



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 61_xaneiro-xuño 2021 | pp. 43-73
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 baixo licenza 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

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

61 Regap

Regap



ESTUDIOS

FERNANDO REY MARTÍNEZ
Catedrático de Dereito Constitucional
Universidade 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 concluye, 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 do dereito da Unión Europea para resolver un problema que non estiman xeralmente as autoridades españolas como tal: a discriminación racial. 2 A perfunctoria trazabilidade do Consello. 3 A primeira fase de configuración europea do organismo de igualdade (2000-2018). 4 A segunda fase (2018-) e o seu contraste coa Proposición de Lei integral. 4.1 A Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018. 4.2 O Informe da Comisión que avalía a aplicación da Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018, do 19 de marzo de 2021. 4.3 Contraste do marco europeo coa regulación prevista na Proposición de Lei integral para a igualdade de trato e a non discriminación tras a súa toma en consideración polo Pleno do Congreso o 23 de febreiro de 2021. 5 Tese conclusiva: a conveniencia de atribuír as funcións do organismo para a igualdade ao Defensor do Pobo estatal e os seus equivalentes autonómicos.

1 Introducción. Un órgano creado por exigencia do dereito da Unión Europea para resolver un problema que non estiman xeralmente as autoridades españolas como tal: a discriminación racial

Na densamente poboada galaxia española de institucións e organismos públicos, vaga sen rumbo un órgano estatal pouco coñecido: o Consello para a Eliminación da Discriminación Racial ou Étnica (en diante, CEDRE), creado polo Real decreto 1262/2007, do 21 de setembro¹, que, ata onde alcanzo, tampouco mereceu ata o momento nin unha soa liña de análise doutrinal específica propiamente xurídica². A escasa operatividade real deste órgano contrasta de maneira chamativa coa relevancia política e social que, pola contra, debora ter en xeral e no noso país en particular a cuestión da loita contra a discriminación racial.

Encóntrase na actualidade en trámite parlamentario un intento de reforma deste órgano, de incerto prognóstico, pero, en calquera caso, paga a pena reflexionar sobre os trazos que, en xeral, deberan orientar tal modificación ou outras posteriores, por suposto á luz do dereito da Unión Europea, que é o ámbito de onde procede a súa creación en realidade.

Neste artigo mostrarei en primeiro lugar a trazabilidade do CEDRE, isto é, a súa xénese europea e a deficiente e preguiceira incorporación ao noso dereito interno. O noso lexislador, máis que “traspor” a directiva correspondente, máis ben quedou “trasposto” (segundo o Dicionario da RAE: “quedar lixeiramente durmido”), aínda que non de modo lixeiro precisamente, como teremos oportunidade de comprobar. En segundo lugar, citarei en estrados a interpretación que desde a Unión Europea se vén realizando deste tipo de organismos de igualdade para demostrar o sorprendente contraste coa súa real configuración entre nós. E, por último, extraerei da argumentación anterior as leccións máis importantes a ter en conta para unha cabal regulación do organismo de igualdade. Concluirei, por último, que o modelo de organismo que planea a proposición actualmente en debate cumpre coas exigencias europeas, pero dunha forma que xulgo excesivamente básica ou mínima, e que a mellor fórmula de adaptación entre nós estaría na creación dun órgano *ad hoc* dentro da institución da Defensoría do Pobo e as súas figuras autonómicas equivalentes.

Pero antes de pasar a analizar os elementos aludidos cómpre expor, de xeito propedéutico, o contexto que explica, ao meu xuízo, o pobre proceso de transposición

¹ Cun nome inicial, por certo, non só confuso, “Consello para a promoción da igualdade de trato e non discriminación das persoas pola orixe racial ou étnica”, senón tamén discutible porque si existe “orixe” étnica, pero non hai “orixe” racial, dado que bioloxicamente non hai razas humanas, só hai unha, aínda que si exista discriminación racial na medida en que o racismo é a suma de tres graves erros concatenados: asumir que si hai razas, considerar que unhas son superiores a outras e, finalmente, a maior equivocación: incluír o racista por definición na raza superior. Evidentemente, se houberse razas e se puidesen xerarquizar, ao racista corresponderíalle a raza intelectual e moral inferior.

² Desde a socioloxía, é interesante o recente artigo de SEBASTIANI, L., “Investigando los límites de la lucha legal contra el racismo: O marco español de antidiscriminación por origen racial o étnico”, *Oriati Socio-legal series*, n. 11(3), 2021. DOI 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1183 (19 de abril de 2021).

da normativa europea neste eido. En efecto, por que en España, a diferenza de na maioría dos países europeos, non se creou o organismo de igualdade cos claros perfís que exige a Unión, senón dun xeito aparente máis que real, como unha sorte de “trampantollo” burocrático? A resposta, ao meu xuízo, é sinxela³: porque no noso país o problema da discriminación racial nin está nin se lle espera na axenda social nin na política. Hai racismo en España? Si, pero apenas se percibe como tal; a miúdo, nin sequera polas vítimas. En xeral, cando se fala de racismo entre nós, a asociación espontánea de ideas remite inmediatamente a Luther King, a Mandela ou ao *Black Lives Matter*, é dicir, ao estranxeiro. É imposible solucionar un problema cuxa existencia se nega. E que, ademais, se ignora oceanicamente, posto que seguimos sen dispor de estatísticas oficiais periódicas que permitan iluminar o problema.

Un bo exemplo de todo isto é a xurisprudencia do noso Tribunal Constitucional, que foi invariablemente ata agora *race-blind*, indiferente ao factor racial. Se algún xurista persa ou de calquera outro país se fixase soamente na dita xurisprudencia para determinar se hai ou non racismo, debería concluír de forma inevitable que o noso país é o Shangri-La da igualdade étnica. Apenas hai sentenzas do Tribunal Constitucional, só tres (en máis de 40 anos de existencia) e as tres desestiman que houbese racismo no caso cunha argumentación moi discutible, como o demostra que dúas delas fosen recorridas con éxito en sede internacional e a terceira vai xa en camiño.

O primeiro caso foi o asunto Williams, resolto pola STC 13/2001, que desestima o recurso de amparo contra unha actuación policial de requirimento de identificación (na estación de tren de Valladolid) a unha muller tan só por ser negra, por considerar que o dito requirimento non obedeceu nin a unha discriminación patente nin a unha encuberta (a pesar de que só a ela, de entre todos os pasaxeiros que descenderon do tren, se lle exixiu). Esta decisión foi declarada polo Comité de Dereitos Humanos (Comunicación n. 1493/2006), do 27 de xullo de 2009, contraria ao artigo 26, lido conxuntamente co artigo 2.3 do Pacto de Dereitos Cívís e Políticos das Nacións Unidas⁴.

A segunda sentenza sobre discriminación racial é a STC 69/2007, que foi impugnada ante o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos e resolta por este, o 8 de decembro de 2009, asunto María Luisa Muñoz v. España, nun sentido diametralmente contrario ao do tribunal español. O tribunal europeo decide a favor dunha muller xitana española á que as autoridades nacionais lle denegaran unha pensión de viuvez por non contraer matrimonio segundo a forma legal válida no ano 1971 (rito católico), senón de acordo coas tradicións da comunidade xitana. Concretamente, a sentenza

³ Intentei ofrecer unha resposta máis completa no libro: *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019, sobre todo nas pp. 233-272.

⁴ O Comité non impide efectuar controis de identidade xenéricos co fin de protexer a seguridade cidadá ou para controlar a inmigración ilegal, senón que tales controis se realicen coas características étnicas como o único indicio da súa posible situación irregular no país, que é precisamente o que sucedeu no caso en exame. A xuízo do Comité, «a responsabilidade do Estado está claramente comprometida (...) O Comité non pode senón concluír que a autora foi individualizada para o dito control de identidade unicamente por razón das súas características raciais e que estas constituíron o elemento determinante para sospeitar dela unha conduta ilegal». O Estado español está obrigado a proporcionarlle á Sra. Williams un recurso efectivo, incluídas as desculpas públicas, ademais de adoptar medidas para evitar que os seus funcionarios incorran no futuro nun caso como este.

considera que se produciu unha violación da prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) en combinación co dereito ao respecto dos bens do artigo 1 do protocolo adicional primeiro⁵.

O Tribunal Constitucional español volveu a enrocarse no seu enfoque *race-blind* na recente Sentenza 9/2021, ao declarar, resolvendo un caso semellante (pero non idéntico) ao anterior, que a denegación dunha pensión de viuvez a unha muller casada polo rito xitano non supón discriminación étnico-racial ningunha. Esa muller, Joaquina Cortés, convivira coa súa parella polo menos quince anos e tiñan cinco fillos en común. Non consta inscrición da unión como parella de feito (o cal lle tería dado dereito á pensión de viuvez) e os fillos aparecen inscritos no libro de familia como de pais solteiros. Segundo o Tribunal Constitucional, a unión tradicional xitana non foi recoñecida polo lexislador como unha forma válida para contraer matrimonio con efectos de validez civil, nin tampouco se formalizou a situación de parella de feito, polo que non existe discriminación directa étnica. O tribunal distingue este caso do resolto por el mediante a STC 69/2007 e polo tribunal europeo o 8 de decembro de 2009⁶.

Certamente, a demandante non estaba civilmente casada nin tivo unha situación de parella de feito que lle permitise acceder de forma legal á pensión de viuvez. Por iso, comparto a tese do tribunal de que non se produce aquí unha discriminación directa. A miña discrepancia radica en que a sentenza nega que se produza unha discriminación étnica indirecta ou de impacto. O tribunal segue sen manexar correctamente, na miña opinión, as categorías do dereito antidiscriminatorio. Comeza, no fundamento xurídico quinto, negando a “discriminación por indiferenciación” neste asunto,

⁵ Da sentenza europea comparto máis a decisión que a argumentación, porque o tribunal europeo estima que a denegación da pensión de viuvez é unha diferenza discriminatoria, xa que supón un trato distinto respecto doutras situacións que deben ser tidas como equivalentes no que concirne para os efectos da boa fe matrimonial, como son a existencia de boa fe nos matrimonios nulos (art. 174 LGSS) ou o precedente da Sentenza do Tribunal Constitucional 199/2004, en que o tribunal si entendeu que existía o dereito á pensión de viuvez no caso dun matrimonio celebrado conforme as disposicións legais (polo rito matrimonial católico), pero non inscrito no Rexistro Civil por motivos de conciencia. Aquí está o punto. As autoridades españolas terían tratado a María Luisa Muñoz de maneira distinta a outras situacións comparables á súa de boa fe matrimonial. Segundo o tribunal, a boa fe da demandante respecto da validez do seu matrimonio contraído segundo a tradición xitana próbase no feito de que as autoridades españolas foron recoñecendo en diversos documentos a validez, ou a aparencia de validez polo menos, dese matrimonio: o libro de familia, o título de familia numerosa, a cartilla da Seguridade Social, documentos oficiais todos eles.

En definitiva, e malia as aparencias, o Tribunal de Estrasburgo argumenta en realidade desde a cláusula xeral de igualdade de trato e non desde a prohibición específica de discriminación racial/étnica. Dadas as circunstancias tan peculiares que concurrían no asunto, non lle fai falta ir máis alá para concluír do xeito en que o fai. Nese sentido, a resolución é razoable. Pero a interpretación elixida limita enormemente as posibilidades futuras de aplicación da súa argumentación, como se proba, precisamente, na STC 9/2021 posterior. Ao meu xuízo, o conflito formulaba interesantes posibilidades de interpretación a partir das categorías do dereito antidiscriminatorio. En concreto, á pregunta de se a denegación da pensión tería entrañado unha violación do principio de non discriminación fundada sobre a pertenza a unha minoría étnica, a resposta debe ser inequivocamente afirmativa: trátase, ao meu xuízo, dunha discriminación racial indirecta ou de impacto e dunha discriminación múltiple (etnia e xénero).

