

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto:

EN este trabajo el autor ofrece un intento de resistemización de la nueva legislación antidiscriminatoria recientemente introducida por el legislador español en aplicación de los compromisos comunitarios. La precipitación con que se ha realizado y las deficiencias técnicas que acumulan presentan un cuadro descorazonador, pues tanto tiempo esperando esta renovación conceptual y normativa no habría servido para mucho. En consecuencia, tras un análisis relativamente detenido por los contenidos de la Ley 51/2003 y la Ley 62/2003, al objeto de descifrar su sentido y poner en relación los preceptos tanto con los problemas prácticos que suscita como con los conceptos y medidas precedentes, se ofrece igualmente un cuadro valorativo global de las diferentes piezas normativas para cerrar la comprensión del «sistema». Especial referencia se dedica, por su importancia, a clarificar las relaciones entre los conceptos de **acoso ambiental discriminatorio** y otras modalidades de acoso que, difundidos en la práctica, incluso judicial, no tienen directa cabida en el concepto legislativo, como el concepto de **acoso moral en el trabajo** o, el más moderno, de acoso inmobiliario o **mobbing inmobiliario**.

Sumario:

- I. Preámbulo.
- II. El nuevo marco normativo general para el principio de igualdad, ¿un horizonte de renovación normativa o sólo conceptual?
 1. La caracterización general de la nueva legislación antidiscriminatoria: sentido político-jurídico y estructura normativa.
 2. El contenido normativo del pretendido marco general: de la fragmentación al vaciado.
- III. «Carta de los Reyes Magos»: La Ley 51/2003, de garantías de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en sus entornos no laborales.
 1. Caracterización general: razones de la Ley y estructura normativa.
 2. Contenido de la Ley 51/2003: principales puntos críticos.
 3. Reflexión final.
- IV. Las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas.
 1. Caracterización general: razones y estructura normativa de este régimen «especial».
 2. El contenido regulador: algunos puntos críticos.
- V. Las reformas de la legislación laboral antidiscriminatoria: las «nuevas» garantías de efectividad del principio de igualdad de trato en el trabajo.
 1. Caracterización general: objeto y estructura normativa.
 2. El marco general: excepciones al principio de igualdad de trato y medidas para su aplicación.
 3. Las reformas de la legislación laboral en materia de aplicación del principio de igualdad de trato.
 4. Reflexión final.

I. PREÁMBULO

La tutela de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española, con vista a garantizar su aplicación efectiva en cualquier ámbito de la vida social, política, económica y cultural, sigue viviendo, pese al tiempo transcurrido, una significativa paradoja, que me atrevo a formular del siguiente modo. En efecto, el ordenamiento jurídico español no dispone, en términos generales y sin perjuicio de contadas pero relevantes excepciones, de una importante legislación, cuantitativamente extensa y cualitativamente intensa, específicamente orientada a delimitar un sistema de garantías de diversa índole, sustantivas y procesales, para facilitar y promover la realización de los derechos en la vida cotidiana de las personas y ciudadanos españoles –y nacionales de otros Estados que residen en nuestro país–. Esta constatación, que entiendo plenamente defendible incluso en las relaciones con las Administraciones Públicas, sometidas o vinculadas férreamente por tales derechos (art. 53 CE), aún es más visible o perceptible en el mundo de las relaciones privadas o entre particulares, incluidas, cómo no, las relaciones de trabajo ¹.

Ahora bien, el temprano y firme reconocimiento de la fuerza jurídica directa e inmediata de los derechos fundamentales por el TCo, así como la recepción en su doctrina de la práctica totalidad de los avances conceptuales y hermenéuticos que en esta materia se han producido en otras experiencias jurídicas, legislativas y judiciales, ha determinado que, con notables excepciones, España cuenta con uno de los ordenamientos más modernos y avanzados en esta materia. Esta posición normativa preferente de los derechos fundamentales en el proceso global de producción jurídica, ha determinado una amplísima –aunque difícilmente completa, incluso acabable– depuración del ordenamiento jurídico, e impulsado una creciente práctica judicial presidida u orientada por el convencimiento de sus efectos rupturistas o renovadores.

Un clarísimo ejemplo, de gran relevancia, de esta virtuosa paradoja, que encuentra su explicación en la clara distinción entre «Legislación» y «Derecho», es la célebre doctrina constitucional

¹ Obviamente, no es éste el momento ni el lugar para hacer un repaso de las (escasas) leyes orientadas, de una forma especialmente significativa, a fijar un estatuto normativo garantista de los diferentes derechos fundamentales recogidos en los artículos 14 a 30 de la CE. A título de ejemplo, y aparte de la lejana, pero vigente, LO 5/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, o la prácticamente derogada Ley 62/1978, de tutela jurisdiccional preferente de estos derechos, cuyo contenido ha ido siendo asumido por las diferentes reformas procesales – LPL/1990; LJCA/1998; LEC/2000, la LO 15/1999 de *protección de datos de carácter personal*, o en ámbitos más específicos, si bien con un alcance subjetivo y material de gran relevancia, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales o la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente*; Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

de la vigencia inmediata de los derechos fundamentales, al menos en el plano del deber de abstención de comportamientos lesivos o respeto de los derechos, en las relaciones entre privados en general (SSTCo 18/1984;177/1988), y en las relaciones laborales en particular (STCo 88/1985). El repaso del auténtico sistema de garantías sustantivas y procesales derivadas de esta doctrina constitucional, que se remonta nada menos que a 1981 pero cuyas consecuencias últimas están aún en buena medida por explorar en la jurisdicción ordinaria, nos ofrece muchas concreciones de interés, ya muy analizadas –quizás algo traslaticamente– por la doctrina. En este momento me limitaré a recordar, por la conexión con la legislación aquí comentada, sus efectos positivos para afrontar eficazmente, sin legislación específica alguna pero con las mismas o más garantías que aquellos países que sí disponen de ella, la lucha contra una fenómeno socio-patológico tan relevante como es el conocido «acoso moral en el trabajo»².

Pese a esta lectura, que quizás más de un avezado lector pueda interpretar como excesivamente confiada o complaciente, es también evidente o manifiesto que la vigencia efectiva de determinados derechos fundamentales dotados de una protección especial –«de pata negra»– desde la propia Norma Fundamental requiere compromisos mayores y más serios por parte del legislador, sin que puedan ser suplidos por ninguna fuente extralegislativa. Por supuesto no puede esta inusitada actividad creativa del TCo, y por ende abierta también a los Tribunales ordinarios, pero tampoco otras fuentes de producción jurídica con un mayor alcance regulador, como la negociación colectiva, pese al mucho espacio que ésta tiene abierta para profundizar, en el ámbito de las relaciones laborales, en la garantía de efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Pues bien, desde esta perspectiva favorable a la promoción de iniciativas legislativas, no ya por razones de pura conveniencia o de seguridad jurídica, sino de estricta necesidad normativa, está, sin duda, *la garantía de efectividad del derecho a la tutela frente a cualquier forma de discriminación*.

Acaso pudiera parecer al lector especializado, ávido por conocer las principales novedades que contiene una legislación tan difundida en ciertos medios de comunicación, pese a sus escasísimos días de vida –*la Ley 51/2003, 2-12, de igualdad de oportunidades y no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, se publicó en el BOE 3-12; *la Ley 62/2003, MFAOS*, en el BOE 31-12–, que recurrimos a una introducción demasiado pomposa y desapegada del dato jurídico que se pretende dar a conocer y comentar para una mejor aplicación práctica. Como confío en poder acreditarle a lo largo de estas páginas con suficiencia, entiendo que sólo este «preámbulo» nos puede ayudar a comprender bien, por encima de las apariencias, el sentido y alcance de las nuevas leyes antidiscriminatorias. Esto es, lo que tienen de verdadera novedad, lo que es puramente formal o declarativo, así como las notables carencias en los aspectos verdaderamente nodales de la actual fase de la lucha antidiscriminatoria, en particular en el mundo del trabajo respecto de cualquier motivo o forma de discriminación, pero también fuera de este entorno, especialmente respecto de las personas con discapacidad.

De este modo, pretendo alertar o prevenir frente a dos tipos de actitudes bien diferentes u opuestas en esta materia. Por un lado, la de aquellos que entienden que la nueva legislación, pese a

² Me permito remitir, para el análisis en detalle de esta afirmación, hoy cada vez más seguida en la doctrina, científica y judicial, al estudio crítico del Criterio Técnico (CT) 34/2003, en el núm. 242/2003, de esta Revista.

sus loables pretensiones y a vincularse a compromisos comunitarios, no era necesaria en el plano normativo, por lo que en gran medida conducirá a reforzar uno de los graves males de nuestro tiempo, la inflación legislativa –aunque se hable de ella desde hace décadas–. Por otro, la de quienes, en una posición bien opuesta, consideran que no sólo una legislación de este tipo es absolutamente inexcusable en nuestro país, extremadamente desfasado en el plano legislativo a tal fin, sino que hay que lanzar todo tipo de albricias y alharacas sobre el efecto casi «revolucionario» que esta legislación tendrá en nuestro ordenamiento jurídico en general, y en particular en los ordenamientos del empleo y del trabajo. En efecto, son ya diversos los colectivos que consideran que con la entrada en vigor de estas reformas cambiarán profundamente las reglas de juego de las relaciones en el mundo del trabajo, privado o público, por cuenta ajena o por cuenta propia, hasta el punto de «transformar» la legislación existente.

