

# CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

## 1 Introducción

La igualdad y la equidad son valores principales que rigen el ordenamiento jurídico, y que, en los últimos tiempos han ido adquiriendo una mayor relevancia, a partir de los movimientos de reivindicación de grupos y colectivos sociales. Es por ello, que el Estado español, bajo el paraguas de la UE, ha ido avanzando en su marco normativo, con la promulgación de leyes que prohíben las conductas discriminatorias y desarrollando el principio de la igualdad de trato.

Este marco normativo dirigido a acabar con las desigualdades, está presente tanto en la esfera de las relaciones internacionales, como en el ámbito de la comunidad europea, así como, principio informador del ordenamiento jurídico interno. Tanto es así, que podríamos hacer un extenso estudio dedicado a la normativa y a los pronunciamientos de los correspondientes tribunales a tenor de dicho principio y la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas que se mueven en la esfera antidiscriminatoria.

Las causas de discriminación que contemplan las regulaciones son variadas, la lista, sin embargo, no es numerus clausus, es decir, no es taxativa, sino que permite la ampliación según la sociedad penalice nuevas conductas, que habrá que trasladar al propio ordenamiento como comportamiento reprobable, motivo ahora de vulneración del principio de igualdad.

Podemos definir la discriminación como: distinción, exclusión o restricción basada en un factor o una categoría protegida que tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquiera otra. También consiste en el trato diferente a personas en situaciones similares sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello [1].

[1] Guía sobre discriminación interseccional , el caso de las mujeres gitanas, Fundación Secretariado Gitano

# CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

## 2 Normativa internacional

### DESARROLLO DE LA NORMATIVA

La II Guerra Mundial supuso la expresión de máxima de la discriminación hacia el diferente, hacia aquellos colectivos que se consideraban inferiores. En este contexto se había superado el elemento biológico como el único fundamento discriminador, y se habían introducido ya otros componentes segregadores como la religión, la orientación sexual, la ideología o la etnia. Así el nazismo había justificado la reclusión, penurias y muerte de millones de personas por su identidad. Una vez terminado el conflicto, las potencias entienden la magnitud que ha tenido para el continente, y para el mundo, el genocidio producido contra los diversos colectivos, habiéndose argumentado la catástrofe en una necesidad de superioridad de unos seres humanos sobre otros.

En esta coyuntura, la Asamblea de Naciones Unidas, una vez adoptada su Carta, en la que se establece que la Organización promoverá: “*el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades*”, crea la Comisión de Derechos Humanos.

Fue la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio el primer instrumento que aprobó la Comisión en materia de Derechos Humanos y, tan solo un día más tarde, se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esta Declaración fue adoptada el 10 de diciembre de 1948, y supone un hito importante en lo que al reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación se refiere, puesto que en su artículo 1, ya reconoce: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...*” (ONU, s.f.).

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Es de relevancia singular, y sin precedente alguno, que, en esta DUDH, se reconocen estos derechos que protegen la dignidad y el desarrollo como ser humano, a todos los seres humanos, por el mero hecho de nacer, sin condicionante alguno o limitación en su acceso.

La DUDH no es, sin embargo, un instrumento jurídico vinculante, y habría que esperar a su desarrollo mediante los tratados de derechos humanos que sellaban la obligatoriedad de vigilar el principio de igualdad y no discriminación entre los seres humanos.

### NORMATIVA CONTRA LA DISCRIMINACION RACIAL EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

#### **Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial**

Fue adoptado en 1965 por la Asamblea General de la ONU, y es el primero de los tratados internacionales básicos de derechos humanos. Y es el instrumento esencial en lo que se refiere al abordaje de la discriminación por motivos de raza en el contexto internacional.

Este tratado tuvo una gran acogida, siendo el tratado de derechos humanos más ratificado, hasta la Convención sobre los Derechos del Niño. Según el articulado de esta Convención los Estados deberán tomar las medidas efectivas que fueren necesarias con el fin de eliminar la discriminación racial, de esta forma se comprometen a “...no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación...” (Art 2.1.a Convención), adoptar medidas legislativas necesarias...