⁶ No asunto anterior, a lexislación da Seguridade Social exixía, para acceder á pensión de viuvez, vínculo matrimonial (o cal non acontece neste caso porque unha reforma da dita lexislación, mediante a Lei 40/2007, estendeu no art. 174 LXSS ese dereito ás parellas de feito que, entre outras cousas, formalicen oficialmente a súa relación); ademais, a demandante do primeiro asunto estaba convencida de boa fe da realidade do seu matrimonio xa que diversos documentos oficiais declaraban a súa condición de esposa do falecido (libro de familia numerosa, texto de cotización á Seguridade Social do marido no que constaba como a súa muller). De modo que o tribunal europeo acolleu a queixa da demandante a partir destas condicións, non porque considerase que se tivese producido discriminación étnica ningunha. O tribunal europeo concluíu tamén que o feito de que as unións xitanas non produzan efectos civís nun ordenamento nacional non constitúe unha discriminación prohibida polo Convenio de Roma. Concorro con esta tese, pero non con que o Tribunal Constitucional non apreciase no seu momento unha situación de discriminación indirecta e múltiple.

pero conéctaa á discriminación “directa” cando aquela ten que ver, en realidade, coa discriminación indirecta. Máis tarde, exclúe a concorrencia da discriminación indirecta porque “non se advirte un prexuízo reflexo, mediato ou indirecto, que revele que as disposicións controvertidas produzan efectos desfavorables para os membros da etnia xitana respecto doutros colectivos que, polas razóns que en cada caso concorran (...) opten pola non formalización do seu vínculo”; porque non hai factor étnico en presenza ante unha norma neutra en canto á etnia; e porque non hai datos que permitan acreditar este impacto desfavorable cara á minoría étnica.

De novo, un enfoque *race-blind*, indiferente ao factor étnico. Como non se advirte o prexuízo normativo se a outra muller xitana, con familia numerosa, ademais, con recursos económicos e formativos limitados, se lle priva do acceso a unha pensión de viuvez? Como non tomar nota de que ese prexuízo responde a unha resolución sistemática e non episódica, como o proba que en toda a historia do Tribunal Constitucional só houbese dúas sentenzas de discriminación étnica e as dúas tiveron que ver con este mesmo asunto, que, por certo, tamén foi obxecto de axuízamento polo Tribunal Europeo de Dereitos Humanos? Como non constatar que a falta de datos deriva da inexistencia de estatísticas oficiais e da mesma protección de datos sensibles como os étnicos? De novo estamos en presenza, ao meu xuízo, dun caso de discriminación racial indirecta ou de impacto e, ao mesmo tempo, dunha discriminación múltiple⁷.

En todo caso, retomando o fío da nosa exposición, parece razoable pensar que as insuficiencias e deficiencias do modelo español de loita institucional contra a discriminación racial proveñen, tal e como intentei mostrar coa xurisprudencia do Tribunal Constitucional, dun contexto onde esa forma de discriminación non se percibe, en xeral, como un problema entre nós.

2 A perfunctoria trazabilidade do Consello

O punto de partida inmediato⁸ é o artigo 13 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europea (actual art. 19 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea), que

⁷ No seu interesante voto discrepante (aínda que utiliza un enfoque da poboación xitana como unha “minoría nacional”, o cal, ao meu xuízo, enturba máis que aclara o asunto: basta, creo, a causal de discriminación étnico/racial), Xiol Ríos avoga por recoñecer as singularidades culturais da minoría xitana, tamén no ámbito das normas de protección e seguridade social e conclúe que, mesmo sen descartar que tamén neste caso se debera ter valorado a boa fe da demandante, si houbo unha discriminación indirecta. Habería efectos desfavorables para o colectivo xitano e mesmo achega algunhas estatísticas neste sentido (habería un 28% de unións conforme o rito xitano). Exixir á comunidade xitana a formalización da parella de feito para acceder á pensión de viuvez non é neutral, senón que suporía “un prexuízo cuantitativo derivado da imposición dun requisito adicional” ao rito tradicional. Hai que ter en conta a alta taxa de desemprego da comunidade xitana, que fai difícil o cumprimento dos requisitos temporais de cotización para lucrar a pensión de viuvez, de xeito que o sistema vixente supón tamén un prexuízo cualitativo relevante en relación coa poboación xeral”. Tamén observa Xiol que se produce unha discriminación interseccional de xénero e etnia. O rito xitano debería servir como proba da existencia da parella de feito. Evidentemente, o lexislador podería modificar a norma neste sentido. Pero o feito de que a sentenza do tribunal fose desestimatoria non permite augurar este cambio. Por iso a Sala tería, ao meu xuízo, que ter formulado ante o Pleno unha autocuestión de inconstitucionalidade da lexislación da Seguridade Social. A boa noticia será que, probablemente, o asunto chegará a Estrasburgo de novo e o tribunal europeo quizais ademais de amparar a señora Cortés, aprecie a existencia dunha discriminación indirecta e múltiple.

⁸ Son coñecidas as disposicións capitais da Unión Europea en materia de igualdade e non discriminación. (1) O artigo 2 do Tratado da Unión Europea establece que a Unión se fundamenta nos valores de respecto da dignidade humana, liberdade,

permite ao Consello, por unanimidade, por proposta da Comisión e logo de consulta ao Parlamento Europeo, adoptar accións axeitadas para loitar contra a discriminación por motivos de sexo, de orixe racial ou étnica, relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou orientación sexual. Amparándose nesta disposición, o Consello da Unión Europea adoptou a Directiva 2000/43/CE, do 29 de xuño de 2000, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato das persoas independentemente da súa orixe racial ou étnica. Pois ben, o artigo 13 desa directiva dispón que cada “Estado membro designará un ou máis organismos responsables da promoción da igualdade de trato entre todas as persoas sen discriminación por motivo da súa orixe racial ou étnica”. Obsérvase que este precepto establece unha obriga para todos os Estados da Unión: utilízase un imperativo, “designará”.

Previsión idéntica contense no artigo 12 da Directiva 2004/113/CE de igualdade de xénero respecto de bens e servizos, no artigo 20 da Directiva 2006/54/CE de igualdade de xénero no emprego e no artigo 11 da Directiva 2010/41/PE e CE de igualdade de xénero en relación co traballo autónomo; así como na proposta de Directiva do Consello, do 2 de xullo de 2008, sobre a aplicación do principio de igualdade de trato entre as persoas independentemente da súa relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou orientación sexual, e na proposta de Directiva de transparencia salarial adoptada pola Comisión Europea o 4 de marzo de 2021. Deste compacto conxunto de disposicións pode deducirse, polo tanto, que a garantía do organismo de igualdade é un elemento permanente ou sistemático do cadro de garantías europeo no ámbito do dereito antidiscriminatorio e que opera respecto dos seis trazos especialmente protexidos polo dereito comunitario⁹ e non só respecto da discriminación racial: ademais desta, xénero, orientación/identidade sexual, relixión/conviccións, idade e discapacidade. En consecuencia, pode xa deducirse que a transposición española vai incorrer nun pecado orixinal: referirse só á discriminación étnico/racial. Con mellor criterio, a configuración dos organismos de igualdade por parte do resto da “maioría dos países europeos”¹⁰ inclúe os seis trazos mencionados e, en moitos casos, tamén outros.

É a Lei 62/2003, do 30 de decembro, de medidas fiscais e administrativas e da orde do social, a que traspón ao ordenamento español a Directiva 2000/43/CE e a que concreta no seu artigo 33 a “creación do Consello para a Promoción da Igualdade de Trato e Non Discriminación das Persoas pola Orixe Racial ou Étnica”. Que a transposición se

democracia, igualdade, Estado de dereito e respecto dos dereitos humanos, incluídos os dereitos das persoas pertencentes a minorías. Estes valores son comúns aos Estados membros nunha sociedade caracterizada polo pluralismo, a non discriminación, a tolerancia, a xustiza, a solidariedade e a igualdade entre mulleres e homes. (2) O artigo 8 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea establece que a Unión, en todas as súas accións, se fixará o obxectivo de eliminar as desigualdades entre o home e a muller e promover a súa igualdade. (3) O artigo 21 da Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea prohibe a discriminación por calquera motivo, xa sexa sexo, raza, orixe étnica, relixión ou crenzas, discapacidade, idade ou orientación sexual. O artigo 23 da Carta consagra o dereito á igualdade entre homes e mulleres en todos os ámbitos, inclusive en materia de emprego, traballo e retribución. O artigo 26 reconece e respecta o dereito das persoas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garantan a súa autonomía, a súa integración social e profesional e a súa participación na vida da comunidade. Ademais, a igualdade de todos os cidadáns ante a lei está consagrada no artigo 20 da Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea.

⁹ Para unha análise en profundidade, permítaseme a remisión ao texto REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, cit.

¹⁰ Considerando 17 da Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018.

realice no último minuto de prazo e aproveitando a lei orzamentaria era xa toda unha declaración de intencións sobre a nula vontade política de cumprimento da norma europea. O apartado cuarto remite a regulación da composición e funcionamento do Consello a un real decreto de Consello de Ministros “no prazo de tres meses desde a entrada en vigor” da lei.

Inicialmente, o Consello adscríbese, mediante Real decreto 1600/2004, do 2 de xullo, á Dirección Xeral de Integración dos Inmigrantes do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, pero non se desenvolve o seu réxime ata o Real decreto 1262/2007, do 21 de setembro, que pasa a adscribilo á Dirección Xeral contra a Discriminación do Ministerio de Igualdade (art. 1.2).

Así pois, as autoridades do noso país tardaron case sete anos en traspor a normativa europea, converteron en catro anos os tres meses que a Lei 62/2003 dispuxera para regular o Consello e realizaron unha adscrición inicial deste asunto, a loita contra a discriminación étnico/racial, ao campo da inmigración económica masiva tan en auge neses anos. De feito, este foi a orixe do OBERAXE, un órgano que existe e traballa en paralelo ao Consello¹¹. Cinguir a cuestión da discriminación racial á estranxeiría ten algo de sentido porque a xenofobia é unha variedade ou especie do racismo, pero, ao mesmo tempo, é un enfoque incompleto porque non son conceptos totalmente equivalentes na medida en que tamén hai un fenómeno de racismo entre españois (por exemplo, contra os xitanos españois) que, evidentemente, coa primeira configuración institucional, deixábase por completo na penumbra. De novo emerxe aquí a negación, antes aludida, por parte do Estado do problema do racismo como un problema *propio*; parece ser só outro turbio asunto de estranxeiros (xa sexa nos seus respectivos países ou cando conseguen entrar no noso).

En todo caso, mesmo aceptando que o noso debut na regulación da materia non fora precisamente nin rápido nin brillante, alguén podería pensar que iso non tería maior importancia se a regulación que, por fin, o decreto de 2007 establecía fose seria, é dicir, se axustase ao perseguido e ao disposto pola normativa europea. Como calquera lector atento podería imaxinar, isto non foi así, confirmando outra vez a tese aquí mantida da pre-comprensión ideolóxica de negación do racismo no noso país. En efecto, como se indicou, non houbo transposición, senón “*trasposición*”. Vexámolo.

O artigo 13.1 da Directiva de igualdade racial require que os Estados membros designen un ou máis organismos responsables da promoción da igualdade de trato entre todas as persoas sen discriminación por motivo da súa orixe racial ou étnica. Eses organismos poderán formar parte dos servizos responsables a nivel nacional da defensa dos dereitos humanos ou da salvagarda dos dereitos individuais. No seu inciso segundo establece como competencias mínimas dos ditos organismos: prestar asistencia independente ás vítimas de discriminación á hora de tramitar as súas reclamacións por discriminación, realizar estudos independentes sobre a

¹¹ O Observatorio Español do Racismo e a Xenofobia (OBERAXE) tampouco é de ningún xeito independente, senón un órgano administrativo puro e duro. Máis tarde créase o CEDRE cunhas funcións equivalentes, aínda que cunha arquitectura institucional diferente, sen que a unificación e supresión de organismos públicos que se formulase en tempos da crise económica (o famoso Informe CORA) lograrse unificar o OBERAXE e o CEDRE, dun lado, e facelos independentes e conforme o dereito europeo, doutro. En resumo: unha carreira de polos sen cabeza.

discriminación, publicar informes independentes e formular recomendacións sobre calquera cuestión relacionada con esa discriminación. As autoridades da Unión foron concretando, co paso dos anos, o marco institucional que os organismos de igualdade deben ter, pero do artigo 13 xa se deduce, con facilidade, tanto pola alusión á súa posible inclusión dentro doutros órganos estatais de protección dos dereitos como pola propia repetición do adxectivo “independente” en todas e cada unha das tres competencias mínimas que se lle asignan, que os organismos de igualdade deben ser completamente independentes do goberno. Isto, por suposto, supón autonomía administrativa, funcional e orzamentaria.