Por supuesto, sólo estaremos en condición de optar de forma consecuente por una u otra tesis, o fijar la propia de cada lector-intérprete, cuando conozcamos con suficiencia y precisión sus contenidos, en parte coincidentes en ambas leyes –lo que se explica por la identidad común de ciertos fundamentos normativo–. Este doble objetivo –ayudar a conocerla para su aplicación práctica, y a comprenderla para su adecuada valoración– es el que preside este comentario. Sin embargo, me permito aportar dos datos más de carácter general que permita situar correctamente los textos legislativos que exponemos y sometemos a estudio. A tal fin, quizás no sea ocioso aclarar de forma sucinta, sin perjuicio de pormenores que serán analizados en otros lugares de este trabajo, la opción de técnica y política jurídicas seguidas por el legislador español respecto a esta esencial finalidad: la renovación de nuestra legislación y, en bastante menor medida, ordenamiento de lucha contra la discriminación, en la línea de culminar el proceso programado –proyectado– en la Constitución de transformar, una vez reconocidos, los principios de igualdad (formal) de trato y de no discriminación en un auténtico derecho a la igualdad de oportunidades.

En efecto, en primer lugar, debemos recordar que esta reciente legislación, especialmente la Ley 62/2003, MFAOS, que es la que pretende delimitar el marco general de tutela antidiscriminatoria, aparece de forma tardía o extemporánea. Los plazos de trasposición de las Directivas –la 2000/43 CE, 29-6 y la 2000/78/CE– que, dictadas con fundamento en el artículo 13 del TCE, están en la base de la misma concluían el 19 de julio y el 2 de diciembre de 2003, respectivamente. Además, la técnica legislativa empleada ha sido muy deficiente, no ya porque se lleve a cabo en las tan célebres como aberrantes «Leyes de Acompañamiento», sino porque ni tan siquiera figuraba en los planes –voluntad legislativa– originarios del Gobierno, que presentó un Proyecto de Ley en el que no se hacía mención alguna a este tema, por lo que ha tenido que ser *in extremis*, esto es, vía enmienda posterior, ya en el proceso de tramitación parlamentario. En consecuencia, las habituales críticas de «Leyes Escoba» y ajenas a la reflexión que debe guiar toda reforma legislativa adquieren, en este caso, plena confirmación. Asimismo, en vez de recoger en un texto único todas las reformas, definiendo de verdad un marco general, no uniforme pero sí unitario, de tutela antidiscriminatoria, vuelve a preferir la dispersión legislativa.

En segundo lugar, esta falta de verdadera voluntad gubernativa –y reflexión– para proceder a una auténtica renovación normativa en esta materia, más allá de la estrictamente formal y concep-

tual, se pone de relieve por la falta de vigencia efectiva que preside la promulgación de la Ley 51/2003. La razón está en que, precisamente aquellos temas más novedosos, los relativos a las acciones positivas y a las políticas de fomento, no serán exigibles, como veremos, en un período relativamente largo, a juzgar por los plazos previstos en el calendario de cumplimientos de esta Ley-cronograma. Ciertamente, en estos supuestos sí contaba con el aval de las autoridades comunitarias, por cuanto la Directiva 2000/78 contiene un plazo ampliado de trasposición (tres años más, a contar desde el 2 de diciembre de 2003) para las personas con discapacidad. Sin embargo, la previsión de diferentes períodos de exigibilidad de lo dispuesto en la Ley 51/2003 viene a multiplicar, entiendo que indebidamente, el plazo para dar meridiana credibilidad –dentro del escepticismo que este tipo de Leyes genera, como ilustra la atormentada historia de su precedente, la LISMI– al proceso de transformación de la prohibición de discriminación en garantía del derecho social fundamental a la igualdad de oportunidades (art. 49 CE en relación a sus arts. 14 y 9.2).

Pese a estas muy poco favorables – casi penosas– «cartas de presentación» de lo que debía ser una auténtica renovación legislativa y conceptual en una materia de tanta trascendencia social y laboral, no pretendo en modo alguno desdeñar los cambios legislativos. Su relevancia está, en mi opinión, más en el impulso de renovación, no ya conceptual –su alcance no es disímil del ya operativo por virtud de la jurisprudencia, del TJUE y del TCo–, del compromiso de todos los agentes sociales, civiles y jurídicos, incluidos los tribunales ordinarios desde ya, con la vocación de efectividad de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados, aunque deficientemente, en la propia Constitución Española. Asimismo, supone el definitivo espaldarazo a la concepción, ya en marcha a impulso del proceso de revisión normativa en el ordenamiento comunitario, sustancial y colectiva de los derechos de las personas frente a cualquier resabio de perpetuación de las decimonónicas visiones formales e individualistas. Aunque volveremos, brevemente, sobre estas ideas en la valoración final, ahora procede exponer y analizar con algún detenimiento, en el bien entendido que es una primera aproximación, los contenidos de estas leyes.

II. EL NUEVO MARCO NORMATIVO GENERAL PARA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, ¿UN HORIZONTE DE RENOVACIÓN NORMATIVA O SÓLO CONCEPTUAL?

1. La caracterización general de la nueva legislación antidiscriminatoria: sentido político-jurídico y estructura normativa.

La Ley 51/2003, 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, es la primera que aparece en el tiempo –BOE 3-12– y, paradójicamente, es la que contiene un mayor número de programas y medidas de lucha antidiscriminatoria, sin embargo. Pero será la Ley 62/2003, de *Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* (LMFAOS), publicada casi un mes después –BOE 31-12–, la que expresamente asuma el compromiso del Estado español con la trasposición de las nuevas Directivas promulgadas en el Derecho Comunitario Derivado para reforzar la lucha contra las discriminaciones, al amparo

del artículo 13 del TCE. Aunque los ámbitos de aplicación material de aquella Ley desbordan, como veremos, los relativos al empleo y al trabajo, es claro que tiene una importante conexión con las iniciativas legislativas comunitarias aquí referidas.

Desde esta perspectiva, la «discapacidad» representa una situación personal y social especialmente considerada tanto en la Directiva 2000/78, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, cuanto con la Decisión del Consejo 2000/750/CE, de 27 de noviembre, por la que se establece, desde una perspectiva eminentemente principal y estructural, un *Programa Comunitario de Acción para luchar contra la discriminación en general (2001/2006) –DOCE 2-12-2000–*. En principio, la persecución de este objetivo favorable al establecimiento de un Marco General de garantías a favor del principio de igualdad de trato, aunque ya en sí mismo presidido por una lógica sectorial –se circunscribe al empleo y la «ocupación»–, tampoco se vería desacreditado con la existencia de otra Directiva que responde a una lógica de diferenciación subjetiva o por colectivo socialmente afectado, como es la 2000/43/CE, 29-6, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas al margen de su origen racial o étnico*.

Pues bien, a tratar de responder al desafío que representaba esta nueva etapa, auténtico salto cualitativo en la lucha comunitaria contra las discriminaciones, hasta hace bien poco centrada en buena medida en el principio de la igualdad entre hombre y mujer³, obedece el Capítulo III del Título II de la Ley 62/2003. El artículo 27.1 declara que tiene «*por objeto establecer medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación*».

No obstante, en realidad busca reforzar la tutela hasta ahora existente en relación a determinadas circunstancias que la práctica evidencia como especialmente susceptibles de generar y mantener conductas y prácticas discriminatorias. De ahí, la diferenciación subjetiva o por colectivos desfavorecidos o víctimas de la discriminación social que anima esta normativa, pues no se orienta a una lucha general contra la discriminación, para cualquier persona o colectivo, en atención a cualquier circunstancia, motivo o razón, y para cualquier ámbito, sino «*en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*», por un lado, y «*en los términos que en cada una de sus secciones se establecen*», por otro. En lo que no hay restricción, al menos de principio, aunque después será matizado o contradicho, es en la naturaleza de la relación en que tal discriminación se pueda producir, por cuanto sus normas son exigibles «*a todas las personas*» –en el sector público o en el privado– (art. 27.2 Ley 62/2003, MAFOS).

La segmentación normativa, al menos en el plano estructural, parece imponerse así al objetivo de un marco general, por lo que la propia Ley 62/2003, con una técnica legislativa a mi juicio ni nece-

³ Entre las múltiples Directivas existentes en esta materia, ampliamente analizadas por la doctrina iuslaboralista, sabido es que la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, ha venido ocupando una posición especial. De ahí la importancia que se otorga, en los comentarios más recientes, a la trasposición de la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento y el Consejo, que la modifica notablemente. Aunque los conceptos recogidos en ella coinciden con los de las Directivas de 2000, por lo que se ha relativizado en sustancial modo la necesidad de trasposición formal, permanecen ciertas cuestiones exigidas –incluso urgidas– de trasposición, prevista como fecha límite para el 5 de octubre de 2005.

saría ni correcta, se ve impactada por la lógica de diferenciación subjetiva y por la de diferenciación sectorial ya indicadas. Sin embargo, que las normas comunitarias sean diversas no quiere decir que la norma de trasposición tenga que seguir su mismo camino, puesto que es manifiesta la sustancial identidad de principios orientadores, instrumentos conceptuales y estructura normativa.

La estructura normativa de este Capítulo III se organiza, pues, en torno a tres Secciones. A saber:

- Sección 1.^a (arts. 27-28): *Disposiciones Generales* (objeto y ámbito de aplicación; definiciones).
- Sección 2.^a (arts. 29-33): Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación *por el origen racial o étnico* de las personas –lógica de diferenciación subjetiva–.

Resulta de aplicación exclusivamente a estos grupos o a estas minorías, pero en relación a ámbitos extramuros del empleo y el trabajo –principio de transversalidad–, como son la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios. Las medidas para los ámbitos de acceso al empleo, por cuenta propia o ajena, condiciones de trabajo y ejercicio de la actividad profesional se regularán por la Sección 3.^a (la Directiva 2000/43 contempla conjuntamente todos los ámbitos materiales).

- Sección 3.^a (arts. 34-37): Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación *en el trabajo* –lógica de diferenciación sectorial–.