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Cabe hacer especial mención a la propia explicación que el texto de la Convención hace de el uso de la terminología “discriminación racial”, se da esta cuestión puesto que, quería dejarse claro que el uso del termino “raza” y “racial” no legitimaban en el texto la existencia de diferentes razas, sino que, era una terminología común y para aclararlo se incluyen seguidamente diferentes causas de discriminación relacionadas con el origen, la cultura o características.

Ahora bien, si esta Convención fue tan contundente en lo que se refiere a las obligaciones de los Estados en la lucha contra la discriminación racial, y contó con tantos apoyos, ¿A que se debe que después de medio siglo la problemática siga existiendo?

Uno de los motivos principales por los que el problema de la discriminación racial sigue existiendo, pese a tener normativa de derecho internacional rotunda en la materia, no es otra que la negación de la existencia de esta discriminación.

Cuando los Estados apoyaron esta convención no se plantearon, en su mayoría, que en su propio territorio encontrasen esta problemática y por tanto, que tendrían que aplicar la normativa. El contexto para que muchos de estos países apoyaron esta Convención fue pensando en las situaciones que vivían la población afroamericana de EEUU, el colonialismo ligado de manera indiscutible a un racismo patente y contra el apartheid [2].

¿Como se vigila su cumplimiento?

Esta Convención crea el denominado Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

Los Estados deben presentar un informe para comunicar las medidas que han llevado a cabo en el periodo de tiempo que corresponda, se entregan cada cuatro años, con el fin de combatir la discriminación racial en su respectivo país.

[2] (Amnistia Internacional, 2005)

# CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

La ciudadanía de manera particular también puede enviar una comunicación al Comité para comunicar que ha sufrido una discriminación por los motivos protegidos por la Convención.

## **Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos**

Se aprueba en el año 1966 y en él se incluyen el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona.

Los Estados debe respetar todos los derechos sin discriminación (art 2.1 del Pacto), también este artículo incluye la obligación de garantizar los derechos. En cuanto a la primera de las obligaciones, podemos concluir que el Estado se encuentra en la obligación de no violar los derechos recogidos, sin embargo, también tiene un deber de tutela de los derechos de la población con respecto al resto de particulares.

## **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Este pacto es de gran relevancia, ya que para garantizar una vida en igualdad habrán de asegurarse una serie de derechos “previos” que conduzcan a asegurar unas condiciones dignas que permitan el desarrollo como persona en todos los niveles.

Así este Pacto protege derechos relativos al trabajo y condiciones laborales, a sindicación, vivienda, salud, y el derecho a la educación.

## **OTRAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN RECOGIDAS EN LA NORMATIVA**

### **Discapacidad**

En las primeras declaraciones de derechos de carácter internacional no se tenía

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

en cuenta la discapacidad como una causa de discriminación, debido a la concepción social prevalente.

Así se entendía la discapacidad como una deficiencia física, psíquica o sensorial del individuo. Por ello la actuación de los poderes públicos quedaba limitada a lo meramente asistencial/médico.

No es hasta que la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la Resolución 37/52, que se comienza a introducir un modelo más social, dejando poco a poco lo meramente asistencial de lado. Este modelo social se basa en que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos, preponderantemente sociales.

Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

Por otro lado, se considera que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad, o que, al menos, la contribución será en la misma medida que el resto de personas [3].

Así la Resolución 48/96 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, el modelo social se afianza.

Es la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad (2006), donde consolida la discriminación por causa de discapacidad, siendo esta una norma concebida para promover y proteger los derechos y dignidad de las personas con discapacidad.

[3] <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>

# CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

## Género

Respecto de lo que a género se refiere, en 1972 la Asamblea de la ONU, declara el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer, este da paso a la I Conferencia Mundial sobre la Mujer (Ciudad de México). La Asamblea de la ONU declara, por petición de la Conferencia, que el decenio 1976-1986 sea el Decenio para la Mujer. Dentro de este Decenio se aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).

Esta tiene como características principales:

- Se hace una definición extensa de discriminación contra la mujer en el art 1: *“A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.*
- Se proclama la posibilidad y legalidad de las medidas de acción positiva, como herramienta para acabar con las desigualdades.
- Se crea un Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
- Se conserva la legislación proteccionista. Hemos de aclarar que solo se mantiene en lo referente a las condiciones de trabajo y con obligación de reexaminar según evolucione de estas condiciones.
- La protección de la maternidad no se considera discriminación.

# CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

## Orientación Sexual

Respecto a la normativa internacional, tenemos que hacer mención a que no existe legislación vinculante en el marco de Naciones Unidas acerca de estas causas de discriminación. Existen los denominados, principios de Yogyakarta, que son en realidad, una declaración de derechos informal.

## 3 Normativa europea

### INTRODUCCIÓN, CONSEJO DE EUROPA Y UNIÓN EUROPEA

A la hora de estudiar la normativa de ámbito europeo, tenemos que tener en cuenta que existen dos instituciones generadoras de normas relativas a derechos humanos en el entorno regional europeo y que por tanto su ámbito de aplicación, así como los aspectos protegidos pueden variar de una a otra.

Por un lado, el Consejo de Europa, se define como *“una organización internacional que no forma parte de las instituciones de la Unión Europea y que se dedica a la educación, la cultura y la defensa de los derechos humanos”* (Comisión Europea, s.f.)

Se creó en 1949, tan solo un año después de la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que muestra por parte de Europa un especial interés en crear herramientas que permitieran una legislación sólida, no solo a nivel internacional, sino también regional en lo que a la regulación y garantía de los derechos humanos se refiere.

El desarrollo normativo de la Unión Europea, sin embargo, seguía otros derroteros y en los tratados originales de las Comunidades Europeas no se incluía mención a los derechos humanos. La introducción de los principios de igualdad se fue produciendo en el derecho comunitario a través de la jurisprudencia.



## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

dencia consolidada del TJUE, que se planteaban casos en los que era la propia normativa comunitaria la que podría estar violando los derechos humanos.

### NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA

El instrumento normativo primero que se promulgó en relación a los derechos humanos fue el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta herramienta, a diferencia de la DUDH si es jurídicamente vinculante, por lo que supone para los Estados que lo ratifican una obligatoriedad de asegurar los derechos humanos que en el se contemplan a todas las personas que se hayan bajo su jurisdicción (Art 1), y no solo sus ciudadanos, ampliando así el ámbito de aplicación.

Pese a que todo su articulado es una enumeración de derechos humanos como: el derecho a la vida (Art 2), derecho al respeto a la vida privada y familiar (Art 8) o la libertad de expresión (Art 10); es en el Art 14 del CEDH donde se regula la prohibición de discriminación.

Este Convenio tiene varios Protocolos que lo desarrollan, es el Protocolo nº 12 el que dota de una mayor amplitud a la no discriminación en el contexto europeo.

Así en su Art 1 señala que: “1. *El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna...*”, para seguir con un punto 2 de especial significación en lo que a la garantía de no discriminación se refiere: 2. “*Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1*”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es el órgano encargado de la vigilancia y el enjuiciamiento de las violaciones de los derechos humanos en el marco de la aplicación del CEDH.

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

marco de la aplicación del CEDH.

Por tanto, el TEDH no es una institución de la Unión Europea, sino que es un órgano judicial paralelo creado en virtud del Convenio dedicado en exclusiva a la materia de derechos humanos, en relación con este y sus Protocolos, por tanto, capaz de enjuiciar las violaciones que los Estados firmantes cometen respecto de cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

Este Tribunal al hacer una aplicación del Art 14 (Prohibición de discriminación), ha concluido una interpretación extensa de los derechos que en el Convenio se reconocen. Así se reconoce competencia para conocer de aquellas cuestiones derivadas del art 14 en relación con un derecho sustantivo, aunque no se produzca una vulneración del propio derecho; por otro lado, se incluyen las reclamaciones por discriminación si el asunto está relacionado con cuestiones protegidas en el Convenio, aunque no este reconocido de manera concreta [4].

### NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

En la legislación de la Unión Europea también se protege el principio de igualdad y o discriminación. Sin embargo, habrá que esperar hasta el año 2000 para observar una verdadera implicación con la aprobación de dos Directivas primordiales en el ámbito europeo en lo que a la no discriminación se refiere.

En El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se contemplan algunos atisbos regulación, sin embargo, no son concluyentes en cuanto que a una redacción clara que ponga de manifiesto las claras intenciones de la lucha contra la discriminación por parte de la Unión Europea como institución internacional y sus Estados miembros.