Un segundo trazo groseiramente evidente que se pode deducir do artigo 13 da directiva é que o organismo de igualdade non é só nin principalmente un órgano de participación, representación, deliberación ou consulta das administracións, senón, por riba de todo, un órgano executivo e de xestión porque, doutro xeito, sería incapaz de cumprir coas funcións que se lle asignan. É un órgano, na súa configuración europea, máis de “facer” que de “falar”.

Pois ben, a regulación que do Consello primeiro fai o artigo 33 da Lei 62/2003 e máis tarde o Decreto 1262/2007 que o desenvolve incumpre radicalmente os dous principios fundamentais. Dun lado, non é independente, senón que está adscrito (aínda que non sexa de modo xerárquico) a un ministerio e non se lle recoñece ningún tipo de autonomía. É significativo que o artigo 33.2 da Lei 62/2003, ao establecer as competencias (asistencia a vítimas, realización de estudos, informes e recomendacións), omita por completo o adxectivo “independente”, que si figura, como se dixo, no artigo 13 da Directiva europea¹².

Doutro lado, configúrase o Consello como un órgano colexiado¹³ de representación das “administracións, estatal, autonómicas e locais, así como das organizacións empresariais e sindicais máis representativas e doutras organizacións que representen intereses relacionados coa orixe racial ou étnica das persoas” (art. 1.1 Decreto 1262/2007¹⁴).

A disimilitude entre o organismo ao que se refire a normativa europea e o organismo efectivamente creado en España é de tal calibre que unha reforma do artigo 1.1 do Decreto 1262/2007 efectuada en 2014 vese na tesitura de ter que afirmar expresamente algo que, en principio, debería ser tan obvio como para evitar o truismo: “Ademais (o Consello), ten a consideración de Organismo de Igualdade, para os efectos do disposto no artigo 13 da Directiva 2000/43/CE do Consello, do 29 de xuño de 2000, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato das persoas independentemente da súa orixe racial ou étnica”. É verdadeiramente sorprendente que

¹² A regulación do Decreto 1262/2007 (art. 3) si o inclúe, aínda que, obviamente, non sexa verdade.

¹³ Un órgano colexiado dos previstos polo apartado 2 do artigo 22 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

¹⁴ O Consello componse (art. 4 Decreto 1262/2007) de presidencia, secretaría, dúas vicepresidencias (unha das entidades empresariais, sindicais ou do terceiro sector e outra o director/a xeral contra a discriminación), seis vogais representando a Administración xeral do Estado (directores xerais de Xustiza, Interior, Educación, Traballo e Inmigración, Sanidade e Política Social e Vivenda), catro vogais en representación das comunidades e cidades autónomas, tres vogais da Administración local, dous das organizacións empresariais e dous das sindicais máis representativas, dez vogais de entidades do terceiro sector especializadas. Unha asemblea de 31 persoas.

as autoridades españolas responsables puidesen evitar en todos estes anos a evidente e máis que merecida sanción por incumprimento da transposición¹⁵.

En realidade, só hai un motivo relevante que explica que isto non acontecese, e é a creación en 2010, no seo do Consello, do Servizo de Asistencia e Orientación a Vítimas de Discriminación Racial ou Étnica, que é quen veu desempeñando desde entón, por certo, de modo altamente eficaz, a función de asistencia a vítimas¹⁶. Foi no seu momento unha solución enxeñosa, pero hai que observar que, finalmente, son as entidades do terceiro sector que compoñen esta rede¹⁷ a través de 87 oficinas de atención ao público, un teléfono gratuito (900203041), o WhatsApp número 628860507 e a propia páxina web (<https://asistenciaavictimasdiscriminacion.org>), e non o Consello, as que realizan tal función e, por certo, dependendo por completo non do Consello, senón do Ministerio de Igualdade, co que contrata periodicamente este servizo¹⁸. De xeito que o Consello podería non existir (como, de feito, ocorreu, sobre todo en diversos períodos), pero o servizo si seguiría asistindo as vítimas. Pódese dicir que o dereito europeo non motivou suficientemente a creación dun consello ao seu estilo, pero, polo menos, permitiu fundar un servizo novo de atención ás vítimas de discriminación racial. Non obstante, algún dos límites observados do seu funcionamento son, segundo SEBASTIANI¹⁹, a falta de coñecemento por parte das potenciais vítimas; a escasa difusión; a escaseza de recursos e de persoal; a imposibilidade de pór sancións (algo, por outra parte, lóxico tratándose de entidades da sociedade civil e non dunha institución pública) e non dispor de lexitimación para litigar en nome (nin tampouco, como cabe supor, á marxe) das vítimas, aínda que no último contrato, de marzo de 2021, se prevé a posibilidade de dedicar recursos para sufragar os gastos dalgúns casos (relevantes) de litigación estratéxica. Algunhas entidades, como a Fundación Secretariado Gitano, xa o viñeran facendo con cargo aos seus propios fondos.

As memorias do servizo, moi coidadas e completas, amosan o labor realizado cada ano²⁰. A última, que abrangue do 1 de xaneiro ao 12 de outubro de 2019, revela

¹⁵ Chegados a este punto, debo confesar que fun presidente deste Consello desde o 4 de xuño de 2013 ao 15 de setembro de 2015 (en realidade, renunciei moito antes). Tras o brillante paso de José Manuel Fresno como primeiro director (promoveu algúns informes sobre a percepción da discriminación realmente interesantes e puxo en marcha a Rede de Asistencia a Vítimas), sucedino coa esperanza de poder converter este Consello no órgano debuxado pola normativa europea. Fracasei por completo e por iso renunciei: non quixen participar en tan grave estafa do dereito comunitario. Os membros técnicos da Dirección contra a Discriminación tamén fixeron todo o posible para mellorar o estado de cousas, en particular o subdirector naquel momento Ignacio Sola Barleycorn, pero os secretarios de Estado e a ministra bloquearon calquera intento de reforma. Nin coñecían do asunto, nin lles preocupaba o máis mínimo. De 2014 a 2019 o CEDRE careceu de presidente.

¹⁶ Entre 2013 e 2019, o servizo atendeu 4.022 vítimas e realizou 1.777 accións de información e sensibilización.

¹⁷ Asociación Comisión Católica Española de Migración (ACCEM); Asociación Rumiñahui Hispano Ecuatoriana; Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR); Fundación CEPAIM; Cruz Vermella Española; Movemento contra a Intolerancia; Movemento pola Paz, o Desarme e a Liberdade; Rede Acolle e a Fundación Secretariado Gitano, que é a que asumiu a coordinación desde o principio. Unión Romaní forma parte do Consello como vogal, pero non do servizo.

¹⁸ O BOE do 1 de abril de 2020 publica o anuncio da formalización do contrato que vén suceder aos anteriores para dous anos, por valor de 839.268 euros. O licitador principal é a Fundación Secretariado Gitano e o resto de entidades figuran como subcontratadas.

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

²⁰ Disponibles na páxina web do Servizo: <https://asistenciaavictimasdiscriminacion.org>.

datos moi interesantes²¹. Tras a denuncia da posible conduta discriminatoria, investíase o asunto (contactando co axente discriminador; con probas estatísticas ou *testing*; documentalmente ou con testemuñas) e, se se deduce que hai indicios claros de discriminación racial, o servizo negocia co axente discriminador, ou media, ou axúdalle á vítima a presentar unha queixa ante o organismo público axeitado (por exemplo, as oficinas de consumidores e usuarios se a conduta se produciu no ámbito da prestación de servizos), a miúdo ante o Defensor do Pobo, ou, tamén a presentar unha reclamación e mesmo a denunciar o caso ante a Fiscalía, a policía ou a autoridade xudicial. A todo isto, únese a nova posibilidade para o servizo de presentar, con cargo á prestación contractual e sempre coa autorización da vítima, algúns litixios estratéxicos (é dicir, asuntos de relevancia social e, se se ten éxito, con capacidade para influír sobre posibles cambios normativos, xudiciais ou de políticas públicas).

Así como o Servizo de Asistencia a Vítimas veu cumprindo, aínda que con límites, a función de asistencia a vítimas que exige o marco europeo, o CEDRE é, non obstante, un órgano sen persoal adscrito, sen orzamento²², sen proxecto nin estrutura, sen visibilidade nin impacto ningún e sen apenas actividade. Basta ver a información da súa páxina web (www.igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es). Entre as “novidades”²³, figuran: unha recomendación de 2019 para “Evitar o uso de discursos discriminatorios, racistas ou xenófobos nas campañas electorais” e outra do 14 de abril de 2020 para “Evitar actitudes e discursos discriminatorios no actual contexto de crise sanitaria COVID-19” (dúas recomendacións en seis anos); e, da actual lexislatura, o primeiro Pleno do Consello (21 de maio de 2020), o nomeamento do actual presidente o 13 de outubro de 2020 e a celebración dun segundo Pleno o 26 de outubro de 2020 (dos que, por certo, non se traslada información ningunha). Na parte dedicada ao servizo hai algúns outros informes e documentos, entre eles un interesante sobre a percepción da discriminación por orixe racial ou étnica por parte das súas potenciais vítimas en 2020²⁴, pero pouco máis. En calquera caso, lonxe do estándar europeo nesta materia.

O quinto informe de seguimento do noso país da Comisión Europea contra o racismo e a intolerancia do Consello de Europa (en adiante, ECRI) literalmente afirma²⁵: “España carece dun organismo independente de promoción da igualdade capaz de introducir un cambio social real e de lograr unha maior igualdade”. O informe móstrase especialmente duro coa configuración en España dese organismo e recomenda

²¹ Acceso web: <https://asistenciaavictimasdiscriminacion.org> (20 de abril de 2021). Nese período atendéronse 588 casos, 378 individuais e 210 colectivos. Perfil maioritario das vítimas: menores de 45 anos (72%), mulleres (59%), xitanos (41%; 24% latinos e 14% magrebís), a discriminación produciuse na esfera privada (62%).

²² A disposición adicional terceira do Real decreto 1262/2007 prevé que o Ministerio de Igualdade “proverá os fondos necesarios” para o desempeño das funcións e o desenvolvemento das actividades do Consello, pero o “funcionamento do Consello non suporá aumento do gasto público”; como máximo, compensacións (que non remuneracións) aos membros do Consello polo exercicio das súas funcións “no caso de que as reunións se celebren en localidade distinta á do lugar de residencia” (disposición adicional cuarta). É dicir, o único que se paga son os gastos de viaxe ou desprazamento das reunións que se celebren (que non adoitan ser máis de dúas ao ano).

²³ Consultadas o 17 de abril de 2021.

²⁴ Segue a serie de informes sobre este mesmo tema de 2010, 2011 e 2013.

²⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación da Comisión 2018/951*, do 22 de xuño de 2018, p. 19.

que se cree “urxentemente”. De feito, de todo o informe coas súas numerosas recomendacións ás autoridades españolas, a ECRI anuncia dúas de seguimento especial: a segregación educativa de alumnos migrantes e xitanos (que segue sendo unha verdade tan real e estendida como incómoda do noso país, respecto da que o CEDRE non se pronunciou) e a creación do organismo de igualdade (dando por feito que o CEDRE non opera como tal en realidade).