Es de aplicación para todos los colectivos desaventajados o desfavorecidos recogidos en el artículo 27.1 –y art. 1 Directiva 2000/78–, incluidas las minorías raciales o étnico-culturales, y las personas con discapacidad (art. 28.1). Estos últimos colectivos, a su vez, cuentan con otro cuerpo legislativo antidiscriminatorio nuevo, bastante más nutrido que éste –aunque aplicable a futuro–, para los ámbitos materiales extramuros al empleo y el trabajo, como es la Ley 51/2003, que estudiaremos en el siguiente apartado. Completamente al margen, pero a mi juicio sólo formalmente, han quedado otros colectivos, especialmente las desigualdades de trato injustificables por razón de sexo y/o género, probablemente con el peregrino argumento de que para este motivo –que obviamente no es una minoría, aunque sí un conjunto de colectivos socialmente discriminados–, ya existe una Directiva específica que, en su momento –éste hubiera sido bueno– se traspondrá.

2. El contenido normativo del pretendido marco general: de la fragmentación al vaciado.

a) Cuestiones conceptuales: discriminaciones indirectas y formas de acoso discriminatorio.

Los principales aspectos del que pretende –pero no consigue– ser el marco general de regulación antidiscriminatoria son, además de extender las medidas –que en este apartado ni recoge ni

menciona– al sector público y al sector privado, indiscriminadamente, de tipo conceptual, esto es, el conjunto de definiciones que ofrece. Este dato positivo, y el negativo que analizaremos más abajo –la falta de referencia a medida alguna–, nos confirma el ánimo que impulsa esta regulación: la actualización conceptual más que la innovación reguladora, al menos si ésta se considera en un plano concreto y efectivo, y no en otro puramente abstracto y de principio, que es el preferido por el legislador nacional. Así, a los efectos del Capítulo III, por tanto con alcance general para todas las Secciones, se entenderá por (art. 28):

a) Principio de igualdad de trato: la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona.

Destaca en esta definición el carácter negativo que asume, lo que evidencia un alcance eminentemente formal puesto que es sabido que la igualdad de trato implica también un actuar (art. 23 Carta de Niza; art. 9.2 CE), al tiempo que identifica, indebidamente, el derecho a la igualdad con el derecho a la no discriminación. Por lo que se refiere a las circunstancias concretamente referidas, salvo la omisión del sexo, coinciden con las previstas en el artículo 13.2 TCE, pero es mucho más restrictivo que el artículo 21.1 Carta de Derechos Fundamentales de la UE, así como que el artículo 14 CE, dada la cláusula abierta que contiene.

Definida *la discriminación directa* como trato de menor favor a una persona respecto a situación análoga por razón de tales circunstancias, lo más interesantes es la definición del concepto de:

b) Discriminación indirecta, que se define como toda disposición normativa, cláusula convencional o contractual, pacto individual o decisión unilateral que, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por las referidas circunstancias, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para su consecución «no sean adecuados y necesarios».

A la vista de esta definición conviene recordar que, en última instancia, el legislador comunitario no ha hecho sino recibir legalmente la construcción que formulara, desde hace tiempo y de manera reiterada, aunque con una aplicación no siempre lineal o unívoca, el TJCE (ej. Sent. 9-2-1999, Asunto Seymour-Smith). La definición legislativa no coincide estrictamente, sin embargo, con esta formulación jurisprudencial, ni tampoco con la recogida en el artículo 2.2 de la Directiva 97/80/CE, sobre la carga de la prueba en los procesos de discriminación por motivo de sexo. Las diferencias son básicamente dos: por un lado, *ni precisa ni cualifica las dimensiones del grupo o colectivo de personas de una determinada minoría afectadas* por la «desventaja particular», cuando tanto la jurisprudencia como la referida Directiva exigen que «afecte a una proporción sustancialmente mayor» de miembros de un grupo respecto de otro –en particular de un mismo sexo, al estar fijada respecto de este motivo la doctrina judicial–, de ahí la importancia de la problemática «prueba estadística»; por otro, respecto a los criterios justificadores de la legitimidad de una desigualdad de trato entre

personas, se pone especial énfasis en el criterio de la necesidad, junto al de adecuación, lo que en algunas ocasiones no ha sido suficientemente analizado por el TJCE. En última instancia no se trata sino de la aplicación del juicio de proporcionalidad, por lo que las diferencias no serán más que de matiz, sin afectar sustancialmente a la comprensión y aplicación del concepto ⁴.

c) Acoso: «toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo».

Esta conducta se considera como una *nueva forma de discriminación* prohibida por el ordenamiento (art. 28.2; antes art. 4 Ley 51/2003). No cabe duda de que representa la principal novedad conceptual, en la medida en que, a diferencia de la discriminación indirecta –ya recibida por el propio TCo español– no contábamos hasta este momento con una formulación normativa del acoso, tampoco en la jurisprudencia, salvo las decisiones recientemente elaboradas respecto del acoso moral en el trabajo –*mobbing*–, con el que no puede identificarse plenamente, como veremos. Esta tipología de formas de **acoso discriminatorio** –que incorpora todas las modalidades que encuentren su razón de ser en las circunstancias contempladas en el precepto y que coincide con la definición de acoso sexual del art. 2.2.3 Directiva 2002/73– se define en atención al resultado –efecto denigrante en la persona e intimidatorio– y no a la conducta en que se concreta el comportamiento prohibido.

Resulta manifiesto que el legislador nacional, siguiendo la estela del legislador comunitario, pone el acento en el «acoso ambiental». Ahora bien, conviene de inmediato precisar que con ello se quiere garantizar un concepto amplio –quizás demasiado– y al margen de la búsqueda de elementos de tipo volitivo –finalidad o ánimo que promueve el comportamiento prohibido–, por lo que resultará más práctico u operativo. Sin embargo, en modo alguno descarta otras modalidades, como, en paralelo a lo previsto respecto de su modalidad sexual y/o de género, el «acoso intimidatorio» o el «chantaje» social y/o profesional ⁵. Asimismo, parece igualmente meridiano que los derechos a proteger son los de respeto a la dignidad del trabajador y, claro está, a la no discriminación, dejando en un segundo plano, aunque no por ello desconozca o impida, la afectación o lesión, y por tanto invocación, de otros derechos, dado el carácter pluriofensivo que acompaña, ya desde la primera formulación respecto del acoso sexual, este género de conductas. Aunque la dimensión ambiental privilegiada parece sugerir, si no la habitualidad del comportamiento lesivo, sí la reiteración y frecuencia, entendemos que la apertura del concepto legal no puede descartar su aplicación a situaciones que se vinculen a un solo acto, siempre que sea de tal intensidad como para generar el efecto tipificado.

⁴ En este sentido, si bien en otro ámbito, el de la Directiva 2002/73/CE, T. PÉREZ DEL RÍO. «*La protección frente a la discriminación en el derecho comunitario...*». RDS, núm.19.2002. pág. 99.

⁵ La Recomendación de 27-11-2001 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo recoge este concepto.

Pero como es evidente, la cuestión más relevante en relación a este concepto es determinar si, como algunos ya se han lanzado a proclamar a los cuatro vientos, este concepto legal de acoso discriminatorio incluye el concepto de *acoso moral en el trabajo* –*mobbing*–, con lo que España ya contaría con la primera regulación específica al respecto. Pues bien, a mi juicio, el concepto legislativo de acoso discriminatorio *no está en condiciones de integrar, con carácter general, el concepto de acoso moral en el trabajo*, sin perjuicio de identificar el carácter discriminatorio del mismo cuando tenga por causa o motivo una de las circunstancias contempladas en la Ley, y en general en el artículo 14 CE.

En la medida en que este último se define no sólo por el efecto atentatorio, potencial –peligro grave y concreto– o actual –daño–, sino también por la cualidad de las conductas, que evidencia un *proceso* de violencia psicológica susceptible de quebrar el equilibrio bio-social de una persona, impidiéndole el determinar de forma autónoma su propia identidad. No se trata de exigir que se delimiten los concretos comportamientos susceptibles en que consiste ese proceso, pues su carácter pro-teiforme y morfogenético hace muy difícil, incluso desaconseja, su listado. Lo importante es llamar la atención sobre la secuencia o proceso, pues es en el conjunto de actuaciones, que pueden ser ilícitas pero también lícitas, relevantes o anodinas en sí mismas consideradas, pues en él reside su singularidad y su potencialidad destructiva (*vid.* NTP 476/1998, INSHT).

De ahí que, de nuevo sin perjuicio del carácter pluriofensivo de esta modalidad de acoso, la razón de ser de la tutela antiacoso moral debe ser la prohibición de la desintegración psicológica y moral de la persona, de conformidad no con el artículo 14 CE –cuya vulneración no se descarta– sino con el artículo 15 CE, como entiende la mayor parte de la doctrina científica y judicial⁶. Es en la tutela de la integridad del estatuto profesional y, al mismo tiempo, personal del sujeto acosado, que se ve perturbado de forma reiterada –«sistemática»– y grave, donde ha de encontrarse el fundamento de la protección. El favor que la lucha contra toda forma de discriminación ha alcanzado, institucional y normativamente, no debe llevar a silenciar o marginar esta realidad.

Las causas de discriminación indicadas en la normativa comunitaria y en las Leyes de transposición, así como en la cláusula general del artículo 14 CE, pueden servir de instrumento para producir el resultado, pretendido o conseguido, con el proceso de acoso moral, especialmente en el trabajo, aunque también cabe admitir otros ámbitos de la vida social –en pareja o en grupo organizado–. Ahora bien, este proceso en modo alguno presupone o precisa las diferencias discriminatorias señaladas, de ahí que, y esto es muy importante en la práctica judicial, no precise en modo alguno el juicio de comparación propio de la prohibición de discriminación. Si es cierto que se pueden detectar grupos de personas con especial riesgo de sufrir un proceso de acoso moral, ni esos grupos se identifican sin más con los descritos en los conceptos comunitario y nacional, pues se incluyen otros, ni es necesario pertenecer a uno de ellos, porque, en realidad, cualquier persona, en un determinado contexto organizativo y en ciertas circunstancias de diversa naturaleza, incluidas las interpersonales pero no sólo, podemos ser «víctimas» del acoso.

