trata de discriminaciones de especial gravedad o relevancia (art. 36.e). Se configura, pues, una competencia investigadora de modo particularmente cauteloso y poco definida, quizá, incluso,

Regap



ESTUDIOS

más limitada que la investigación que actualmente puede llevar a cabo el Servicio de Asistencia a Víctimas.

El artículo 40.3 establece el deber para administraciones públicas y particulares de prestar la colaboración necesaria al Comisionado, proporcionándole toda clase de información que este le requiera. La proposición contiene un catálogo de infracciones y sanciones administrativas por discriminación (arts. 43 y ss.), y en las infracciones (art. 43.3.c) se incluye entre las graves (con una sanción de entre 10.001 a 40.000 euros: art. 44.1.b) “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”. Quizá aquí se podrían incluir las conductas graves de omisión del deber de colaboración con el Comisionado, pero sería mejor, a mi juicio, especificarlo de modo expreso.

Un dato fundamental de la proposición es que el Comisionado no puede sancionar por sí mismo, sino que, a lo sumo, puede interesar la actuación de la Administración para sancionar infracciones administrativas (art. 36.e). Es decir, el Comisionado no podría poner una multa a un colegio por alguna conducta discriminatoria, sino que deberá poner el hecho en conocimiento de la inspección educativa. Lo mismo en el ámbito laboral y en los demás. Como hemos visto, la recomendación no exige que el organismo para la igualdad tenga potestad sancionadora. Pero en algunos países sí la tiene. A mi juicio, este es mejor modelo. Primero porque ya existen las inspecciones educativa, laboral y de otros tipos y, sin embargo, siguen existiendo discriminaciones en todos esos ámbitos. Segundo, porque, si se mantiene la potestad sancionadora tal y como está, ¿qué novedad real se introduce con esta figura?, ¿para qué se crea? Tercero, porque no sancionar impedirá al Comisionado hallar visibilidad ciudadana alguna. Cuarto, porque hay precedentes de organismos que inciden en ámbitos donde ya existen órganos administrativos con potestad sancionadora y, por cierto, con éxito: por ejemplo, la Agencia de Protección de Datos. Es evidente que la inspección laboral debe garantizar los derechos de los trabajadores, también los de la protección de sus datos, pero también lo es que el trabajo especializado de la Agencia ha venido a hacer más incisiva dicha protección. Quinto: porque puede haber diferencias de criterios en ciertos casos entre el Comisionado y el órgano sancionador de que se trate y, en estos casos, siempre prevalecerá la voluntad de este último, fragilizando de modo manifiesto la posición institucional del Comisionado. Que este pueda sancionar por discriminación, con las cautelas requeridas por la recomendación europea, es “ponerle dientes” a la institución. En mi opinión, a la vista de nuestra experiencia en esta materia, privar al Comisionado de la potestad de sancionar es impedir, *a limine*, que esta figura tenga solidez institucional alguna. Quizá no nacería muerto, pero sí muy débil.

Otro punto frágil de la proposición es, a mi juicio, que no permite al Comisionado acudir directamente a los tribunales para defender la prohibición de discriminación, al menos en los casos más graves, institucionales y sistemáticos, como sí sugiere la recomendación. La proposición modifica la Ley de enjuiciamiento civil y la Ley

reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (disposiciones finales segunda y tercera) para otorgar legitimación procesal al Comisionado en defensa de la prohibición de discriminación, pero siempre con la autorización de las personas afectadas, legitimación de la que ya disponen muchos otros sujetos respecto de los que el Comisionado no logra distinguirse especialmente. En este punto se pierde, en mi opinión, otra magnífica oportunidad para crear una institución de referencia en la lucha contra la discriminación. Su misión de defensa de las víctimas cumpliría la normativa europea, pero en su rango más básico o mínimo.

5 Tesis conclusiva: la conveniencia de atribuir las funciones del organismo para la igualdad al Defensor del Pueblo estatal y sus equivalentes autonómicos

En definitiva, nos encontramos en el contexto de una segunda fase de implantación de los organismos de igualdad en Europa, más seria y precisa aún que la anterior, con una transposición española inicial perezosa y tramposa que revela, de un lado, la carencia de voluntad política para atajar un problema, las discriminaciones, que, salvo en el género, la orientación e identidad sexual y la discapacidad, apenas se reconoce; y, de otro, la falta de conexión del emergente derecho antidiscriminatorio europeo con la tradicional cultura jurídica patria, así como con el intento (de nuevo) de hacer converger el modelo europeo y el español. La proposición sumariamente analizada ha de ser, en este sentido, bienvenida, aunque finalmente el organismo para la igualdad prefigurado, si bien cumple con los estándares europeos, lo hace de un modo mínimo, a mi juicio. Casi en el umbral de la mediocridad.