3 A primeira fase de configuración europea do organismo de igualdade (2000-2018)

En realidade, o deseño europeo dos organismos de igualdade non xorde do baleiro, senón da tradición norteamericana en materia de loita contra a discriminación (en orixe, de tipo racial), que foi imitado axiña polo Reino Unido e Irlanda. O dereito antidiscriminatorio cos seus perfís contemporáneos ten un inequívoco aroma anglosaxón. A partir desta particular tradición, xeneralizouse na Unión Europea, sobre todo co “paquete” de directivas de igualdade do ano 2000 e desde aí importouse ao noso país. É dicir, a deficiente transposición española non só provén do problema ideolóxico da negación do racismo como problema social entre nós, senón do feito de que o dereito antidiscriminatorio en xeral e o racial en particular foron ata hai pouco descoñecidos pola nosa cultura xurídica. Por suposto, si é coñecido o principio xeral de igualdade do artigo 14.a CE, pero menos o dereito a non sufrir discriminación por certos factores exclusóxenos do artigo 14.b CE. E, dentro deste, si coñeceu un notable desenvolvemento teórico e xudicial o dereito a non sufrir discriminación por razón de xénero ou por pertencer a unha minoría sexual, pero moito menos (e, como vimos, de modo moi discutible) os demais trazos a que se refire o artigo 14.b CE. Os operadores xurídicos (e non falemos xa dos actores políticos) seguen sen manexar con soltura e consenso os conceptos máis básicos do dereito antidiscriminatorio (discriminación de trato, de impacto, por asociación, interseccional, acoso discriminatorio, discurso discriminatorio, accións afirmativas, positiva, cotas, etc.).

O modelo europeo de organismos de igualdade establece todo un cadro de garantías contra as discriminacións. Ademais da que estamos a examinar, de carácter institucional, a maioría son de vestimenta procesual: lexitimación procesual de asociacións, inversión de carga da proba, protección fronte a posibles represalias ou a existencia de sancións axeitadas²⁶. O organismo de igualdade previsto responde, como se indicou, ao modelo norteamericano a partir da creación o 6 de marzo de 1961, na Executive Order 10925 do presidente J.F. Kennedy do Committee on Equal Employment Opportunity, máis tarde convertido na actual Equal Employment Opportunity Commission. Velaquí unha garantía potencialmente moi poderosa. Todos os países europeos crearon este organismo, de distintas maneiras e con maior ou menor fortaleza institucional. Analizarei algúns informes que avalían a súa organización e funcionamento.

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

O primeiro documento a ter en conta á hora de configurar en calquera ordenamento nacional o organismo de igualdade segundo o marco europeo é a Recomendación n. 2 de política xeral da Comisión do Consello de Europa contra o Racismo e a Intolerancia (ECRI), do 13 de xuño de 1997 (anterior, polo tanto, incluso á Directiva á cal inspirou²⁷) titulada “Os órganos especializados na loita contra o racismo, a xenofobia, o antisemitismo e a intolerancia a nivel nacional”. Neste documento, fundamentalmente, recoméndase:

A) Crear, na Constitución ou nunha lei, un órgano especializado na loita contra o racismo, a xenofobia, o antisemitismo e a intolerancia.

B) As súas funcións deberan ser: fomentar a eliminación das diferentes formas de discriminación e fomentar a igualdade de oportunidades e as boas relacións entre os membros de todos os diferentes grupos que compoñen a sociedade; facer un seguimento do contido e os efectos da lexislación e os actos administrativos da súa competencia e elaborar propostas co obxecto de modificar a lexislación; prestar asesoramento aos poderes lexislativo e executivo para mellorar a regulamentación; prestar asistencia ás vítimas, incluída a asistencia xurídica, de cara a defender os seus dereitos ante institucións e tribunais; litigar, se procede, acudindo aos tribunais cando se considere necesario; atender queixas e peticións sobre casos excepcionais e adoptar decisións xuridicamente vinculantes ou resolver mediante conciliación amigable; estar debidamente habilitada para recompilar probas e informacións no desempeño das súas funcións; facilitar información e asesoramento ás institucións e organismos interesados; emitir ditames sobre as normas de práctica anti-discriminatoria en ámbitos específicos, que poden ser coercitivas ou de aplicación voluntaria; fomentar e reforzar os programas de formación de grupos específicos, sen menoscabar a función primordial en materia de formación que corresponde ás organizacións interesadas; fomentar a sensibilización do público en xeral sobre as cuestións relativas á discriminación e elaborar e publicar informacións e documentos pertinentes; apoiar e fomentar as actividades das organizacións con obxectivos similares aos das organizacións especializadas; e considerar, se procede, atender as preocupacións destas organizacións.

C) A composición do organismo especializado debería reflectir a sociedade no seu conxunto e as súas diferenzas.

D) Debería funcionar sen interferencia do Estado, con plena independencia política e con todas as garantías necesarias para a súa independencia, en particular a liberdade de elixir o seu propio persoal (que tería que estar protexido fronte a destitucións ou non renovacións arbitrarias), administrar os seus recursos como estime oportuno e expresar publicamente as súas opinións. Debe dispor de fondos suficientes e o seu financiamento debería someterse á aprobación anual do Parlamento. Tería que presentar informes das súas accións sobre a base duns obxectivos claros e avaliábeis para o seu debate no Parlamento.

²⁷ E de modo máis xeral e anterior mesmo a esta recomendación da ECRI áchanse os “Principios de París” da Comisión de Dereitos Humanos das Nacións Unidas, adoptados pola Asemblea Xeral en decembro de 1993, recomendando aos Estados que establezan comités de dereitos humanos independentes que poidan desempeñar o papel de implementar e supervisar dereitos humanos universais no país respectivo.

E) O organismo debe ser accesible para as persoas cuxos dereitos deben ser defendidos por el. Deben establecer axencias locais para facilitar o acceso e aumentar a eficacia das súas funcións educativas e de formación.

F) O organismo especializado debería esforzarse para que as súas investigacións e ditames sexan da máxima calidade, de xeito que aumente a súa credibilidade ante as autoridades nacionais e ante as comunidades cuxos dereitos defende e reforza.

O organismo de promoción da igualdade previsto polo dereito da Unión Europea e o organismo especializado da ECRI inspíranse, evidentemente, no mesmo modelo. Case todos os Estados crearon xa desde hai moito tempo os seus organismos de igualdade, aínda que de modos moi diversos e con diferente grao de entusiasmo. O informe de HOLMAAT²⁸ mostraba xa axiña en 2006 que algúns se dedicaban só ao dereito antidiscriminatorio pero outros a todos os dereitos humanos en xeral; que nalgúns países hai un só organismo e noutros máis dun; que algúns (aínda que poucos, só catro, entre eles España) se refiren só á discriminación racial/étnica; que os fondos económicos de que dispoñen varían moito duns a outros e en certos casos carecen de autonomía orzamentaria; que o número de persoas que traballan neles tamén é destacablemente desigual (de 3 empregados a 168); que moitos organismos non son transparentes en canto á súa organización e funcionamento; que as tres funcións que lles asignan as directivas distan de estar claras e mesmo varios organismos non cumpren o mandato de asistir as vítimas de discriminación, aínda que dous terzos de todos eles teñen algunha potestade para investigar e resolver queixas; algúns organismos chegan a funcionar case como organismos “cuasi-xudiciais”, pero a maioría non.

A principal conclusión do informe sobre a situación dos organismos de igualdade en Europa é que, malia que a data máxima de transposición da Directiva de igualdade racial rematou o 19 de xullo de 2003, non existía daquela consenso sobre o significado e alcance do fundamental artigo 13 da directiva. As palabras “asistencia”, “investigacións” e “informes” non foran definidas nesta primeira fase de implantación dos organismos para a igualdade e non estaba claro que significaba exactamente “independente”, nin os criterios para avaliar a efectividade da institución. Non todos os organismos dos Estados levaban a cabo sequera as tres funcións da directiva, o cal supuña un flagrante incumprimento desta. Pola contra, bastantes organismos de igualdade asumían outras funcións diferentes (aínda que próximas) desas tres²⁹.

Moitas conclusións e recomendacións deste informe de 2006 foron confirmadas polo informe elaborado por NIALL CROWLEY en 2018 para ECRI e a Comisión Europea

²⁸ HOLMAAT, R., *Catalyst for Change? Equality bodies according to Directiva 2000/43/EC- existence, Independence and effectiveness*, Comisión Europea, Dirección Xeral de Emprego, Asuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades, (Unidade G 2), Bruxelas, marzo de 2006, pp. 25 e ss.

²⁹ En calquera caso, o informe constata que en Europa había dous modelos estratéxicos diferentes. Dun lado, organismos de igualdade que se concentran case exclusivamente na tarefa da asistencia ás vítimas; pódense cualificar como de “rol reactivo” (ou defensivo). Doutro lado, hai organismos que resaltan sobre todo o seu “rol proactivo” (por exemplo, intentando previr as discriminacións futuras), e priorizar as súas actividades no campo da realización de investigacións e a emisión de recomendacións (por exemplo, deseñando códigos de boas prácticas e xogando un papel na supervisión da implementación de accións positivas). Ambas as dúas funcións, reactiva e proactiva, son mencionadas pola directiva.

titulado *Equality bodies making a difference*³⁰. CROWLEY analiza 43 organismos de igualdade europeos (entre eles o español) e conclúe³¹ que o “contexto político evidente” para oito deles é de “hostilidade política” (Bélxica, Croacia, Chipre, Italia, Polonia, Romanía, Suecia e Reino Unido), mentres que, para doce, entre eles España, o contexto é de “desinterese político”: Austria, Bélxica, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Liechtenstein, Luxemburgo, Lituania, Eslovaquia e Eslovenia. Esta “indiferenza política” provoca que os organismos de igualdade “estean infrafinanciados e sen tracción política para exercer as súas competencias, incapaces de ser *game-changers*”³². Pola contra, habería un “contexto de apoio político evidente” en sete países: Francia, Alemaña, Irlanda, Islandia, Letonia, Holanda e Portugal.

O informe de CROWLEY examina a enorme diversidade de configuración dos organismos de igualdade en Europa e compáraa cos estándares actuais ideais en relación cos documentos antes examinados, da Comisión Europea, a ECRI e os Principios de París. Un primeiro punto interesante, de enormes diverxencias, é o obxecto de protección por parte dos organismos. Recordemos que, no caso español, o CEDRE se ocupa só da discriminación racial. Non obstante, a norma en Europa é que os organismos de igualdade se ocupen de todos ou da maioría de trazos de discriminación protexidos polo dereito europeo: raza/etnia, xénero, orientación e identidade sexuais, relixión e conviccións, discapacidade e idade, e mesmo doutros criterios non inicialmente previstos que puidesen ir xurdindo. Un debate particular, que chegou a ser acalorado en Bélxica, Croacia, Finlandia e Islandia, é o de protexer a igualdade de xénero cun organismo de igualdade diferente ao xeral, dado, entre outras cousas, que as mulleres non son unha minoría social, senón o contrario, a maioría³³. Na futura reforma da nosa lexislación de igualdade isto é algo a ter en conta, caso no que habería que configurar doutro xeito o Instituto da Muller.

Os catro estándares ideais dos organismos de igualdade son a independencia, a efectividade, a accesibilidade e o seu impacto. O exame da independencia pasa pola revisión do seu estatuto xurídico, os modos de elección dos seus directivos, as formas de responsabilidade e a práctica operativa. En canto ao estatuto xurídico, CROWLEY observa que 31 dos 43 organismos examinados teñen personalidade xurídica propia, o que considera a mellor práctica. Dez forman parte dalgún ministerio, como acontece no caso español, e dous, de entidades do terceiro sector directamente. Respecto do xeito de elección, 20 dos 43 son elixidos polo goberno respectivo e só 13 polo parlamento, o que é considerado a mellor práctica, pero sería aínda mellor se se fixese a través dun procedemento visible, competitivo e transparente. Trece organismos responden ante o parlamento, sobre todo a través dun informe anual, o que se considera a mellor práctica, e 18 ante o goberno. En España, ante ninguén.

A efectividade pasa por contar con recursos, competencias, plans estratéxicos e redes estables de socios significativos. O informe constata que “poucos organismos

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

³¹ *Ibidem*, p. 7.

³² *Ibidem*, p. 7.

³³ *Ibidem*, p. 8.

de igualdade teñen un nivel de financiamento axeitado” para ter un impacto real” e esta é “a barreira máis significativa para a súa efectividade”³⁴. En relación coas competencias, dezanove organismos (entre eles, o noso) non poden adoptar decisións vinculantes nin impor sancións, nin sequera acompañar as vítimas de discriminación ante os tribunais. Esta é, evidentemente, unha deficiente configuración da institución. Só dez organismos contan con plans estratéxicos e se someten a avaliación. Como nota positiva, non obstante, sinálase que dez organismos son competentes para apoiar a posta en marcha de accións positivas no país respectivo. Por outro lado, as redes de socios dos organismos son variadas, pero a maioría informais.