⁶ *Vid.* la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo [2001/12339 (INI)], al amparo de los artículos 2, 3, 13, 125-129, 136-140 y 143 TCE. También la Estrategia Comunitaria de Salud (2002-2006).

En consecuencia, cuando el proceso de violencia psicológica y moral en que consiste el *mobbing* sea el instrumento elegido para materializar un comportamiento discriminatorio en relación a determinados sujetos, en atención a las circunstancias personales o sociales descritas en las normas, entonces serán aplicables plenamente las normas recientemente introducidas en nuestra legislación, pues aquél es técnicamente subsumido por ésta, la discriminación. En otros casos, al margen de cualquier conducta propia o técnicamente discriminatoria, o incluso cuando la discriminación en sentido estricto sea instrumental para formalizar, reforzar o agravar el proceso de acoso, entonces ocurrirá a la inversa, la discriminación es absorbida por éste, por lo que su fundamento será el artículo 15 CE –derecho a la integridad moral–. Aunque en ambos casos nos encontramos en el plano de los derechos fundamentales, por lo que las medidas son sustancialmente coincidentes, en la práctica las diferencias son notables, tanto en la identificación de la conducta –prueba de la misma– como en la fijación de sus consecuencias –ej. tutela resarcitoria –. En todo caso, conviene recordar una vez más que el ordenamiento español está en plenas condiciones de afrontar eficazmente, al margen de que se concrete o no una nueva legislación, incluso comunitaria, la prevención y represión del acoso moral.

Cosa distinta es reconocer, como creo que hay que hacer sin duda alguna, las enormes virtualidades que la difusión práctica de este concepto comunitario y, ahora ya, estatal puede tener para una lucha bastante más eficaz, en sede judicial, contra esta lacra socio-organizativa. En efecto, por un lado, quedan desacreditadas, o cuando menos muy relativizadas, todas aquellas aproximaciones al fenómeno –tipo social– basadas exclusiva, o principalmente, en las características de la personalidad, sea del sujeto acosador –agresores o «sujetos tóxicos»– sea de la persona estigmatizada o víctima, pues un rasgo básico del tipo jurídico es el resultado sobre los derechos de la personalidad de la persona acosada y sobre su entorno o ambiente. Por otro lado, vuelve a confirmarse que el ámbito más propio para la tutela contra el acoso moral es el de los derechos fundamentales, sin perjuicio del papel que pueden desempeñar, en ambos casos, las normas preventivas.

Pero este mismo carácter defectuoso del concepto comunitario, por tanto del recogido en las leyes estatales de trasposición, impediría, o cuando menos dificultaría, la inclusión del cada vez más difundido «acoso inmobiliario» –por algunos también llamado *mobbing inmobiliario*, con lo que el explicado neologismo se convertiría en género con varias modalidades o especies–. En efecto, son cada vez más los medios de comunicación que acogen las denuncias de vecinos que denuncian una estrategia de persecución u hostigamiento continuo al objeto de conseguir que abandonen los pisos en los que viven, como propietarios o inquilinos. Suele ser gente mayor, con pocos recursos económicos, que viven en pisos antiguos de renta baja e indefinida. Sin embargo, sus casas están situadas en zonas donde el precio de la vivienda se ha disparado. Los «especuladores» inmobiliarios ejercerían una suerte de plan de «coacción a domicilio», al objeto de presionar tendenciosamente para que dejen sus viviendas –por ej., no pasan los recibos, como artimaña para imputarles un incumplimiento y, por tanto, justificar el ejercicio de facultades resolutorias; o les privan de determinados servicios, unos de escasa relevancia, como el timbre de la puerta, otros más significativos, como el corte de suministro de agua y luz, de forma reiterada–. Que se realice más fácilmente a personas de edad, a inmigrantes, a personas de escasos recursos, a discapacitados, no puede llevar, al menos de modo necesario, a que sea absorbido por la discriminación.

Aquí se acaba el marco de disposiciones generales. La técnica legislativa elegida es un dislate y complica la comprensión de una regulación menos compleja de lo que ha resultado. Además, su parquedad hace que el sentido generalizador quede bastante desvaído. En el plano conceptual, las definiciones representan una trasposición casi literal de las normas comunitarias. El legislador no ha hecho uso del margen de libertad definitoria del que disponía, como por ejemplo con relación al concepto de acoso. El respeto a los rasgos estructurales del tipo comunitario no estaba, pues, reñido con un poder definitorio estatal que, por ejemplo, hubiera podido servir para reconocer el acoso moral –*mobbing*–, que presenta rasgos psicosociológicos –fácticos– y jurídicos parcialmente diferenciados («acoso estigmatizador»).

Tampoco el cuadro definitorio en este precepto es completo. En efecto, no se han recogido todas las previstas en el ordenamiento comunitario a trasponer, como por ejemplo sucede con el importante concepto de «acción positiva» (art. 5 Directiva 2000/43 y art. 7 Directiva 2000/78). Esta deficiencia sistemática tanto produce repeticiones –arts. 30 y 35 LMFAOS; art. 8 Ley 51/2003, si bien adquiere perfiles propios–, como ausencias u omisiones, lo que por lo demás sucede también con los restantes conceptos. Así, por ejemplo, ninguna definición se introduce en las leyes laborales reformadas para ajustarlas a la renovación conceptual que se pretende, por lo que habremos de entender se remite a las definiciones generales, pero, en cambio, sí se vuelven a repetir las definiciones en el reformado artículo 37 Ley 13/1982, LISMI, aunque también figuran en términos casi idénticos en la Ley 51/2003, –los arts. 29.2 y 34.2 repiten el art. 28.1–.

La precipitación e imprevisión hace estragos en la técnica jurídica, ya de por sí bastante maltrecha en el ámbito socio-laboral. En otros casos, las omisiones, como el concepto de deber de «adecuación» o «ajuste razonable» –tampoco el *principio de transversalidad*–, que no aparece, salvo la referencia indirecta del artículo 38, en ninguna parte de la Ley 62/2003, puede tener explicación en la propia restricción el mismo al ámbito de la discapacidad por la normativa comunitaria (art. 5 Directiva 2000/78). A este respecto, no puede descartarse en modo alguno el juego de este deber de prestación o conducta positiva de particulares –y poderes públicos– para facilitar la igualdad de trato para otras minorías, como las étnicas o las religiosas.

Desde luego, tal posibilidad no es en el plano teórico impensable, antes al contrario ya ha sido teorizada desde la figura de los deberes de protección, *ex bona fidei* o derivados directamente de la garantía de efectividad del derecho fundamental. Por supuesto, ya conoce situaciones en la práctica –ej. adaptación del tiempo de trabajo (o elección de turnos) para personas con ciertas creencias o convicciones–. Asimismo ha sido objeto de reconocimiento en ciertas experiencias judiciales –norteamericana– y normas legislativas ⁷.

⁷ Además del deber de adaptación razonable del puesto en atención a eventuales riesgos, en atención a la situación de embarazo (art. 26 LPRL), la misma necesidad de protección especial a determinados colectivos (art. 25), y la configuración de la conciliación de la vida profesional y familiar como un auténtico derecho social fundamental, no sólo como principio, apuntan en la misma dirección.

b) *Las medidas a favor de la aplicación del principio: un intento de reconstrucción del cuadro general omitido por el legislador.*

Pero estas deficiencias –caos para ser más precisos– no son nada comparadas con las relativas a las *medidas previstas* a favor de la buscada aplicación efectiva de los principios de igualdad de trato y no discriminación –recuérdese que, si bien la normativa comunitaria y nacional parece dar a entender que se identifican, no es así propiamente, manteniendo ámbitos de autonomía o de especificidad–. En realidad, en la sección teóricamente destinada a definir las disposiciones de aplicación general, no aparece ni una sola referencia. Puede esgrimirse en su justificación que no hay problema alguno, porque sí están en las dos secciones siguientes. La falta de un marco general vuelve a generar reiteraciones –los arts. 30 y 32 reiteran lo previsto en los arts. 35 y 36–, que conviven con omisiones injustificables, que multiplican las ya muchas deficiencias de trasposición.

Así, por ejemplo, no se recoge expresamente la regla a favor de la *legitimación procesal* de las asociaciones representativas de los diferentes colectivos, que quedaría limitada a las minorías raciales o étnicas (art. 31). Tampoco se prevé expresamente un *ámbito de participación institucional y diálogo permanente*, así como de atención y servicio a favor de las personas víctimas de discriminación, salvo para las minorías raciales (art. 33). No hay referencia específica a las medidas de protección –*garantía de indemnidad*– contra las represalias adoptadas como reacción, de los interesados o terceros, ante reclamaciones o quejas para exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato, salvo en relación al trabajo por cuenta ajena, con las reformas del artículo 17.1 LET y, en coherencia, el artículo 12.8 LISOS (art. 41 LMFAOS). Aunque el artículo 13 de la Directiva 2000/78 parece limitar esta garantía frente a las decisiones empresariales, el artículo 9 de la Directiva 2000/43, contiene una formulación de la misma mucho más amplia, al proteger frente «a cualquier trato adverso... que pueda producirse como reacción ante una reclamación».

Entre otras carencias, tampoco hay un marco mínimo de *medidas de fomento*. Ni se ofrece una sola acción positiva, ni se hace referencia, como sí sucede en la Ley 51/2003, a compromisos públicos con medidas de fomento o promoción. Las dos previsiones de la Sección 3.^a son un auténtico brindis al sol.