Con buen criterio, el Comisionado es una institución completamente diferente del CEDRE, aunque este último Consejo podría, quizá, subsistir, con las debidas reformas, como el órgano de participación y consulta dentro del Comisionado al que se refiere el artículo 39 de la proposición. También el servicio actual de atención a víctimas podría mantenerse en el marco del trabajo del Comisionado, con las modificaciones oportunas, entre otras no menores la incorporación de entidades de lucha contra todo tipo de discriminaciones y no solo la racial/étnica. Las ventajas del servicio son: la experiencia adquirida en todos estos años; su presencia en el territorio; la capacidad de las entidades especializadas del tercer sector de suscitar denuncias, informar y sensibilizar a los grupos en desventaja y la posibilidad que supone de implicarlas institucionalmente en la lucha contra la discriminación. Lógicamente, ahora sería el propio Comisionado quien asumiría en primera persona las funciones de mediación y conciliación, la asistencia judicial a las víctimas (con el consentimiento de estas), etc., pero podría ser con el apoyo de las entidades del tercer sector. No tendría sentido que el Comisionado trabajara al margen del tercer sector, que, en la experiencia española, ha venido hasta ahora cubriendo con eficacia las carencias y ausencias de las instituciones públicas en este campo.

La proposición también prevé que el Comisionado firme convenios de colaboración con el Defensor o Defensora del Pueblo para coordinar sus actuaciones (art. 41).

Regap



ESTUDIOS

Hemos visto incluso (art. 36) que el proyecto de norma permite que las figuras autonómicas equivalentes al Defensor del Pueblo puedan ser, si las leyes autonómicas de creación que pudieran dictarse así lo reconocieran, los organismos para la igualdad. El modelo europeo y el comparado contemplan la posibilidad de que defensorías del pueblo y organismos de igualdad converjan en una sola institución, la del Defensor, con un departamento especializado y con perfil propio (liderazgo, personal, presupuesto, etc.) dentro de ella, o bien que sean dos instituciones diferentes, aunque, eso sí, debidamente coordinadas. El Informe de evaluación de la Recomendación (2021) señala que la mitad de los países europeos siguen un modelo y la otra mitad el alternativo, pero no se pronuncia sobre cuál sea el modelo óptimo⁵⁴.

La cuestión es, por tanto, altamente opinable. Para concluir este análisis, formularé la tesis final: a mi entender, lo mejor para nuestro país sería añadir esta nueva función de lucha contra la discriminación entre las competencias de la Defensoría del Pueblo. En definitiva, el Comisionado no es más que un Defensor especializado en razón de la materia. Recuerdo algunas de las ventajas que señalaba la Recomendación y añado otras. Primera: la Defensoría cumple perfectamente y sin duda alguna el requisito de independencia que exige el derecho comunitario. Lo hace aún más que el Comisionado, dado el nombramiento parlamentario con la mayoría reforzada. De hecho, el quinto informe de seguimiento a España de la ECRI⁵⁵, constata que el Defensor del Pueblo sí es una institución independiente y, por cierto, muy útil en la lucha contra el racismo. No lo dice claramente, pero entre líneas parece leerse que atribuir las funciones del organismo de igualdad a esta institución podría resultar sencillo y factible. Segunda: acumular esta función en la Defensoría es aconsejable porque se trata de la protección de un derecho fundamental (art. 14 CE). Esto permitiría, además, crear sinergias entre los distintos ámbitos a proteger. Tercero: se produciría, en el contexto de restricción de recursos públicos, un importante ahorro de costes en la implantación de la figura (estatal y autonómica). Los aumentos irían dirigidos, tan solo, a contratar al personal que se requiriese, pero no a edificios e infraestructuras. Cuarto: la Defensoría tiene implantación estatal, pero sus equivalentes autonómicos aún más, de modo que se aseguraría una mayor presencia en todo el territorio, así como la eventual utilización de otras lenguas diferentes del castellano. Quinto: un problema grave de los organismos para la igualdad es que sus potenciales usuarios no los conocen ni son accesibles para ellos. Pues bien, sin duda, la figura de la Defensoría podría alcanzar mayor visibilidad ciudadana que la del Comisionado.