Un punto central da accesibilidade é a existencia de oficinas rexionais e locais, que é algo que só dez países o teñen. E, por último, o impacto, que é individual (a vítima da discriminación), pero tamén político (recomendacións do organismo finalmente aceptadas polos actores políticos) e social (información, orientación, sensibilización e formación en materias de igualdade). Pois ben, o impacto real dos organismos de igualdade é difícil de medir pola carencia de datos e porque nin sequera os propios organismos de igualdade se someten, polo xeral, a avaliación.

As funcións asignadas pola lexislación europea son de dous tipos: a principal, sen dúbida, é a asistencia ás vítimas de discriminación, pero, xunto a ela, atópase tamén a de conducir investigacións independentes sobre a discriminación e de emitir recomendacións e informes. Como se indicou, cada país pode engadir outro tipo de competencias, sobre todo de tipo proactivo en materia de igualdade.

A experiencia mostra que moi poucas persoas que se sentiron vítimas dunha discriminación presentan demandas por si soas, presumiblemente porque a acción xudicial é incompreensible para elas, estresante, dilatada no tempo e sen claras expectativas de éxito. En Europa hai dous modelos de asistencia, un que considera que debe incluír a investigación e resolución de queixas ou reclamacións (outorgándolle ao organismo un status cuasi-xudicial con capacidade de ditar resolucións vinculantes ou non), e outro que non o fai, limitándose a prover información á vítima sobre as normas e os seus dereitos, derivalo á organización que si poida axudarlle na presentación dunha demanda xudicial, ou a asistila directamente en casos de litigación estratéxica, ou axudando á vítima e ao presunto agresor da súa igualdade a acadar un acordo amigable (mediación).

A mellor práctica é outorgarlles aos organismos de igualdade a potestade de oír e investigar reclamacións de discriminación, o cal sucede na maioría de países (concretamente, en dous de cada tres). O alcance da potestade investigadora varía duns países a outros, desde vagas provisións (como en Italia) a situacións en que o organismo ten unha posición semellante á dun fiscal ou un xuíz de instrución (como en Francia). Nalgúns casos, ten a potestade de sancionar os que se neguen a proporcionar a información solicitada (como en Hungría).

³⁴ *Ibidem*, p. 11.

4 A segunda fase (2018-) e o seu contraste coa Proposición de Lei integral

En definitiva, o contexto europeo é moi variado porque as directivas “confiren aos Estados membros unha ampla marxe de discreción no relativo á estrutura e funcionamento dos organismos de igualdade”³⁵ e está claro que aínda non se explorou de forma homoxénea todo o seu potencial de impacto. A variedade non exclúe, non obstante, que do dereito europeo se poidan extraer algúns principios fundamentais e inescusables en relación coa reforma do organismo de igualdade español, e da experiencia comparada, un elenco de boas prácticas a ter en conta. Ademais da Recomendación da ECRI de 1997, xa descrita, para identificar tales principios, cómpre ter en conta dous textos. Por un lado, a Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018, sobre os estándares comúns para os organismos de igualdade en Europa, inspirada, por certo, no informe de CROWLEY analizado, e, por outro lado, o informe da Comisión que avalía a aplicación da Recomendación antes mencionada, do 19 de marzo de 2021. A recomendación abre, ao meu xuízo, unha segunda fase, máis madura, segura, concreta, precisa e potente do modelo de implantación estatal en Europa dos organismos para a igualdade.

4.1 A Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018

Comeza constatando que “todos os Estados membros estableceron organismos para a igualdade” (considerando 10) e é a eles a quen se lles aplica a recomendación, que, evidentemente, non ten eficacia vinculante, pero si para interpretar cabalmente como debe configurarse nas ordes internas o organismo de igualdade que se impón por parte da Unión. A recomendación tamén parte do feito da diversidade de configuración dos organismos en Europa, o cal é lóxico dada a ampla marxe de liberdade que conceden as directivas, pero observa algúns perigos derivados diso: insatisfacción dos cidadáns á hora de acceder á protección contra as discriminacións (cdo. 18); proteccións desiguais duns Estados a outros (cdo. 18); nos países que crearon máis dun organismo de igualdade, a inexistencia de mecanismos claros para a súa coordinación e cooperación (cdo. 19); aumento de competencia sobre diversos ámbitos sen un simétrico aumento de recursos para iso e mesmo redución orzamentaria que debilita a capacidade para levar a cabo as tarefas (cdo. 20); hai organismos sen independencia por presións exteriores, niveis de persoal inadecuados (cdo. 21); adscrición a un ministerio que obedece instrucións do Goberno (cdo. 21); concentración de enerxías de forma desproporcionada nalgunhas tarefas en detrimento doutras (cdo. 23); invisibilidade entre o público xeral, dificultade de acceso físico e en liña das vítimas, confidencialidade non sempre asegurada e carencia de procedementos simples e gratuítos (cdo. 24). Aínda que a recomendación non pon exemplos de

³⁵ Considerando 18 da Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018.

países concretos, é evidente que o español reúne todos os defectos mencionados e mais outros.

Neste contexto, a recomendación pretende “cubrir a brecha normativa entre os organismos para a igualdade en toda Europa” (cdo. 28) co fin de “mellorar (a súa) independencia e eficacia (...) especialmente no que respecta á súa capacidade de garantir que os individuos e grupos que sofren discriminación poidan gozar plenamente dos seus dereitos” (capítulo I, 1). Todos os Estados membros, recorda ese mesmo capítulo I no seu inciso 2, “deben garantir que os organismos para a igualdade poden desempeñar as súas funcións, como dispoñen as directivas (antes mencionadas), con independencia e eficacia”.

¿Cales son as “medidas recomendadas”? O texto distingue diversos ámbitos:

A) Mandato dos organismos de igualdade:

1) O organismo para a igualdade estatal debe abranguer a discriminación dos seis trazos antes aludidos (etnia/raza, xénero, orientación sexual, relixión/conviccións, idade e discapacidade).

2) A súa competencia debe abranguer, en todo caso, os ámbitos do emprego e a ocupación, o acceso a bens e servizos e a súa subministración, a educación, a protección social e os beneficios sociais. A recomendación engade outro ámbito que encontre especialmente interesante e indicado para o ordenamento español: os delitos de odio³⁶ en relación coas áreas sociais aludidas (cap. II, 1.1.1.2), aínda que, ao meu xuízo, aquí se establece unha obriga de contido mínimo e non máximo, de modo que o futuro organismo español de igualdade podería coñecer non só do discurso de odio máis grave, con relevancia penal (e, por iso, reservado á xurisdición penal, aínda que o organismo de igualdade podería ter competencias para denunciar, acompañar procesualmente a vítima, etc.), senón de todo discurso de odio discriminatorio, mesmo o menos grave (precisamente, o menos controlado na actualidade) e en todos os ámbitos e non só nos mencionados na recomendación (por exemplo, tamén na actividade política). Hai anos que veño avogando por que o organismo de igualdade teña capacidade para sancionar administrativamente con multas as infraccións tipificadas que lesionen con certa entidade a prohibición constitucional de discriminación, ao modo da Axencia de Protección de Datos³⁷. Non alcanzo a entender por que conducir a máis quilómetros dos permitidos por unha vía solitaria merece unha multa e unha serie de comentarios racistas amplamente difundidos proferidos por un candidato a alcalde (que é, en realidade, un claro caso de acoso discriminatorio, é dicir, unha especie de discriminación directa), por exemplo, non. Por suposto, o sancionado tería aberta despois a vía da protección xudicial correspondente³⁸.

3) En canto á fundamental función de “asistencia ás vítimas”, esta comprende, como mínimo: recibir e tramitar denuncias individuais ou colectivas, proporcionar

³⁶ A recomendación refírese á “incitación ao odio” e non considerando 16 fala de “delitos de odio e incitación ao odio”.

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

³⁸ O capítulo II, 1.1.2.6) estipula que esta posibilidade de defensa xudicial do afectado contra as sancións dos organismos de igualdade debe asegurarse en todo caso e de forma expresa.

asesoramento xurídico ás vítimas, tamén á hora de tramitar as súas denuncias, participar en actividades de mediación e de conciliación, representar os denunciante ante os tribunais e actuar en calidade de *amicus curiae* ou de experto onde fose necesario (cap. II, 1.1.2.1). O inciso segundo deste mesmo artigo anima os Estados a “considerar a opción de ofrecer aos organismos para a igualdade a posibilidade de participar ou asistir en accións xudiciais, co fin de facer fronte á discriminación estrutural e sistemática nos casos seleccionados polos propios organismos debido á súa abundancia, á súa gravidade ou á súa necesidade de clarificación desde o punto de vista xurídico”. Tales accións “poderían ter lugar ben en nome do propio organismo ou en nome das vítimas ou organizacións que as representan, de conformidade co dereito procesual nacional”. Así pois, nos casos máis resistentes de discriminación “estrutural e sistemática”³⁹, o ideal de organismo que propón a recomendación é excelente: propón nada menos que “obxectivar” a protección contra tales discriminacións, máis alá da defensa subxectiva que se lles ofrece ás vítimas, apoiando a estas ou impugnando con lexitimación procesual activa as discriminacións estruturais en sede xudicial. Un magnífico exemplo disto, se as autoridades españolas creasen o organismo de igualdade tal e como o exige a Unión Europea, podería ser a impugnación xudicial directa por parte do dito organismo de, por exemplo, a existencia de centros educativos cunha alta densidade de minorías étnicas, unha clara manifestación, ao meu xuízo, de discriminación racial indirecta no eido educativo. O Informe de avaliación da Recomendación de 2021 que se examina máis abaixo propón como exemplo a impugnación das discriminacións que se produzan como consecuencia da intelixencia artificial ou os casos de discurso discriminatorio contra grupos de persoas (páxina 8).

A configuración realmente potente da función de asistencia ás vítimas que se contén na recomendación non se detén aí. Tamén lles suxire aos Estados que o organismo de igualdade poida formular recomendacións e, mesmo se se autoriza, “decisións xuridicamente vinculantes en casos individuais ou colectivos de discriminación”, casos en que deberían dispor tamén “da capacidade de impor sancións axeitadas, eficaces e proporcionadas” (cap. II, 1.1.2.5), así como a recompilación de probas e información (cap. II, 1.1.2.4) e de seguimento para garantir a súa aplicación (cap. II, 1.1.2.3).

4) Sobre o resto de funcións, a recomendación pronúnciase nos seguintes termos: (a) Elaboración de estudos independentes: deben ser elaborados con “regularidade” e con “cantidade suficiente de datos fiables” que posibilite extraer conclusións sobre eles (cap. II, 1.1.2.7). (b) Informes independentes: deben ser “de alta calidade” e periódicos e débense presentar ás “institucións públicas, incluídos os parlamentos e os gobernos nacionais ou rexionais pertinentes”. O seu alcance debe ser “o suficientemente amplo para facer posible unha avaliación global da situación de discriminación no Estado membro en relación con cada un dos motivos contemplados” (cap. II, 1.1.2.8). Os ditos informes deben conter (como mínimo): número de denuncias por cada motivo de discriminación; duración dos procedementos administrativos desde a

³⁹ Unha definición dos dous termos en REY MARTÍNEZ, F., *Derecho antidiscriminatorio*, cit., pp. 108-110.

presentación da denuncia ata o arquivo do caso; resultado dos procedementos administrativos; e número, duración e resultado de casos xudiciais en que haxa presenza do organismo para a igualdade (cap. II, 1.1.2.9). (c) Recomendacións dos organismos para a igualdade: os Estados membros deben garantir que as súas autoridades tiveron en conta, na medida do posible, as recomendacións de tales organismos en materia de lexislación, políticas, procedementos, programas e prácticas. As autoridades deben informar os organismos sobre a forma en que esas recomendacións se tiveron en conta e facer pública esa información (cap. II, 1.1.2.10). (d) Fomento da igualdade: os organismos deben previr a discriminación ofrecendo formación, información, asesoramento, orientación e apoio ás institucións e individuos afectados, e dando a coñecer ao público tanto a existencia do organismo como o contido das normas contra a discriminación e como obter unha reparación. Tamén deben participar os organismos no debate público, manter un diálogo regular coas autoridades, comunicarse cos grupos discriminados e as partes implicadas, así como promover boas prácticas e accións positivas (cap. II, 1.1.2.11 e 12).