Como puede fácilmente colegirse de este repaso por el contenido regulador de la Sección 1.^a, como marco común del Capítulo III, y en general de la nueva legislación antidiscriminatoria, pretendidamente innovadora o rompedora de nuestra precedente actitud legislativa abstencionista y obsoleta, salvo en materia de acciones positivas y política de fomento, ninguna de las previsiones recogidas en la reforma tiene verdadera novedad jurídica. En el plano de los *conceptos*, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya había recibido buena parte de ellos, como la acción positiva y las discriminaciones indirectas. En el plano de las *medidas*, salvo la relativa a específicos organismos de promoción de la igualdad de trato (art. 13 Directiva 2000/43) –excepción hecha de las personas con discapacidad–, todas las que pueden representar una mayor novedad en el plano de la defensa judicial ya están ampliamente operativas, y con carácter general, por su formulación a cargo del TCo ⁸.

⁸ Ej. reglas de facilitación de la carga de la prueba; prohibición de limitaciones a la indemnización; garantía de indemnidad; legitimación de grupos con intereses (colectivos) legítimos.

Por tanto, si en el plano de la tutela sustancial las carencias de este vaciamiento del marco general, con los agravantes de las deficiencias técnicas derivadas de la fragmentación y dispersión, no impiden el juego real o efectivo de las previsiones comunitarias, en el plano de la técnica, tanto reguladora como de trasposición, las carencias no pueden ser mayores y más injustificadas, salvo la referida precipitación –o desgana–. De nuevo deberá ser el intérprete el que reconstruya, por vocación, por función y por necesidades prácticas, los elementos básicos del nuevo sistema de tutela antidiscriminatoria. Así, se distinguen dos planos:

1. El plano conceptual:

1.1. *Comportamientos prohibidos* como lesivos del derecho a la no discriminación. Con carácter general, han de entenderse ya definidas, con carácter absolutamente general, en relación al artículo 14 CE:

a) Discriminación directa y *discriminación indirecta*.

b) *Acoso ambiental* –y el «chantaje»– como forma de discriminación siempre que tenga por razón cualesquiera de las del artículo 14 CE.

1.2. Comportamientos exigibles a favor del derecho a la igualdad de oportunidades:

a) *Acciones positivas*.

b) *Deber de ajuste o adecuación razonable*.

2. En el plano de las **medidas** (garantías de efectividad).

2.1. Medidas de prevención.

2.2. Medidas de defensa o corrección:

a) Formas de resolución extrajudicial.

b) Procedimientos especialmente efectivos de tutela judicial:

b.1.) Reglas sustantivas:

- Deber de adoptar cuantas medidas sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y restablecer al perjudicado –*restitutum in integrum*–.
- *Prohibición de limitación de las indemnizaciones* por daños derivados de la lesión del derecho a la igualdad, tanto biológicos como morales.

- *Garantía de indemnidad* –protección frente a las represalias–.

b.2) Reglas procesales:

- Reglas de favor para la *legitimación de los grupos* o colectivos representativos.
- Reglas especiales de *facilitación de la carga de la prueba*.

c) Tutela administrativa: control y sanción.

2.3. Medidas de fomento o promoción:

a) Acciones de remoción o compensación de las desventajas.

b) Promoción del diálogo social y/o civil.

c) Órganos de promoción de la igualdad de trato.

Puesto que el marco normativo más completo a estos efectos es el que suministra la Ley 51/2003, a través de su comentario analizaremos, brevemente, todas estas cuestiones. Esta Ley no tiene sólo el mérito de ser la primera que introduce esta renovación, real o pretendida, conceptual y normativa, sino que además es de aplicación supletoria, para las personas con discapacidad, al ámbito del empleo y el trabajo.

III. «CARTA DE LOS REYES MAGOS»: LA LEY 51/2003, DE GARANTÍAS DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN SUS ENTORNOS NO LABORALES

1. Caracterización general: razones de la Ley y estructura normativa.

a) *El sentido político-jurídico: las razones de ser de la Ley.*

Hasta ahora, al menos en el estricto plano normativo y jurisprudencial, el ámbito que se había mostrado más activo a favor de la lucha contra las discriminaciones, en particular en el marco del proceso de integración comunitaria, había sido, sin duda alguna, el relativo a la discriminación por razón de sexo –y género–. Son de todos conocidas las profundas transformaciones o mutaciones experimentados en el mismo enfoque regulador, de modo que pasó de ser un instrumento de defensa de una competencia legal, evitando que la discriminación del trabajo de las mujeres produjera

diferencias indebidas de costes laborales y sociales, a un derecho fundamental, no sólo de libertad –deber de respeto; prohibiciones de discriminación– sino social –deberes de prestación; medidas de fomento–.

Sin embargo, a raíz de las nuevas disposiciones incluidas en el Derecho originario de la UE, en virtud de la promulgación y entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, en especial el artículo 13 TCE, la Comisión inició e impulsó un extenso e intenso proceso de ampliación y renovación de aquella lucha. Así, ahora el horizonte es la prevención y, en su caso, erradicación de cualquier forma de discriminación, contra cualquier grupo o colectivo perjudicado, más allá de la comparación de situaciones entre hombre y mujer, y cualquier ámbito material o funcional, más allá del empleo, el trabajo y la protección social ⁹.

La reconocida «vis expansiva» del principio comunitario –y constitucional– de igualdad de trato se muestra aquí, aunque no siempre encuentre el mismo protagonismo ni la acción legislativa y judicial sean siempre coherentes (ej. la tristemente célebre Sentencia Kalanke, STJUE 17-2-1995; o la no menos criticable STJCE 14-12-1995, Asunto Megner), una rotunda confirmación. El dinamismo que viene mostrando el ordenamiento jurídico orientado a hacer efectivos estos principios y derechos fundamentales, reconocidos en la Carta Comunitaria de Niza y, desde hace mucho más tiempo, en la CE, parece no encontrar, al menos en el plano formal y normativo, barreras. De ahí, su permanente evolución, su capacidad para introducir continuos cambios y afrontar de modo más eficaz, efectivo en términos normativos, la enorme complejidad de esta cuestión, de enorme trascendencia social, tanto en el plano cuantitativo –por el número de personas y colectivos afectados– como cualitativo.

Sólo desde esta perspectiva puede entenderse que el legislador español haya elegido o preferido, para la primera recepción de los conceptos y medidas diseñados en el nuevo ordenamiento comunitario a efectos de lucha antidiscriminatoria, un ámbito de regulación no general sino animado por una lógica de «diferenciación subjetiva», como ha sido la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. Ciertamente, en esta anticipación ha influido notablemente el más que evidente criterio de oportunidad –¿oportunismo?– expresado en la propia EM, como es la finalización del Año Europeo de las Personas con Discapacidad, que entiendo estamos, nada más y nada menos, ante «una de las aportaciones más significativas de la sociedad española al esfuerzo colectivo de emancipación histórica de las personas con discapacidad» (*sic*)–. Ahora bien, no menos cierto es que existen importantes razones de fondo para justificar una Ley de esta guisa, cuya comprensión es importante para no incurrir en el riesgo –aquí presente– de deriva hacia una mera Ley-Marco, una Ley de principios o, lo que es peor, una Ley-promesa, de valor más programático y simbólico que efectivo, como Ley de Garantías que es –o debía ser–, para la efectividad de un derecho reconocido en la CE y en la próxima Constitución Comunitaria: *la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*.

⁹ Buena prueba de la preocupación comunitaria por esta lucha, más allá del ámbito al que se limitaba su iniciativa legislativa por los condicionantes de los Tratados –que carecían de referencias a otras causas de discriminación diferentes al sexo (y/o género)–, es la actuación en contra del racismo y la xenofobia. No obstante, el Programa más ambicioso, a partir del artículo 13 TCE, es el de Acción contra la discriminación 2001-2006, aprobado por *Decisión del Consejo 2000/750/CE*, 27-11 –DOCE 2-12–.

Las *razones* que están en la base de esta Ley se pueden ordenar en dos grandes grupos:

1.º *Razones de índole normativa*: cumplimiento de los imperativos de efectividad de las normas de mayor rango, al objeto de adecuar la representación normativa del ordenamiento con su funcionamiento práctico, entre los que, hoy día, se constata una fuerte brecha o divorcio.

En este plano de observación netamente normativo se destacan dos grupos de imperativos normativos. A saber:

a) Razones constitucionales: del principio rector de la política económica y social –arts. 9.2, 10 y 49 CE– *al derecho social fundamental a la igualdad de oportunidades* de las personas con discapacidad – art. 49 en relación con arts. 14 y 9.2 CE–.

El artículo 49 CE, con un grado notablemente mayor de concreción conceptual, técnica y normativa de lo que tradicionalmente se ha reconocido de forma mayoritaria, estableció un mandato a los poderes públicos para dotar a las personas discapacitadas de un «*estatuto jurídico propio*», no para perpetuar su diferencia social sino, al contrario, para promover, desde su consideración como sujetos con necesidades especiales que hay que proteger para compensar la desigualdad de partida, el camino hacia su equiparación normativa y fáctica en derechos con los restantes colectivos de población. El legislador actual parte pues, con estas invocaciones, de la configuración del derecho reconocido en el artículo 49 CE como el precipitado o síntesis de las exigencias de libertad real e igualdad sustancial reconocidas, de forma imperativa, por la Norma Fundamental, de modo que, en aplicación del artículo 53.3 CE, se marca como objetivo *garantizar la efectividad de un derecho ya reconocido* normativamente ¹⁰.

b) *Razones internacionales*, especialmente en el marco del «nuevo» Derecho Antidiscriminatorio de la UE: de las normas-programa a las normas-derechos.