Ejemplo de ello es el art 10 cuando se pronuncia: “*En la definición y ejecución de*

[4] (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, 2019)

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

*sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, o el art 18: “En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad...”, desplazando la responsabilidad de prohibición de la no discriminación a los posteriores Tratados que se pudieran aprobar.*

Las dos Directivas a las que más arriba nos referíamos son: la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (2000/78/CE), la Directiva del Consejo 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

La protección en las Directivas tiene diferente repercusión dependiendo de los colectivos a los que se dirija. Esto es, cuando hablamos de la discriminación por raza y origen étnico, la protección engloba el acceso al empleo, el sistema de bienestar y los bienes y servicios; sin embargo, la discriminación por orientación sexual, discapacidad, religión... tan solo protegen el acceso al mercado laboral.

### **4** **Ámbito nacional**

En el ámbito nacional el reconocimiento de los derechos fundamentales, entre ellos el principio de igualdad, parejos a las declaraciones de Derechos Humanos, no llegaron hasta la Constitución de 1978.

En algunos países de Europa como Italia, cuya constitución entro en vigor en 1948 se reconoce la igualdad en su art 3, o en la Ley Fundamental de al República Federal Alemana de 1949 (solo de aplicación a la Alemania Occidental

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

hasta la reunificación) también reconocen derechos fundamentales como la dignidad humana o la igualdad.

### CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución Española es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y en ella se establecen los principios y bases que informarán todo el resto de las disposiciones y preceptos que conforman el conjunto normativo.

Así, ya en el artículo 1 de la CE, se propugna la igualdad como valor superior del ordenamiento.

Es en el art 14 donde la Constitución desarrolla el principio de igualdad y no discriminación, en tanto en cuanto establece que: *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*

Sin embargo, este principio de igualdad es lo que se conoce como igualdad formal, es decir, reconoce la igualdad ante la ley, y ha de asegurar que en cada norma que se dicta en cualquiera de los terrenos, ha de cristalizarse este principio.

Si bien este Art 14 referido a la igualdad formal es el más conocido respecto de la CE, no es el único que hace referencia a este hecho en la norma suprema. Ahora, tenemos que atender a lo que se denomina igualdad material, para trasladar la vista hasta el art 9.2.

Según este: *“9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cul-*

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

*tural y social*". El espíritu de este artículo no es otro que impulsar a los poderes públicos a garantizar esta igualdad que se propugna como principio fundamental de la Constitución, de tal manera que, se convierte en jurídicamente vinculante y se transforma en mandato.

### NORMATIVA ESPECÍFICA

#### **Igualdad de género**

La primera Ley con una visión más de género no aparece hasta la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Seguidamente en 2003 se promulga la Ley 30/2003 sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las normas.

La norma más importante en cuanto a la igualdad de género, es la Ley 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, es una ley transversal, puesto que en su articulado se trata la importancia de la integración de la igualdad de género en diferentes aspectos, como puede ser el empleo, la cultura o el desarrollo rural.

Una de las características principales de la LOIEMH es que además de propugnar la igualdad como valor básico y elemental, se articuló como un derecho en sí mismo cuando en el artículo 1 establece que: *"Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres..."*.

Otra de las características, es que pese a tener su base en la normativa europea, esta ley en su articulado, hace una mejora de los conceptos y contenidos que se habían extrapolado de estas normas.

El art 15, bajo la nomenclatura: Transversalidad del principio de igualdad de trato

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

entre mujeres y hombres, propugna la intervención de todos los poderes públicos en la aplicación de este derecho, así como que las Administraciones lo incorporarán en la adopción y ejecución de sus disposiciones.

### **Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.**

Esta Ley toma como base los textos legislativos que ya existían en la materia, para hacer una labor de armonización de la normativa y modernización de los conceptos y de su aplicación a causa de la evolución de la sociedad en torno a las personas con discapacidad.

Como punto de partida podemos tomar el Art 3 de la Ley, que articula los principios sobre los cuales se construye el articulado de la misma, entre otros propugna: El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, la no discriminación. el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana o la igualdad de oportunidades.

### **Discriminación por origen racial o étnico y discriminación por religión y convicciones**

En España, a través de la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su Capítulo III, Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato; se transponen a nuestro derecho las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, antes estudiadas.