La única duda jurídica de calado es la de si la asunción de este modelo requeriría o no de una reforma previa del artículo 54 de la Constitución, que es el precepto que se dedica al Defensor y que lo configura como una institución que solo puede conocer quejas de actuaciones procedentes de los poderes públicos y no de los particulares, siendo evidente que el organismo de igualdad debe poder conocer posibles lesiones

⁵⁴ En mi opinión, Francia, que inicialmente creó un organismo especializado y más tarde lo ha integrado, con especificidad, dentro de la institución del *Défenseur des Droits* como *Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité*, es un modelo especialmente interesante.

⁵⁵ ECRI, *Informe de la ECRI sobre España (Quinto ciclo de supervisión)*, de 28 de febrero de 2018, p. 19.

discriminatorias cuya fuente no sea pública, sino privada. Es evidente que habría que modificar a fondo la arquitectura institucional del Defensor del Pueblo, incluyendo en su seno con especificidad el organismo para la igualdad y reforzando sus competencias y potestades en este ámbito, lo que, por otra parte, no le vendría nada mal a la figura porque tengo la sensación de que su configuración constitucional ya era en el año 1978 cuando se creó excesivamente desdentada. Mi opinión es, por tanto, que se debería convertir al Defensor del Pueblo en el organismo de igualdad que nos exige la legislación europea. Allí donde existan defensorías autonómicas, estas podrían asumir, previo convenio con la estatal, las funciones del organismo para la igualdad en los ámbitos autonómico y local (en cuanto a las administraciones) y a las posibles lesiones de la igualdad entre particulares en el territorio de la Comunidad respectiva, reservando a la defensoría estatal la defensa de la igualdad frente a la Administración estatal y la institucional. Este sería, a mi juicio, el modelo de transposición más sostenible y potente de la normativa europea en este campo.

No ignoro que, en realidad, cualquier modelo potente y no flácido (como el vigente y como, me temo, el que se planea en este tiempo para nuestro país) de organismo para la igualdad tiene que elegir, como manifiesta la experiencia comparada, entre un tipo de organismo de acompañamiento real de las víctimas, incluso en sede judicial e incluso, a veces, con legitimación procesal propia (y ahí la figura del Defensor del Pueblo, previamente modificada, sería la óptima), y un modelo de organismo con capacidad sancionadora, de corte “cuasi-judicial” (en cuyo caso el patrón de la Agencia de Protección de Datos sería el ejemplo a seguir). Ambos modelos presentan ventajas e inconvenientes, pero comparten un elemento fundamental común: son dos maneras de tomarse en serio el derecho comunitario y, por encima de todo, el derecho fundamental a no sufrir discriminaciones del artículo 14 CE. Por eso, cualquiera de las dos serían bienvenidas porque supondrían un avance cualitativo respecto de la situación actual.

Bibliografía

- COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación de la Comisión 2018/951*, de 22 de junio de 2018.
- COMISIÓN EUROPEA, *Informe que evalúa la aplicación de la Recomendación de la Comisión 2018/951, de 22 de junio de 2018*, de 19 de marzo de 2021.
- CROWLEY, N., *Equality bodies making a difference*, ECRI / Comisión Europea, Bruselas, agosto de 2018.
- ECRI, *Recomendación n. 2 de política general de la Comisión del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)*, de 13 de junio de 1997.
- ECRI, *Informe de la ECRI sobre España (Quinto ciclo de supervisión)*, de 28 de febrero de 2018.
- FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO, *Aportaciones de la alianza por la ley de igualdad de trato a la proposición de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, FSG, Madrid, marzo 2021.

Regap



ESTUDIOS

HOLMAAT, R., *Catalyst for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC- existence, independence and effectiveness*, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, (Unidad G 2), Bruselas, marzo de 2006.

REY MARTÍNEZ, F., “Los discursos del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, Álvarez Vélez, M.^a I. y Carlos Vidal Prado, C. (coords.), *La Constitución Española: 1978-2018*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

REY MARTÍNEZ, F., *Derecho Antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.

SEBASTIANI, L., “Investigando los límites de la lucha legal contra el racismo: El marco español de antidiscriminación por origen racial o étnico”, *Oñati Socio-legal series*, n. 11(3), 2021. DOI 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1183 (19 de abril de 2021).