B) Independencia e eficacia:

1) A independencia exige considerar: (a) organización, (b) posición na estrutura administrativa global, (c) asignación de orzamento, (d) procedementos para a tramitación dos recursos (cap. II, 1.2.1.1).

2) Os recursos humanos (suficientes e cualificados), técnicos e financeiros, os locais e as infraestruturas deben ser os necesarios para desenvolver as súas funcións con eficacia nun tempo razoable (cap. II, 1.2.2.1).

3) En canto á presentación de denuncias, acceso e accesibilidade (cap. II, 1.2.3), os Estados deben garantir a posibilidade de presentar denuncias ante os organismos para a igualdade de forma oral, escrita e en liña, na lingua de elección do demandante; o procedemento debe ser sinxelo e gratuíto; débeseles garantir a confidencialidade aos denunciante, ás testemuñas e informantes; todas as persoas, e en particular as que teñan algunha discapacidade, deben poder acceder doadamente ás instalacións físicas e dixitais do organismo; é desexable unha presenza do organismo en todo o territorio; os organismos deben poder realizar campañas de sensibilización efectivas para informar o público da súa existencia e da posibilidade de presentar denuncias por discriminación.

O modelo “ideal” de organismos estatais para a igualdade resulta ser, por conseguinte, moi sólido e tamén preciso, aínda que non haxa unha soa forma válida de creación. É evidente que “o ente” que temos en España, o CEDRE, nin se aproxima a ese modelo. E é evidente tamén que as autoridades comunitarias se están a pór progresivamente serias sobre a obriga dos Estados de axustarse na medida do posible ao seu modelo de organismos para a igualdade. Iso explica, desde logo, máis que unha case inexistente demanda social ou política interna, a proposición española á que máis abaixo me referirei, malia que adianto que, aínda que claramente se adapta ao marco europeo, faino dun xeito realmente pobre respecto das súas posibilidades de configuración.

4.2 O Informe da Comisión que avalía a aplicación da Recomendación da Comisión 2018/951, do 22 de xuño de 2018, do 19 de marzo de 2021

Un claro síntoma da progresiva seriedade coa que as institucións comunitarias están a enfocar as transposicións estatais dos respectivos organismos para a igualdade é o Informe de seguimento que a Comisión publicou en 2021, avaliando o grao de cumprimento da decisiva recomendación analizada, que non induce precisamente ao entusiasmo⁴⁰. A súa estrutura é simétrica á da recomendación:

A) Mandato⁴¹. Só tres Estados, entre eles o noso⁴², xunto con Portugal e Finlandia, cinguen o organismo ao trazo racial e non a todos os trazos protexidos no dereito europeo e limitan as áreas sociais de eventual conflito. Dous de cada tres organismos teñen capacidade de actuar contra o discurso de odio (entre eles non se atopa o español). Algúns Estados teñen varios organismos de igualdade diferentes (por exemplo, un xeral e outro específico para o xénero ou a discapacidade) e outros, un só organismo para todos os trazos. En cerca da metade dos Estados, o organismo para a igualdade foi asumido pola figura dos *Ombudsperson*⁴³.

O informe valora as vantaxes asociadas a un só organismo para todos os tipos de discriminación: maior facilidade de acceso para as vítimas, eficiencia económica e capacidade de manexar os casos de interseccionalidade. Tamén presenta problemas como o de asegurar suficiente atención e visibilidade a todos os trazos de discriminación protexidos, sobre todo nun contexto de recursos escasos. O informe propón como boa práctica dos organismos para a igualdade traballar en tres niveis: un xeral, buscando o progreso en todos os trazos cubertos; outro específico para cada trazo; e un terceiro para os casos de discriminacións múltiples ou interseccionais, onde interactúan dous ou máis trazos.

B) Funcións⁴⁴. Respecto da asistencia a vítimas, o informe⁴⁴ insiste na conveniencia, suxerida pola recomendación, de que se conceda lexitimación procesual directa aos organismos de igualdade para litigar no seu propio nome en casos de discriminacións colectivas, sistemáticas, etc. Esta obxectivación da asistencia ás vítimas a través da litigación estratéxica serviría para promover a loita contra as discriminacións e, polo tanto, para provocar cambios legais e nas políticas públicas. Polo momento, revela o informe, tan só dez Estados contan coa posibilidade de representar as vítimas de

⁴⁰ Este informe ten en conta a información que se lles exige aos Estados sobre o seu cumprimento da recomendación (algo previsto no seu capítulo III); os estudos da Rede Europea de Organismos de Igualdade (Equinet); os da Axencia Europea de Dereitos Fundamentais; os da ECRI; e os dalgúns organismos de igualdade, da sociedade civil e dalgúns expertos (por exemplo, CROWLEY, N., *Equality bodies making a difference*, cit.).

⁴¹ Páxinas 4-6.

⁴² Aínda que comunicou á Comisión que está en proceso de reforma legal para superar isto (p. 4). En calquera caso, no informe en análise, que apenas pon nomes de países ás boas ou malas prácticas, o do noso país sae de xeito expreso respecto destas últimas en diversas ocasións.

⁴³ Máis tarde volverei sobre isto, pero adianto que me parece a mellor solución para o novo organismo de igualdade do noso país. O informe (p. 6) identifica vantaxes como as sinerxías entre funcións, aprendizaxe mutua, aforro de custos, ampliación do equipo humano cualificado, maior dispoñibilidade para as vítimas e máis facilidade para ser coñecidos polo público.

⁴⁴ Páxinas 6-15.

discriminación ante os tribunais⁴⁵ e a cifra redúcese a cinco respecto da capacidade de actuar procesualmente en nome propio (e non das vítimas). Dous de cada tres países permiten aos organismos iniciar investigacións de oficio. A maioría de países actúan en fases previas e alternativas á defensa xudicial das vítimas a través da mediación, aínda que, segundo as cifras que achega o informe, en escasos casos e con moi pouco éxito, ademais. Todo isto pode producir frustración e falta de confianza na institución por parte das vítimas.

Pero, ademais de asistir as vítimas, algúns organismos de igualdade en Europa, ata dez, teñen a competencia de tomar decisións vinculantes neste campo (converténdoo nun “organismo cuasi-xudicial”, p. 9). En non todos eles o organismo ten capacidade de impor sancións. E, alí onde se permite, detectáronse a miúdo como insuficientes. O informe valora (p. 10) como boa práctica que un Estado (do que non di o nome) pretenda reformar a súa normativa para que o seu organismo de igualdade poida impor medidas cautelares, sancións administrativas, ordenar o pagamento dunha compensación incluíndo os danos non económicos, requirir-lles aos infractores o cesamento da súa actividade e ordenar sancións se as súas exixencias non se cumpren. Este sería, ao meu xuízo, un bo modelo a imitar por parte do lexislador español.

O informe tamén critica o escaso seguimento que os organismos para a igualdade fan das súas decisións e considera o problema da perda de imparcialidade nos casos en que os organismos poden adoptar decisións vinculantes, xa que optarían por unha das posicións en conflito. Para evitar isto, o texto propón unha organización separada do órgano coa dita capacidade dentro do organismo de igualdade.

En canto ao resto de funcións, o informe observa o seguinte: (a) aínda non se dispón en xeral dunha suficiente colección de datos sobre a discriminación (un terzo dos Estados non realizaron estes estudos independentes por falta de recursos e outro terzo realizounos, pero de modo incompleto). O texto propón como boa práctica colaborar co organismo estatal de estatística. (b) Algo semellante pode dicirse dos informes independentes, aínda que o documento sinala que en tan só dous Estados non se emiten con regularidade (aquí non cita a España, pero non é dubidoso que se trata dun deles). A independencia dos informes comprométese se se publican a cargo das autoridades nacionais. (c) Polo que se refire ás recomendacións para mellorar a lexislación e as políticas públicas, o informe constata que case todos os organismos para a igualdade o fan, sobre todo nos seus informes anuais. É unha boa práctica a consulta previa aos organismos respecto da normativa e as políticas antidiscriminatorias e a explicación posterior de por que as recomendacións foron ou non tidas en conta. (d) Promoción da igualdade. A maioría dos organismos cumpren esta función dun ou doutro xeito.

C) Independencia e efectividade⁴⁶. O informe observa que a maioría dos organismos en Europa teñen independencia xurídica, pero non de feito. Adoitan ter

⁴⁵ O que tampouco parece facerse a miúdo e, ademais, hai medo a ter que pagar as custas xudiciais se se perden os casos, o cal, nun contexto de recursos escasos, desanima á presentación de recursos ante os xuíces (p. 9).

⁴⁶ Páxinas 16-20.

personalidade xurídica, pero nalgúns poucos Estados seguen dependendo dun ministerio (o caso español, por exemplo). Tampouco se asegura polo xeral autonomía orzamentaria tanto para decidir o volume de gastos como para xestionar libremente eses fondos. Tamén é crucial para asegurar a independencia do organismo o método de nomeamento e revogación das persoas que o compoñen, sobre todo dos seus líderes (que poden ser individuais –o máis común– ou colectivos). Normalmente, o director ou directora do organismo é elixido polo goberno, pero o informe asegura que é mellor práctica implicar tamén ou en exclusiva o parlamento na súa designación (mellor competitiva a partir do currículo profesional e transparente) cunha maioría cualificada. A función de liderado do órgano é mellor que sexa incompatible con outros traballos, públicos e privados. Interesante, así mesmo, incluír unha listaxe de causas de revogación do mandato, entre outras razóns de saúde ou indebido manexo financeiro da institución.

O equipo humano de organismo diríxese á diversidade social e por iso mesmo a súa composición debe reflectir en si mesma tal diversidade. Isto pode asegurar a confianza das vítimas. A total accesibilidade ás persoas con discapacidade debe garantirse.

O informe considera unha boa práctica que o organismo para a igualdade responda ante o parlamento a través do debate neste do informe anual, pero sempre que non se someta a unha aprobación formal.

Sen recursos humanos, de infraestrutura e económicos axeitados, os organismos para a igualdade non poden levar a cabo as súas funcións. Na práctica, os orzamentos difiren moito entre si: desde 5 membros a 50 e de medio millón de euros a máis de 50 millóns. E isto non se explica só porque o país sexa máis ou menos amplo ou pola diferenza do custo da vida. Ás veces, os datos do orzamento non son transparentes. Nos últimos anos houbo incrementos orzamentarios, pero tamén recortes. A insuficiencia de fondos é a maior preocupación dos organismos de igualdade en Europa.

D) Procedementos, acceso e accesibilidade⁴⁷. En case todos os Estados as demandas poden presentarse oralmente (incluso por teléfono), por escrito ou en liña e en todas as linguas oficiais. Sobre a presenza física en todo o territorio, un terzo dos organismos non son visibles ou non están abertos ao público. A existencia de oficinas rexionais e locais é unha boa práctica. A metade dos Estados contan con presenza rexional e local. O informe sostén que a crecente informatización dos procesos non elimina a necesidade de presenza física dos organismos de igualdade, precisamente porque as persoas máis discriminadas son as que, en principio, teñen menos acceso a ferramentas dixitais.

Outro grave problema, xunto coa insuficiencia orzamentaria, é que os organismos de igualdade seguen sen ser demasiado coñecidos entre a poboación. O informe urxe a incrementar a súa visibilidade, dispoñibilidade, accesibilidade e confianza.

Ata aquí o exame do informe de avaliación. Sen dúbida, trátase dun texto extraordinariamente útil para entender correctamente que é o organismo de igualdade ao que se refire de xeito sistemático a normativa europea. Coa Recomendación do 22 de xuño de 2018 parece evidente que a Unión Europea entrou nunha sorte

⁴⁷ Páxinas 21-24.

de segunda fase de implantación dos organismos para a igualdade, tras a inicial obriga de creación a partir do ano 2000 dos organismos, que non especificaba, non obstante, os trazos fundamentais do seu réxime de organización e actividade. Esta segunda fase caracterízase polo deseño, a partir da gradual fundación dos organismos nos diversos Estados europeos e a súa experiencia dos anos iniciais de funcionamento, dun modelo de organismo tan preciso como potente. Para entendernos no contexto da cultura institucional española: un organismo de similar arquitectura que a Defensoría do Pobo (mesmo con maior ámbito de actuación que esta porque pode coñecer de lesións do dereito de igualdade por parte de particulares, e con maiores potestades, mesmo, ogallá, para sancionar por si mesmo) ou a Axencia de Protección de Datos.