También, se crea un marco para luchar contra la discriminación racial y étnica en todos los ámbitos. Sin embargo, sorprende, que un cuadro normativo tan importante, como es la transposición de las dos Directivas europeas más seña-

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

ladas en este ámbito, no goce de una legislación separada, a efectos de garantizar a las víctimas de vulneraciones del derecho a la no discriminación por origen étnico o racial, una seguridad jurídica mayor.

En cuanto a la discriminación por religión, en la norma interna se rige por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, siendo un derecho amparado en la propia Constitución Española, por lo tanto, un Derecho Fundamental con especial protección. (Art 16 CE).

Es la propia LOLR, en su artículo tercero, quien indica el límite al ejercicio de tal derecho, siendo este: “... *único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*”.

No cabe duda que es un concepto ambiguo y que los tribunales han tenido que pronunciarse en multitud de ocasiones, haciendo una ponderación en los derechos de ambas partes. Normalmente el derecho a libertad religiosa colisiona con otro derecho o libertad, que puede ser también fundamental y por ello habrá que aplicar “el juicio de proporcionalidad” entre ambos para poder dirimir cual derecho se habrá de limitar con relación al otro.

Un ejemplo claro es el choque entre la libertad de expresión y el sentimiento religioso, al tratarse ambos de dos Derechos Fundamentales amparados por la Constitución, por lo tanto, con idénticas garantías, habrá que realizar la debida ponderación de derechos para determinar cual habrá de limitarse en favor del otro.

### **Delitos de odio**

En el Derecho de la Unión establece un mandato por el cual los delitos de odio requieren de una respuesta penal. Sin embargo, en las Directivas no se obliga a los

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Estados a sancionar mediante el derecho penal los actos de discriminación [5].

A través de la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

Según esta Decisión: *“Por lo que se refiere al discurso de odio, los Estados miembros deben garantizar la punibilidad de las conductas intencionadas siguientes, cuando estén dirigidas contra un grupo de personas, o un miembro de tal grupo, definido en función de su raza, color, religión, ascendencia u origen nacional o étnico:*

- *la incitación pública a la violencia o al odio, incluida la difusión pública o distribución de escritos, imágenes u otros materiales,*
  - *la apología pública, la negación o la trivialización flagrante*
  - *...*
- cuando la conducta se lleve a cabo de una manera que pueda incitar a la violencia o al odio contra tales grupos o uno o varios de sus miembros”*

En el marco del CEDH, los Estados están en la obligación de proteger a las personas contra la violencia y existe una obligación de luchar contra los delitos motivados por el racismo, xenofobia, orientación sexual...

¿Cómo se regula el delito de odio en la normativa nacional?

La OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.) en 2003 propuso la siguiente definición: "(A) *Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B; (B) Un grupo debe estar basado en una característica común de sus miembros, como los definidos en la parte B; (B) Un grupo debe estar basado en una característica común de sus miembros*



## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

*bros, como su raza real o perceptiva, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar."*

Sin embargo, este punto de partida en el derecho penal interno no nos es del todo válido, esto se deriva de la introducción en la reforma del Código Penal del año 2015 del artículo 510, en el que se regula un delito de odio "autónomo".

*En el se tipifican aquellas conductas que "fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad..."*

Es decir, se regulan como delito de odio la promoción de la violencia y la hostilidad hacia determinados grupos; la negación o enaltecimiento de delitos de genocidio o a sus autores; o la producción o distribución de material para fomentar el odio.

Las penas que se contemplan para estos delitos son prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, tendrán penas menores (prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses) aquellos que con sus acciones pretendan lesionar la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos.

¿Y qué sucede cuando se comete una agresión u acto violento por la pertenencia a un grupo de la víctima?

En estos casos no existe un delito separado que castigue estos hechos por ha-

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

berlos cometido en estas circunstancias especiales de elección de la víctima por pertenecer a un grupo concreto, por darse motivos racistas, u otros relativos a la ideología, origen, sexo o cualquier otra cualidad que pueda identificar, de manera real o no, con un colectivo.