La referencia al contexto normativo-institucional y socio-cultural de ámbito internacional favorable a la lucha en pro de una mayor equiparación real, no sólo formal, de derecho, destacando la «gran sensibilidad en torno a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal», se centra en los compromisos de la ONU –documentos programáticos o jurídicos sobre los derechos de las personas con discapacidad– y, dentro de nuestro ámbito «regional», en el Consejo de Europa (Convenio Europeo para la PDHLF) y UE (Carta de los Derechos Fundamentales de la UE). Queda así fuera del recuerdo, lo que no tiene ninguna justificación, el papel cumplido tanto por la OIT como por la Carta Social Europea, quizás por su mayor vinculación a lógicas sectoriales –el trabajo y la protección social–.

¹⁰ En un plano teórico, L. FERRAJOLI. *Derecho y Garantías*. Trotta. Madrid. 1999. Para el proceso evolutivo en este sentido, respecto del artículo 49, J.L. MONEREO-C. MOLINA. «El derecho a la protección de las personas con minusvalías». Id. (coord.) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*. Comares. Granada. 2003.

En todo caso, no cabe duda de que la vinculación más relevante es la que presenta con el ya varias veces referido artículo 13 TCE, así como con las tres Directivas que, hasta el momento, han visto la luz a su amparo. Como hemos visto también, estas Directivas han marcado un momento histórico en la evolución del Derecho Antidiscriminatorio Comunitario y, a diferencia de lo que ha venido sucediendo hasta el momento en los Estados miembros, en particular en España, el legislador parece haber vencido sus resistencias a trasladar formalmente tales adquisiciones a cuerpos legislativos propios. Si la opción de técnica legislativa habitualmente elegida, al menos en el pasado, había sido limitarse a reformas parciales, sin perjuicio de la operatividad de todo el entramado conceptual y normativo mediante su recepción jurisprudencial, ahora se ha decidido, con mejor técnica, al menos en términos generales, y actitud que en la Ley 62/2004, vencer aquella resistencia ¹¹.

No obstante, de las tres Directivas, sólo la 2000/78, desde una lógica sectorial –el trabajo–, y la 2002/73, desde una lógica no sólo sectorial –empleo, promoción profesional y condiciones de trabajo– sino también subjetiva –igualdad entre hombres y mujeres–, tienen una especial incidencia en el ámbito de la discapacidad, pues la 2000/43 busca el mismo objetivo pero para un colectivo diferente, las minorías raciales o étnicas. De cualquier modo, y la Ley 51/2003 es clara muestra de ello, debe recordarse que las tres se organizan normativamente con una estructura análoga, como análogos son los conceptos.

2.º *Razones de índole socio-cultural*: la **modernización** de la normativa para adaptarla a la evolución de las necesidades y demandas.

El legislador no sólo habría constatado una significativa ausencia de cumplimiento de los grandes principios reconocidos en el ordenamiento, nacional e internacional, sino también un cierto desfase en los enfoques del problema. Junto a la renovación de instrumentos, conceptuales y normativos, persigue al mismo tiempo introducir una nueva comprensión o lectura de los mismos, acorde con los diferentes análisis que, fuera del ámbito jurídico en sentido estricto, se da al problema de equiparación de las personas con discapacidad a las personas sin discapacidad, al objeto de conseguir que ambos grupos vivan como «personas normales». En este sentido, por buena o exitosa que pudiera ser una regulación, parece claro que el transcurso del tiempo obliga siempre a revisar, como presupuesto de eficacia, los textos para adaptarlos a la evolución experimentada por la realidad y adecuarla a nuevas demandas de justicia social.

Sin pretender en absoluto «poner en cuestión su vigencia», el legislador considera que «*más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos*» (LISMI), es ya tiempo suficiente como «*para promulgar otra norma legal... que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad*». Prueba de este respeto, quizás excesivo ante la pérdida de vigencia efectiva que la misma ha sufrido en este largo tiempo, en gran medida vaciada de contenido o sencillamente incumplida, no sólo se afirma el carácter meramente «complementario» de la nueva Ley, sino que, a diferencia de lo que poco después hará la Ley

¹¹ Recuérdese que en relación a las personas con discapacidad el legislador contaba con un plazo adicional de tres años.

62/2004, no creyó necesario modificar ni una sola letra de la LISMI, pese a que sí introduce otras reformas en materia análoga –deber de ajuste razonable– en Leyes bien diferentes –Ley de Propiedad Horizontal–.

Los factores de índole sociológico-cultural tienen, pues, mucho que ver con la promulgación de esta Ley, lo que explicará igualmente su carácter fuertemente condicionado, ambivalente o transaccional –es una Ley que promete muchas garantías de efectividad, pero que tiene que hacer las cuentas con una realidad que se resiste fuertemente, por lo que se verá obligada a introducir un programa a medio o largo plazo de vinculatoriedad–. El principio de adaptación a la realidad social impone su Ley, al menos temporal, al principio de coherencia jurídica. Entre estos factores se destacan:

a) El dato estadístico.

Como toda ley de orden social, y ésta lo es sin duda alguna, pese a su complejidad y transversalidad, la realidad estadística está bien presente en el planteamiento de la cuestión social de la discriminación de las personas con discapacidad, hasta el punto de encabezar la EM –«En España, según la encuesta sobre discapacidades, deficiencias y estado de salud (INE, 1999), hay en torno a 3,5 millones de personas con alguna discapacidad»–. Aunque de modo sutil, aparece con nitidez la influencia de la «lógica estadística» en la ordenación de los problemas sociales de nuestro tiempo. Esta constatación no sólo ayuda a explicar la proliferación de nuevas leyes y sectores jurídicos, en atención a la fragmentación de «sujetos» y estatutos subjetivos –mujeres, jóvenes, enfermos, mayores, inmigrantes...– sino que también permite comprender buena parte de sus principios y nuevos conceptos –ej. el carácter experimental y coyuntural de la norma; la prueba estadística, el carácter intrínsecamente desigual o «estatutario» del derecho, responsabilidad social a través de su transversalidad...–.

b) La consolidación de la identidad de un grupo singularizado por una desventaja social.

También se recoge en la EM o Preámbulo de la Ley, insistimos que de dimensiones y contenido «doctrinal» poco usuales –salvo en aquellas que, con mayor o menor credibilidad o realismo, pretenden marcar un punto de inflexión en el ordenamiento jurídico anterior a la promulgación de la nueva Ley (ej. LEC, Ley Concursal...)–, otro elemento clave de las «Leyes de orden social». Nos referimos, como es natural, a la forja de identidades de grupo sobre desventajas sociales, a partir de las cuales se definen «*estatutos particulares*», aunque sólo sea para buscar, en un período determinado, la identidad de derechos entre todas las personas y ciudadanos. Así, se reconoce que, por encima de la evidente heterogeneidad de las personas con discapacidad en su consideración individual, constituyen un colectivo social singularizado o caracterizado –«marcado» o «estigmatizado» en términos sociológicos– por encontrar en su «discapacidad», cualquiera que sea su origen, naturaleza y medida o grado, mayores dificultades o desventajas que otros colectivos para el disfrute de los derechos que formalmente tiene reconocidos como persona y ciudadano.

En consecuencia, todos ellos se hacen acreedores o «*precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país*». De ahí el evidenciado carácter estatutario o intrínsecamente desigual de este subsector jurídico, naturalmente no para perpetuar la discriminación sino para atender a la diferencia fáctica, de modo que se haga real la igualdad, no realizable desde planteamientos puramente formales. Por eso una de las razones de la nueva norma será «*la persistencia en la sociedad de desigualdades...*». El legislador reconoce, como no podía ser de otra manera, que sus leyes no se han cumplido, que existen razones fácticas que impiden el funcionamiento efectivo del ordenamiento... Ésta es una observación de experiencia, por lo que enfatiza el dato de la observación sociológica sobre la estrictamente normativa.

c) Nueva comprensión social del fenómeno: evolución de los planteamientos y avances «científicos» y culturales.

Para el legislador –en cierta medida complaciente con su actuación primigenia, o al menos condescendiente con el esfuerzo realizado– lo que es más importante para explicar la nueva norma son «*los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la «discapacidad» y, consecuentemente, la aparición de nuevos enfoques y estrategias*». A tal fin, se proponen estrategias de intervención que operen sobre «*las condiciones personales*» –asistencia, ayuda– que dificultan la plena participación de las personas con discapacidad en las diferentes facetas de la vida social, según el enfoque clásico de la protección social, y al mismo tiempo sobre «*las condiciones ambientales*» que se oponen.

En esta perspectiva convergerían de forma progresiva, no obstante su diferenciado origen, «*dos estrategias de intervención relativamente nuevas*». Por un lado, la de «*lucha contra la discriminación*» y, por otro, la de «*accesibilidad universal*». Si el primero se vincula a la dilatada –«*larga marcha*»– lucha por la igualdad de trato no sólo formal sino real, y es objeto de importantes documentos programáticos y jurídicos, el concepto de accesibilidad estaría vinculado a lo que los expertos en estos temas denominan «*modelo de vida independiente*». En otros términos, lo que jurídicamente representan los principios de autodeterminación de las personas y de participación activa en la comunidad.

El auténtico punto nodal del nuevo entramado normativo es propiciar una visión integral de las personas con discapacidad. Por un lado, «*como ciudadanos titulares de derechos; sujetos activos que ejercen el derecho a tomar decisiones sobre su propia existencia y no meros pacientes o beneficiarios de decisiones ajenas*». Por otro, «*como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales, más que personas especiales con necesidades diferentes al resto de sus conciudadanos*». Precisamente, «*como ciudadanos que para atender esas necesidades demandan apoyos personales, pero también modificaciones en los entornos que erradiquen aquellos obstáculos que les impidan su plena participación*».