É evidente que o modelo europeo de organismo para a igualdade, cada vez máis potente, se foi afastando do organismo español, o CEDRE, cada vez máis débil, e, de aí, a imperiosa necesidade dunha reforma en profundidade entre nós. Xa en 2011 se aprobou, nos últimos compases da segunda lexislatura do presidente José Luís Rodríguez Zapatero, un Proxecto de Lei integral para a igualdade de trato e a non discriminación⁴⁸, que non logrou aprobarse pola extinción da lexislatura e que non foi repescado na posterior. Presentouse de novo como proposición de lei desde a oposición en 2017, pero tampouco prosperou. Finalmente, unha Proposición de Lei integral para a igualdade de trato e a non discriminación foi presentada e, ata o momento en que se escriben estas liñas, tomada en consideración polo Pleno do Congreso dos Deputados o 23 de febreiro de 2021. Imponse agora, polo tanto, contrastar os requirimentos que proveñen do marco europeo coa nova regulación en debate.

4.3 Contraste do marco europeo coa regulación prevista na Proposición de Lei integral para a igualdade de trato e a non discriminación tras a súa toma en consideración polo Pleno do Congreso o 23 de febreiro de 2021

Evidentemente, este artigo non é o lugar para analizar en profundidade a proposición, e máis tendo en conta que é esperable que sufra cambios ao longo da súa tramitación parlamentaria no caso de que, finalmente, chegue a prosperar, como é o desexable. Pero si resulta indispensable utilizar ese texto como banco de probas de canto se foi expondo ata o momento, contrastando a súa regulación co marco europeo de referencia.

De entrada, hai que recoñecer que a proposición si intenta, por fin, máis de vinte anos despois da Directiva 2000/43, traspasar seriamente no noso ordenamento a regulación europea, por máis que algúns aspectos sigan sendo, na miña opinión, mellorables, empezando pola propia natureza da norma, que debería ser orgánica e

⁴⁸ No que, por certo, tamén tiven a honra de participar como experto técnico.

non ordinaria⁴⁹ e polo seu nome⁵⁰. A propia exposición de motivos recoñece, no seu penúltimo parágrafo, que a transposición actual vixente é “insuficiente e ineficiente”.

O proxecto de norma menciona expresamente no artigo 2.1 os trazos protexidos por ela, que son os seis europeos⁵¹ (e non só xa “a orixe racial ou étnica”⁵²), desdóbrando, con bo criterio, o factor “orientación sexual” europeo en tres epígrafes que en realidade deben distinguirse: orientación sexual, identidade sexual e expresión sexual (para as persoas que deciden non encaixarse no modelo binario), máis o nacemento (aludido polo art. 14 CE), a enfermidade (que a xurisprudencia europea e a nacional viñeron identificando como posible trazo exclusógeno, por exemplo en relación coa SIDA ou coa obesidade extrema) e a situación socioeconómica (que abre unha perspectiva moi interesante de utilización do dereito antidiscriminatorio na loita contra a aporofobia). Por suposto, a lista é aberta porque se menciona, como o artigo 14 CE, “calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social”. Esta lista de trazos cumpre cabalmente o requirido polo modelo europeo.

A listaxe de ámbitos sociais de discriminación do artigo 3.1 tamén satisfai de sobra as exixencias europeas, porque comprende o previsto na recomendación e engade moitos outros, como, por exemplo: a afiliación e participación en todo tipo de organizacións, a seguridade cidadá, a administración de xustiza, a publicidade e os medios de comunicación, internet e redes sociais, as actividades deportivas e mesmo a intelixencia artificial (xa que os algoritmos poden determinarse a partir de prexuízos discriminadores). Tan só unha observación crítica neste punto: aínda que a listaxe menciona a publicidade, os medios e Internet, a proposición non alude expresamente á función do Comisionado como garantía fronte ao discurso (non

Regap



ESTUDIOS

⁴⁹ Non ignoro que a xurisprudencia do Tribunal Constitucional cingue o ámbito material das leis orgánicas en canto ao desenvolvemento dos “dereitos fundamentais e as liberdades públicas” (art. 81.1 CE) só aos dereitos da sección primeira do capítulo segundo do título I, é dicir, aos dereitos comprendidos entre os artigos 15 a 29. Pero isto é debido a unha errónea comprensión inicial da igualdade e non discriminación do artigo 14 non como un dereito autónomo, senón como un dereito meramente relacional respecto do exercicio do resto de dereitos. O dereito a non sufrir discriminación é un dereito fundamentalísimo que está intensamente protexido polo dereito internacional dos dereitos humanos aplicable e, na orde interna, pola protección xudicial ordinaria reforzada para os dereitos fundamentais e tamén polo recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional, así como pola rixidez máis agravada fronte á reforma constitucional do procedemento previsto no artigo 168 CE pola súa evidente conexión tanto co título preliminar como co resto de dereitos fundamentais. Noutras palabras, a súa non consideración como lei orgánica revela un enfoque conservador, formalista e incoherente desde o punto de vista sistémico.

⁵⁰ Na miña opinión, a expresión “igualdade de trato e a non discriminación”, ademais de que non é precisamente eufónica, non é totalmente correcta desde o punto de vista conceptual, porque a non discriminación comprende a igualdade de trato e mais a igualdade de oportunidades. Polo tanto, co concepto de discriminación xa se abrangue a igualdade de trato. Por outro lado, se se menciona a discriminación sen ningún apelido, é evidente que asume un enfoque “integral”, de modo que este adxectivo é un pleonasma. Un mellor título sería, creo, algo así: “Lei orgánica de loita contra toda forma de discriminación”. Ou se se prefire: “Lei orgánica para a promoción da igualdade e a protección fronte ás discriminacións”.

⁵¹ Un deles é, por suposto, o “sexo” (chama, non obstante, a atención que non se mencione “xénero”). A proposición opta, pois, por configurar un organismo multitarefas que inclúe todas as causas de discriminación sen tratar de maneira separada as discriminacións de xénero, que son as máis numerosas e gardan certa especificidade porque afectan non a unha minoría social, senón á maioría e sempre para agravar a discriminación cando concorre o resto de trazos. Certamente, o enfoque elixido permitirá manexar mellor estes casos de discriminación múltiple ou interseccional, pero non sería desatinado, ao meu xuízo, como máis arriba expuxen, que coexistisen un organismo para a igualdade en xeral e un organismo específico para a igualdade de xénero (quizais a partir dunha transformación legal do Instituto da Muller).

⁵² A normativa europea e tamén a española falan de “orixe racial ou étnica”, pero considero que esta expresión é incorrecta porque se, cientificamente, non existen razas humanas, tampouco poden existir, por lóxica, “orixes” raciais. Sería mellor empregar a expresión “motivos raciais ou étnicos”.

xa os delitos, porque isto corresponde exclusivamente ao poder xudicial) de odio discriminador.

A proposición introduce a protección contra novas formas de discriminación (por asociación, por erro, múltiple, etc.) e, sobre todo, as garantías exixidas polo dereito comunitario. Entre elas, de modo principal, como non podía ser doutro xeito, a nova institución do “Comisionado para a igualdade de trato e a non discriminación”, que se regula no título III do proxecto de norma (arts. 36-41). Configúrase (art. 36) como autoridade independente⁵³ de ámbito estatal con capacidade para promover e protexer a igualdade fronte aos poderes públicos e tamén respecto dos particulares. O artigo 36 habilita expresamente as comunidades autónomas para crear “organismos coa mesma natureza”, pero tamén para atribuír estas funcións a institucións xa existentes. Isto é moi interesante porque permitiría que os defensores do pobo autonómicos, alí onde existen, asumisen as competencias de loita contra a discriminación. Na epígrafe seguinte e última desta análise, proporei como mellor fórmula (non, evidentemente, a única posible) que sexa o Defensor do Pobo estatal quen o faga no ámbito estatal.

O Comisionado terá personalidade xurídica propia e autonomía orgánica e funcional. A súa estrutura orgánica, réxime de persoal e económico, etc., regularanse no Estatuto do Comisionado, que haberá de elaborar o primeiro Comisionado (os sucesores poderían presentar modificacións) e será aprobado polo Goberno mediante Real decreto (art. 37). O Comisionado será nomeado polo Goberno entre personalidades de recoñecido prestixio na materia, logo de comparecencia ante a comisión correspondente do Congreso, que poderá aprobar ou rexeitar por maioría absoluta o nomeamento proposto. O seu mandato será de cinco anos, sen posibilidade de renovación. As causas de cesamento son estritas: renuncia, incapacidade permanente, condena firme por delito doloso ou incumprimento grave dos deberes do seu cargo (art. 37). O Comisionado proporalle anualmente a Facenda un proxecto de orzamento para a súa inclusión na Lei xeral de orzamentos do Estado. O control económico e financeiro corresponderalle ao Tribunal de Contas (art. 38).

Os trazos fundamentais do Estatuto do Comisionado si parecen asegurar a súa independencia respecto do Goberno e responden ao marco da Recomendación da Comisión antes mencionada. Autonomía organizativa, orzamentaria e de desenvolvemento normativo. Un mandato que non coincide co dunha lexislatura. Un nomeamento governamental, pero con aprobación previa parlamentaria. Non se alcanza o ideal dun nomeamento tras un concurso, pero, polo menos, exíxese que o comisionado ou comisionada conte cun “recoñecido prestixio na defensa e promoción da igualdade”. Causas de cesamento taxadas. A proposición menciona a adscripción de funcionarios, persoal laboral e mesmo de letrados do Estado para o exercicio das súas

⁵³ Por iso o nome de “Comisionado” non acaba de convencer; porque “comisionado” de quen? Veremos que o nomeamento é do Goberno (cunha previa aprobación parlamentaria), de modo que o lóxico sería pensar que se trata dun comisionado do Goberno, pero isto é incompatible coa idea de autoridade independente e co seu estatuto xurídico. Mellor, polo tanto, falar de “Alta Autoridade” ou similar. Nun sentido semellante, véxase 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.

competencias. Aínda máis: o artigo 38 ordena establecer medidas de acción positiva para que unha parte do persoal proveña dos colectivos protexidos especialmente por esta norma, tal como suxería tamén a recomendación europea. Pode concluírse, por conseguinte, que tamén neste punto a proposición cumpre os parámetros europeos de independencia. Outra cousa é se tamén o fará respecto dos de eficacia, porque iso dependerá, finalmente, do orzamento e do persoal, en número e cualificación, que se lle asigne unha vez creado.

As competencias do Comisionado relaciónanse no artigo 36. Aínda que dun modo desordenado, inclúe as exixidas polo dereito comunitario, sen dúbida, tanto nun rol proactivo (de promoción) como reactivo (de protección). De todas as competencias, a principal é, sen dúbida, a de asistencia ás vítimas de calquera tipo de discriminación. Pois ben, neste eido hai indubidables melloras respecto da situación vixente, pero o modelo de Comisionado previsto non alcanza o ideal suxerido pola recomendación europea. O Comisionado pode mediar e conciliar, salvo en materia penal e laboral, substituíndo os eventuais recursos de alzada e reposición (art. 36.b). Isto é interesante, aínda que, por unha banda, non se entende que se exclúa a mediación do ámbito laboral e, por outra, sería mellor, ao meu xuízo, se tamén puidese levar a cabo unha función (voluntaria para os afectados) de arbitraje, con decisións vinculantes para eles. Pode tamén iniciar investigacións de oficio ou por instancia de terceiros, pero non en materia penal (onde debe remitir o tanto de culpa ao fiscal ou á autoridade xudicial) e só se se trata de discriminacións de especial gravidade ou relevancia (art. 36.e). Configúrase, pois, unha competencia investigadora de xeito particularmente cauteloso e pouco definida, quizais, mesmo, máis limitada que a investigación que actualmente pode levar a cabo o Servizo de Asistencia a Vítimas.