La forma que tiene el derecho de aplicar un mayor grado de importancia a estos delitos sobre otros hechos violentos no relacionados con causas de discriminación, es a través de la introducción una circunstancia agravante que expresamente lo especifica en los siguientes términos: *“Artículo 22. Son circunstancias agravantes: 4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad...”*

### ESTATUTOS DE AUTONOMIA

Los Estatutos de Autonomía son la norma básica que regula la institución y competencias de las Comunidades Autónomas. Una vez que se elaboran se pasan a las Cortes Generales para que se aprueben mediante Ley Orgánica.

En los Estatutos de las Comunidades Autónomas se recoge en su articulado el precepto constitucional del art 9.2, dando traslado así, al ámbito de sus competencias a la promoción y garantía de la igualdad material.

Ejemplo de ello es el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, cuando en su Artículo 7, propugna que: *“4. Corresponde a los poderes públicos de la Comunidad de Madrid, en el ámbito de su competencia, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Hay algunos Estatutos que entre sus principios rectores no solo se limitan a contemplar la cláusula constitucional, sino que hacen un esfuerzo por ir un paso más allá en la garantía del derecho a la igualdad y no discriminación. Así podemos nombrar:

### Estatuto de Autonomía de Extremadura

Artículo 7. Principios rectores de los poderes públicos extremeños. Los poderes públicos regionales:

11. Asumen como una aspiración esencial la más estricta garantía de los derechos a la salud, a la educación y a la protección pública en caso de dependencia

17. La integración de los inmigrantes que viven en Extremadura es un objetivo común de las políticas públicas regionales y que estará orientado por los principios del mutuo conocimiento, el respeto por las diferencias, la igualdad de derechos y deberes, en el marco de los principios y valores constitucionales.

### Estatuto de Autonomía de Aragón

Artículo 16. Derechos en relación con los servicios públicos.

1. Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a unos servicios públicos de calidad.

## 5 Carga de la prueba

Cuando tratamos de derecho antidiscriminatorio tenemos que tener en cuenta que el sistema probatorio que conocemos, es decir, que la persona que ve vulnerado su derecho ha de probar que así ha sido, cambia.

Este reparto de la carga de la prueba se da tanto en el derecho nacional como en el comunitario. Su razón de ser no es otra que compensar la dificultad de probar que así ha sido, cambia.

## **CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN**

Este reparto de la carga de la prueba se da tanto en el derecho nacional como en el comunitario. Su razón de ser no es otra que compensar la dificultad de probar que el trato diferenciado se ha debido a un motivo protegido por la legislación.

Según la legislación europea si se puede convencer al tribunal de la existencia de unos hechos en lo que exista discriminación y la única explicación para esta es la particularidad protegida por el ordenamiento, entonces opera el reparto de la carga de la prueba.

De ser así corresponde a la otra parte probar la inexistencia de discriminación.

Existen determinados factores por los que no se requiere demostración:

- No habrá que demostrar que el autor actúa movido por concepciones racistas o sexistas, en los casos de discriminación por raza o sexo.
- No hay que demostrar que el hecho ha tenido propósito de discriminar, es suficiente que haya producido como efecto un obstáculo para un colectivo.
- No es necesario que exista efectivamente una víctima identificable (TJUE), el caso se refería a discriminación racial, sin embargo, se entiende extrapolable a otras causas de discriminación.

En el derecho interno el reparto de la carga de la prueba opera de manera similar al derecho comunitario. Tenemos que tener en cuenta que este principio no opera en los procesos penales.

Existe una flexibilización, esto no quiere decir que se invierta, y sea la persona demandada el que ha de probar en contrario que la conducta no ha sido discriminatoria, sino que la parte actora habrá de proporcionar indicios y la parte demandada habrá de probar que su conducta no tuvo como causa la vulneración de los derechos fundamentales o el derecho a la no discriminación.

## CUADERNO 1. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Es, a este respecto importante la STC 29/2002 [6], donde el TC explica de qué trata la flexibilización de la carga de la prueba en los siguientes términos:

1ª. *“El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1996 ... ), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido*

2ª. *“Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto ... sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios ... se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.”*

En resumen, la víctima de lesión del derecho a la igualdad u otro derecho fundamental habrá de presentar indicio razonable de que el acto lesiona su derecho fundamental. Mientras que la parte demandada tendrá que probar que actuó con una causa diferente a la vulneración del derecho.

[6] <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4565>

PROGRAMA DE GESTIÓN Y ATENCIÓN A LA DIVERSIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