Este movimiento, se nos narra casi con fervor –pero que en última instancia no es sino la lucha del Estado social por unos derechos reales y no formales, sin tanta parafernalia ni expresión rim-

bombante– «demandó en un primer momento entornos más practicables», habría conocido varias fases, evidenciando una vez más del dominio del «arte de lo posible» frente a lo deseable socialmente y reconocido normativamente. Así, ya no valdría sólo con la «eliminación de barreras físicas», pese a haber dado lugar a una amplísimo arsenal de normas, especialmente en el ámbito autonómico en que, en gran medida, permanecen incumplidas, sino que hay que pasar a un concepto bastante más ambicioso, el de demanda de «diseño del entorno para todos» –lo que incluye el movimiento de análisis ergonómico de las normas que inciden en esta materia–. Pero tampoco es suficiente con eso, puestos a pedir, máxime en un momento pre-navideño como el que vio el alumbramiento de la Ley; hay que ir todavía más allá, para reivindicar la «*accesibilidad universal*» como «*condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas*».

La emoción del legislador –o al menos del autor de la EM, sea quien sea en todo caso asumido por aquél con su publicación– en la comprensión de este proceso, forjado más en la bibliografía especializada y en las aulas que en las normas, alcanza su momento álgido cuando quiere calificar jurídicamente esta situación. Así, la constatación de estas dificultades generaría una situación de desventaja que entiende calificable como «**una forma sutil pero muy eficaz de discriminación indirecta**», porque genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con las que no lo son.

En consecuencia, desde el principio de coherencia jurídica que anima el ordenamiento, debería haberse aceptado este tránsito desde lo que tradicionalmente había sido un mandato de remoción de obstáculos, exigible desde el principio de igualdad de oportunidades a través de concretas acciones por los poderes públicos (art. 9.2), a una prohibición de discriminación, al amparo del artículo 14 CE. En el marco del ordenamiento comunitario, y en defensa expansiva de las libertades económicas comunitarias, incluido el derecho social a la libertad real de circulación con igualdad de oportunidades por todo el territorio de la UE, suele diferenciarse la «prohibición de obstáculos», distinguiéndola netamente de la «prohibición de discriminación», directa o indirecta. El legislador español, sin embargo, ha querido ser más contundente para identificar, sin más, confundiendo en buena medida el principio de igualdad de trato con el de no discriminación, ambos conceptos, reconduciendo toda desventaja al ámbito de la «discriminación», con las importantes consecuencias que ello tendría desde la aplicación del artículo 14 CE, donde se normativiza.

Ahora bien, el legislador ya no ha querido aventurarse tan lejos por las enormes consecuencias socio-económicas e institucionales que eso tendría, a comenzar por las Administraciones Públicas (AA.PP.). Ya en el texto normativo –parte sería de la Ley– ha tenido que volver a poner los «pies en el suelo», después de su corto pero intenso viaje «estelar», para matizar el alcance de esta calificación, que no encuentra respaldo en el texto de la norma, pues su vigencia se ve aplazada en el tiempo, conforme al cronograma aplicativo a medio y largo plazo que describe.

En definitiva, La Ley 51/2003, con «más ruido que nueces», pretende recoger en un único texto aquellas dos nuevas corrientes, que convergen en una dimensión más moderna o evolucionada de la no discriminación –no será la única forma que emerja o se evidencie en esta regulación, también el

«*acoso ambiental*»-. Por tanto, el resultado sería la plena integración en el contenido normativo del derecho a no ser discriminado de la exigencia, no ya de respeto a la igualdad formal de trato, sino de medidas específicas que compensen la desigualdad fáctica, esto es, *acciones positivas*. La realización del derecho a la no discriminación se basaría tanto en el respeto, de forma directa e inmediata, de las normas prohibitivas, pudiendo ejercer las medidas de defensa previstas a tal fin, cuanto en la adopción de medidas de acción positiva, por lo que lejos de excepcionar el principio de igualdad lo presupone.

De este modo, concluye el optimista Preámbulo, se consigue confluir de pleno con «*la ya antigua pero vigente LISMI*», se insiste, a la que habría que situar en su haber el haber desarrollado, «*sobre todo medidas de acción positiva*». Se explica, así, que en un mismo cuerpo legislativo, sin perjuicio del principio de transversalidad que se reconoce a esta regulación, como se verá, se haya organizado un conjunto normativo que aglutina tres grandes cuestiones, complementarias y convergentes, pero no idénticas u homogéneas. A saber:

- a) No discriminación.
- b) Acción Positiva.
- c) Accesibilidad.

En realidad, como luego veremos con algún detenimiento, no se trata sino de disponer de «nuevos medios» o instrumentos para alcanzar un objetivo único y ya conocido o antiguo: que el reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural sea efectivo, esto es, cuente con garantías.

b) *La estructura normativa de la Ley 51/2003: cuerpo normativo y cláusulas de cierre (el cronograma aplicativo).*

El cuerpo normativo de la Ley 51/2003 se estructura en **tres Capítulos**, el **primero** dedicado a fijar el **marco general** (arts. 1-3), el **segundo** relativo a la ordenación del **principio de igualdad de oportunidades** (arts. 4-10), y el tercero (arts. 11-20), a reforzar este principio con adicionales **medidas de fomento** (Sección 1.ª: arts. 12-16) y **defensa** (Sección 2.ª: arts. 17-20). Pero, sin duda, lo más llamativo de esta Ley, claramente ilustrador de su verdadero sentido y alcance, más como Ley-programa que reguladora, es el imponente número de disposiciones que integra la habitual parte dedicada a *Cláusulas de Cierre*. Así, junto a las cuatro disposiciones adicionales que incluye, encontramos nada menos que 13 disposiciones finales. Estas cláusulas buscan básicamente:

- *Reglas de coherencia o armonización* con el resto del ordenamiento jurídico
- Regulación del trabajo

En esta dirección se modifica la normativa reguladora de las relaciones de trabajo, tanto jurídico-privadas –DA 1.ª *modifica la LET* para el establecimiento del derecho a exceden-

cia de cuidado de un familiar que no pueda valerse por sí mismo por motivo de discapacidad, y no realice actividad remunerada, con lo que se amplía el supuesto ya previsto en el art. 46.3 LET– cuanto jurídico–públicas o funcionariales –la DA 2.^a es la transcripción de la primera al art. 29.4 de la LMRFP, siguiendo la técnica de regulación material unitaria pero formalmente diversificada empleada por la Ley 39/1999, de conciliación de la vida laboral y familiar–.

- Regulación del empleo (modificación de la Ley 24/2001, MFAOS)

Se fija el grado mínimo de minusvalía necesario para generar el derecho a los incentivos establecidos en materia de fomento de empleo para el mercado ordinario de trabajo a favor de los discapacitados, así como para las fórmulas de contratación formativa –en formación o en prácticas–, haciéndolo coincidir con el general (DA 4.^a)

- Regulación de la propiedad horizontal

Por otro, se modifican varios artículos de la Ley de Propiedad Horizontal (Ley 49/1960), con objeto de obligar a la Comunidad de Propietarios a la realización de obras de accesibilidad en elementos comunes a favor de personas con discapacidad, si bien con ciertos límites cuantitativos, o bien favorecer o posibilitar un acuerdo en tal sentido cuando se superen tales límites (DA 3.^a)

- *Normas de organización colectiva y participación institucional de las personas con discapacidad*

La disposición final 2.^a cambia la denominación del Consejo Estatal de Personas con Discapacidad por el de Consejo Nacional de la Discapacidad, ordenando al Gobierno su regulación en un plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la Ley, en especial al objeto de adaptarlo a las exigencias de participación de las organizaciones representativas conforme al artículo 15.3 de la Ley. En la misma dirección, la disposición final 3.^a ordena que, en el mismo plazo de 6 meses, el Gobierno modifique el Real Decreto por el que se aprobó el Estatuto Real del Patronato sobre Discapacidad.

- *Cronograma del proceso de aplicación progresiva, a medio –3 y 5 años– y largo plazo –15 a 17–, del proyecto «emancipador» prefigurado en la Ley*

Como expresamente recoge la EM, esta parte del texto, especialmente extensa, se concibe como garantía de cumplimiento del proyecto o programa trazado por el legislador. A tal fin lista un dilatado conjunto de «mandatos explícitos de desarrollo y aplicación en fases y tiempos». Este cronograma se concreta en:

- Habilitación al Gobierno (DF 1.^a).
- Plan Nacional de Accesibilidad (en el plazo de 6 meses en cumplimiento de lo previsto en el art. 16).

- Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación: en las relaciones con las AA.PP. (DF 5.ª); para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público (DF 6.ª); para el acceso y utilización de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social (DF 7.ª); para el acceso y utilización de los medios de transporte (DF 8.º); para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones (DF 9.ª).
- Currículo formativo sobre accesibilidad universal y formación de profesionales (DF 10.ª: 2 años).
- Régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad (DF 11.ª: 2 años).
- Efectos de la lengua de signos española (DF 12.ª: 2 años).
- Sistema arbitral (DF 13.ª).
- *Fundamento constitucional* de la competencia normativa ejercida (DF 14.ª: arts. 149.1.1.ª y 149.1 6.ª CE)
- *Regla de vigencia temporal* ¿inmediata? de la Ley (DF 15.ª: «entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el BOE»)

2. Contenido de la Ley 51/2003: principales puntos críticos.

2.1. Disposiciones generales: objeto, sujetos, principios y ámbito de aplicación.

Por lo que se refiere al **Objeto** (art. 1), esta Ley persigue «establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución» (art. 1.1). De este modo, queda claro que no tiene la virtud de reconocer tal derecho social fundamental, pues ya está en la Constitución, con lo que en buena medida se desacreditaría la tradicional posición, aún hoy dominante, de ver en este tipo de proclamaciones sólo «principios». Su objetivo es otro: el garantizar la efectividad de este derecho ante su debilidad de desarrollos normativos y aún mayor tasa de incumplimiento en la práctica. Se adopta, así, una perspectiva preeminentemente garantista, cosa distinta es que las más relevantes vean aplazada su vigencia en el tiempo.