O artigo 40.3 establece o deber para administracións públicas e particulares de prestar a colaboración necesaria ao Comisionado, proporcionándolle toda clase de información que este lle requira. A proposición contén un catálogo de infraccións e sancións administrativas por discriminación (arts. 43 e ss.), e nas infraccións (art. 43.3.c) inclúese entre as graves (cunha sanción de entre 10.001 a 40.000 euros: art. 44.1.b) “o incumprimento dun requirimento administrativo específico, que non constituía unha exixencia formal, formulado polo órgano administrativo ao que lle corresponda o exercicio das competencias necesarias para dar cumprimento ás previsións desta lei”. Quizais aquí se poderían incluír as condutas graves de omisión do deber de colaboración co Comisionado, pero sería mellor, ao meu xuízo, especificalo de modo expreso.

Un dato fundamental da proposición é que o Comisionado non pode sancionar por si mesmo, senón que, como máximo, pode interesar a actuación da Administración para sancionar infraccións administrativas (art. 36.e). É dicir, o Comisionado non lle podería pór unha multa a un colexio por algunha conduta discriminatoria, senón que deberá pór o feito en coñecemento da inspección educativa. O mesmo no ámbito laboral e nos demais. Como vimos, a recomendación non exige que o organismo para a igualdade teña potestade sancionadora. Pero nalgúns países si a ten. Ao meu xuízo, este é mellor modelo. Primeiro porque xa existen as inspeccións educativa,

laboral e doutros tipos e, non obstante, seguen existindo discriminacións en todos eses ámbitos. Segundo, porque, se se mantén a potestade sancionadora tal e como está, que novidade real se introduce con esta figura?, para que se crea? Terceiro, porque non sancionar impediralle ao Comisionado achar calquera tipo de visibilidade cidadá. Cuarto, porque hai precedentes de organismos que inciden en ámbitos onde xa existen órganos administrativos con potestade sancionadora e, por certo, con éxito: por exemplo, a Axencia de Protección de Datos. É evidente que a inspección laboral debe garantir os dereitos dos traballadores, tamén os da protección dos seus datos, pero tamén o é que o traballo especializado da Axencia veu facer máis incisiva esa protección. Quinto: porque pode haber diferenzas de criterios en certos casos entre o Comisionado e o órgano sancionador de que se trate e, nestes casos, sempre prevalecerá a vontade deste último, fraxilizando de modo manifesto a posición institucional do Comisionado. Que este poida sancionar por discriminación, coas cautelas requiridas pola recomendación europea, é “pórllle dentes” á institución. Na miña opinión, á vista da nosa experiencia nesta materia, privar ao Comisionado da potestade de sancionar é impedir, *a limine*, que esta figura teña solidez institucional ningunha. Quizais non nacería morto, pero si moi débil.

Outro punto feble da proposición é, ao meu xuízo, que non lle permite ao Comisionado acudir directamente aos tribunais para defender a prohibición de discriminación, polo menos nos casos máis graves, institucionais e sistemáticos, como si suxire a recomendación. A proposición modifica a Lei de axuízamento civil e a Lei reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (disposicións derradeiras segunda e terceira) para outorgar lexitimación procesual ao Comisionado en defensa da prohibición de discriminación, pero sempre coa autorización das persoas afectadas, lexitimación da que xa dispoñen moitos outros suxeitos respecto dos que o Comisionado non logra distinguirse especialmente. Neste punto pérdese, na miña opinión, outra magnífica oportunidade para crear unha institución de referencia na loita contra a discriminación. A súa misión de defensa das vítimas cumpriría a normativa europea, pero no seu rango máis básico ou mínimo.

5 Tese conclusiva: a conveniencia de atribuír as funcións do organismo para a igualdade ao Defensor do Pobo estatal e aos seus equivalentes autonómicos

En definitiva, atopámonos no contexto dunha segunda fase de implantación dos organismos de igualdade en Europa, máis seria e precisa aínda que a anterior, cunha transposición española inicial preguiceira e tramposa que revela, dun lado, a carencia de vontade política para atallar un problema, as discriminacións, que, salvo no xénero, a orientación e identidade sexual e a discapacidade, apenas se recoñece; e, doutro, a falta de conexión do emerxente dereito antidiscriminatorio europeo coa tradicional cultura xurídica patria, así como co intento (de novo) de facer converxer o modelo europeo e o español. A proposición sumariamente analizada debe ser, neste sentido, benvida, aínda que finalmente o organismo para a igualdade prefigurado,

malia cumprir cos estándares europeos, faino dun modo mínimo, na miña opinión. Case no limiar da mediocridade.

Con bo criterio, o Comisionado é unha institución completamente diferente do CEDRE, aínda que este último Consello podería, quizais, subsistir, coas debidas reformas, como o órgano de participación e consulta dentro do Comisionado ao que se refire o artigo 39 da proposición. Tamén o servizo actual de atención a vítimas podería manterse no marco do traballo do Comisionado, coas modificacións oportunas, entre outras non menores a incorporación de entidades de loita contra todo tipo de discriminacións e non só a racial/étnica. As vantaxes do servizo son: a experiencia adquirida en todos estes anos; a súa presenza no territorio; a capacidade das entidades especializadas do terceiro sector de suscitar denuncias, informar e sensibilizar os grupos en desvantaxe e a posibilidade que supón de implicalas institucionalmente na loita contra a discriminación. Loxicamente, agora sería o propio Comisionado quen asumiría en primeira persoa as funcións de mediación e conciliación, a asistencia xudicial ás vítimas (co consentimento destas), etc., pero podería ser co apoio das entidades do terceiro sector. Non tería sentido que o Comisionado traballase á marxe do terceiro sector, que, na experiencia española, veu ata agora cubrindo con eficacia as carencias e ausencias das institucións públicas neste eido.

A proposición tamén prevé que o Comisionado asine convenios de colaboración co Defensor ou Defensora do Pobo para coordinar as súas actuacións (art. 41). Vimos mesmo (art. 36) que o proxecto de norma permite que as figuras autonómicas equivalentes ao Defensor do Pobo poidan ser, se as leis autonómicas de creación que puidesen ditarse así o recoñecesen, os organismos para a igualdade. O modelo europeo e o comparado consideran a posibilidade de que defensorías do pobo e organismos de igualdade converxan nunha soa institución, a do Defensor, cun departamento especializado e con perfil propio (liderado, persoal, orzamento, etc.) dentro dela, ou ben que sexan dúas institucións diferentes, aínda que, iso si, debidamente coordinadas. O Informe de avaliación da Recomendación (2021) sinala que a metade dos países europeos seguen un modelo e a outra metade o alternativo, pero non se pronuncia sobre cal sexa o modelo óptimo⁵⁴.

A cuestión é, polo tanto, altamente opinable. Para concluír esta análise, formularé a tese final: ao meu entender, o mellor para o noso país sería engadir esta nova función de loita contra a discriminación entre as competencias da Defensoría do Pobo. En definitiva, o Comisionado non é máis que un Defensor especializado en razón da materia. Recordo algunhas das vantaxes que sinalaba a recomendación e engado outras. Primeira: a Defensoría cumpre perfectamente e sen dúbida ningunha o requisito de independencia que exige o dereito comunitario. Faino aínda máis que o Comisionado, dado o nomeamento parlamentario coa maioría reforzada. De feito, o quinto informe de seguimento a España da ECRI⁵⁵ constata que o Defensor do Pobo si

⁵⁴ Na miña opinión, Francia, que inicialmente creou un organismo especializado e máis tarde o integrou, con especificidade, dentro da institución do *Défenseur des Droits* como *Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité*, é un modelo especialmente interesante.

⁵⁵ ECRI, *Informe da ECRI sobre España (Quinto ciclo de supervisión)*, do 28 de febreiro de 2018, p. 19.

é unha institución independente e, por certo, moi útil na loita contra o racismo. Non o di claramente, pero entre liñas parece lerse que atribuír as funcións do organismo de igualdade a esta institución podería resultar sinxelo e factible. Segunda: acumular esta función na Defensoría é aconsellable porque se trata da protección dun dereito fundamental (art. 14 CE). Isto permitiría, ademais, crear sinerxías entre os distintos ámbitos a protexer. Terceiro: produciríase, no contexto de restrición de recursos públicos, un importante aforro de custos na implantación da figura (estatal e autonómica). Os aumentos irían dirixidos, tan só, a contratar o persoal que se requirise, pero non a edificios e infraestruturas. Cuarto: a Defensoría ten implantación estatal, pero os seus equivalentes autonómicos aínda máis, de modo que se aseguraría unha maior presenza en todo o territorio, así como a eventual utilización doutras linguas diferentes do castelán. Quinto: un problema grave dos organismos para a igualdade é que os seus potenciais usuarios non os coñecen nin son accesibles para eles. Pois ben, sen dúbida, a figura da Defensoría podería acadar maior visibilidade cidadá que a do Comisionado.

A única dúbida xurídica de calado é a de se a asunción deste modelo requiriría ou non dunha reforma previa do artigo 54 da Constitución, que é o precepto que se dedica ao Defensor e que o configura como unha institución que só pode coñecer queixas de actuacións procedentes dos poderes públicos e non dos particulares, sendo evidente que o organismo de igualdade debe poder coñecer posibles lesións discriminatorias cuxa fonte non sexa pública, senón privada. É evidente que habería que modificar a fondo a arquitectura institucional do Defensor do Pobo, incluíndo no seu seo con especificidade o organismo para a igualdade e reforzando as súas competencias e potestades neste ámbito, o que, por outra parte, non lle viría nada mal á figura porque teño a sensación de que a súa configuración constitucional xa era no ano 1978 cando se creou excesivamente desdentada. A miña opinión é, polo tanto, que se debería converter o Defensor do Pobo no organismo de igualdade que nos exige a lexislación europea. Alí onde existan defensorías autonómicas, estas poderían asumir, logo de convenio coa estatal, as funcións de organismo para a igualdade en ámbitos autonómico e local (en canto a administracións) e a posibles lesións de igualdade entre particulares en territorio de Comunidade respectiva, reservando a Defensoría estatal a defensa da igualdade fronte á Administración estatal e a institucional. Este sería, ao meu xuízo, o modelo de transposición máis sustentable e potente da normativa europea neste eido.

Non ignoro que, en realidade, calquera modelo potente e non flácido (como o vixente e como, temo, o que se planea neste tempo para o noso país) de organismo para a igualdade ten que elixir, como manifesta a experiencia comparada, entre un tipo de organismo de acompañamento real das vítimas, mesmo en sede xudicial e mesmo ás veces, con lexitimación procesual propia (e aí a figura do Defensor do Pobo, previamente modificada, sería a óptima), e un modelo de organismo con capacidade sancionadora, de corte “cuasi-xudicial” (caso en que o patrón da Axencia de Protección de Datos sería o exemplo a seguir). Os dous modelos presentan vantaxes e inconvenientes, pero comparten un elemento fundamental común: son dúas

maneiras de tomar en serio o dereito comunitario e, por riba de todo, o dereito fundamental a non sufrir discriminacións do artigo 14 CE. Por iso, calquera das dúas serían benvidas porque suporían un avance cualitativo respecto da situación actual.

Bibliografía

- COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación da Comisión 2018/951*, do 22 de xuño de 2018.
- COMISIÓN EUROPEA, *Informe que avalía a aplicación da Recomendación da Comisión 2018/951*, do 22 de xuño de 2018, do 19 de marzo de 2021.
- CROWLEY, N., *Equality bodies making a difference*, ECRI / Comisión Europea, Bruxelas, agosto de 2018.
- ECRI, *Recomendación n. 2 de política xeral da Comisión do Consello de Europa contra o Racismo y a Intolerancia (ECRI)*, do 13 de xuño de 1997.
- ECRI, *Informe da ECRI sobre España (Quinto ciclo de supervisión)*, do 28 de febreiro 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.
- HOLMAAT, R., *Catalyst for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC-existence, independence and effectiveness*, Comisión Europea, Dirección Xeral de Emprego, Asuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades, (Unidad G 2), Bruxelas, marzo de 2006.
- REY MARTÍNEZ, F., “Los discursos del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, Álvarez Vélez, M.^a I. e 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).

Regap



ESTUDIOS