En este sentido, de las dos formas de racionalidad jurídica dominantes en la actualidad, la propia de la «governabilidad» o gobernación socio-económica, que ejerce el poder legislativo primando la lógica de las situaciones fácticas, sociales y económicas, y la propia del garantismo jurídico, que prima la autoridad de la Ley sobre aquellas situaciones, la Ley 51/2003, parece estar más pró-

xima a la segunda que a la primera. A este respecto, conviene advertir que la inspiración de la norma legal responde a diferentes objetivos, por lo que, en realidad, es una síntesis de ambas racionalidades o lógicas jurídicas, de modo que ni toda la ordenación de esta materia responde a los imperativos del garantismo ni las exigencias de una realidad que se resiste a hacer efectivo el derecho son relegadas. Un ejemplo puede bien ilustrar esta idea que, no obstante su aparente abstracción, es determinante para comprender su sentido.

En efecto, bien sabido es que frecuentemente el legislador ha tenido que renunciar a una imagen de la realidad conforme al imperativo normativo para adaptarse, debilitando las garantías, a la tozudez de los hechos resistentes. En buena medida, esta idea está en la base de la ineffectividad de la que hoy adolece buena parte de la LISMI, aunque el legislador reafirme su vigencia, pero sobre todo está presente en la lógica de política jurídica que inspira la ordenación de las «medidas alternativas» al cupo de reserva de empleo a favor de las personas con discapacidad (RD 27/2000).

Esta lógica transaccional –entre lo que es debido normativamente y lo que puede ser fácticamente– que suele inspirar toda legislación social, decíamos que también está aquí bien presente, en diferentes ámbitos, pero sobre todo en relación al aplazamiento programado de la vigencia de sus mandatos. El legislador de nuevo –ya ocurrió con la LISMI– ha tenido que renunciar a una conformación inmediata de la realidad conforme a los valores, principios y derechos que quiere garantizar –no ya reconocer, porque eso se operó hace más de un cuarto de siglo con tanta claridad normativa como obstinación doctrinal y política se ha tenido en negarlo–, para apostar, una vez más, por una aplicación gradual o progresiva de sus mandatos o imperativos.

En segundo lugar, en coherencia con el señalado objetivo de dar seguridad jurídica sobre el contenido de los conceptos que se introducen, garantizan o desarrollan en esta Ley, se define la igualdad de oportunidades. A tal fin, se recurre tanto a una definición negativa como positiva. En el primer caso, se identifica con la «ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad», en el segundo, con la «adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social». Es interesante aquí comprobar la diferente opción acogida respecto de la Ley 62/2003, en la que, como se vio, la definición del principio de igualdad de trato se identifica con la ausencia de discriminación –y de acoso–.

Finalmente, el artículo 1 proporciona igualmente una definición general del colectivo de «personas con discapacidad» al que se dirige la Ley, esto es, delimita los titulares de las garantías que pretende introducir. En primer lugar, llama la atención la renovación terminológica, que en cierta medida quiere responder a una renovación conceptual y socio-cultural, pues abandona el término, ya socialmente denostado, de «disminuidos», utilizado en el artículo 49 CE –y art. 7 LISMI–, y lo sustituye por la referencia a su condición, en todo caso, de «personas», si bien con una cualidad personal, «discapacidad», que exigirá una atención especial –garantías específicas y suplementarias– para tratar de compensar la «desventaja social» que tal condición subjetiva determina.

En cambio, por lo que se refiere a la determinación concreta del colectivo destinatario no hay novedad relevante respecto del ordenamiento vigente. Así, a los efectos de esta Ley –concepto funcio-

nal y relativo, si bien luego se extiende a otras parcelas o sectores normativos, como el de fomento del empleo ¹²–, se aporta una definición o delimitación general y un criterio presuntivo. En virtud de la primera tendrán la consideración de personas con discapacidad «*aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento*». En virtud del segundo, el presuntivo *iuris et de iure*, se considerarán, en todo caso, afectados por una «minusvalía» en grado igual o superior a este 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión por IP, en los grados de total, absoluta y gran invalidez, así como a los pensionistas de «clases pasivas» que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

En el plano procedimental, respecto a la acreditación de esta situación de minusvalía, se ofrecen dos reglas adicionales. La primera de remisión normativa, de modo que se atribuye la competencia para determinar esta situación al correspondiente desarrollo reglamentario (hoy el RD 1971/1999, 23-12, de procedimiento para reconocimiento, declaración y calificación del grado de «minusvalía»). La segunda relativa a la delimitación del ámbito de validez y eficacia de dicho reconocimiento o acreditación, extendiéndola a «todo el territorio nacional» (art. 1.2, párr. 2.º). A este respecto, recuérdese que uno de los problemas que tuvo la LISMI para poder conseguir cumplir sus ambiciosos objetivos, y que están en la base de su pérdida de vigencia real –por derogación formal en unos casos, por ineffectividad en otros muchos–, fue el relativo a la distribución competencial, en cuanto que buena parte de las materias en que inciden una política eficaz e integral de integración de las personas con discapacidad están transferidas.

El artículo 2 fijaría lo que la Ley denomina **principios** inspiradores, esto es, informadores y conformadores, del conjunto de disposiciones que establece. En la redacción domina la vaguedad e imprecisión de los conceptos utilizados –típico de las poco cuidadas leyes «de servicios sociales»–, así como de las reiteraciones, atribuyéndoles a veces otra calificación –situación, condición...–.

Como tales enumera y define los siguientes:

- a) «**Vida independiente**»: «*la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad*».
- b) «**Normalización**»: «*el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que... cualquier otra persona*».
- c) «**Accesibilidad universal**»: «*condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible*». Presupondría la estrategia de «diseño para todos» y «ajustes razonables».

¹² Vid. disposición adicional 4.ª de la Ley, que, como se refirió, modifica la disposición adicional 6.ª de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, MFAOS, al objeto de identificar este mismo grado mínimo de minusvalía como operativo en relación a las medidas de fomento del empleo y modalidades formativas de contratación.

- d) **«Diseño para todos»:** *«la actividad por la que se conciben o proyectan, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible».* No es un principio sino un presupuesto del anterior ¹³.
- e) **«Diálogo civil»:** por tal se entiende *«el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales» que se desarrollen en su esfera.*
- f) **«Transversalidad»** –paralelo al *mainstreaming* de las políticas del mismo tipo en materia de sexo–. Por tal se entiende *«el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad».*

Como puede apreciarse, y sin poder hacer el análisis detenido que merecería esta cuestión, en su redacción la técnica jurídica brilla por su ausencia y domina el lenguaje extrajurídico, sociológico o procedente de disciplinas que analizan desde una perspectiva técnica externa a la norma estas situaciones. En un plano general, llama la atención la desaparición formal de ciertos principios en otro tiempo omnipresentes, como la *«integración»*, típico de las normas relativas al empleo y la acción social en sentido amplio (*vid.* LISMI). En mi opinión, realmente como «principios jurídicos», con contenido relevante y específico, podemos sintetizarlos en tres:

- 1.º **Principio de autodeterminación o autonomía individual** real (arts. 9.2 y 10.1 CE), que implica –garantías o instrumentos– independencia, normalización y accesibilidad universal; por tanto, diseño para todos –principio ergonómico–.
- 2.º **Principio de autonomía colectiva**, que exige el fomento de espacios para el diálogo civil y la participación institucional de las asociaciones representativas. En efecto, el denominado principio de «diálogo civil» –a imagen y semejanza del diálogo social en el ámbito socio-laboral, sin duda– no es más que el principio de autonomía colectiva de estos sujetos, en su dimensión tanto de auto-organización como de participación institucional, así como normativa a través de los correspondientes acuerdos o convenios –legislación negociada–.
- 3.º **Principio de transversalidad**. Los nuevos enfoques indicados se manifiestan con especial fuerza, destacando, en un plano jurídico, la transversalidad que, como es sabido, surge tanto de las políticas de empleo como del principio de igualdad de oportunidades entre

¹³ La práctica de estas exigencias requiere una especial formación. *Vid.* disposición final 10.^a.

hombre y mujer (Directiva 2002/73/CE), ahora se convierte en un eje del entero entramado del Derecho antidiscriminatorio. Este principio exige integrar las condiciones de existencia de estos colectivos –en general de todos los que tienen desventajas sociales– en la delimitación de cada norma y en el análisis de cada conflicto jurídico, dando preeminencia a los derechos sustantivos sobre los derechos formales en cualquier ámbito de actuación, pública –pero también privada, aunque no se mencione–. Esta exigencia no contradice sino que presupone la acción positiva, pues introducir la dimensión de la discapacidad en todas las políticas –y esferas de la vida social– exige igualmente atender la diferencia.

Esta reordenación no sólo tiene la virtud de la simplificación sino de la sistematicidad. En efecto, permite identificar los principios con formulaciones análogas para otras situaciones capaces de reconstruir un edificio unitario y coherente, haciendo realidad su configuración como auténticos principios jurídicos, entre otras cosas con clara formulación constitucional y comunitaria.

Finalmente, por lo que se refiere a los denominados «Ámbitos de aplicación» funcional (art. 3), la Ley concreta a través de dos técnicas diferentes el principio de transversalidad apenas proclamado. Así, por un lado, enumera o lista los ámbitos en los que es de *aplicación directa* e inmediata las disposiciones contenidas en la Ley –telecomunicaciones y sociedad de la información; espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; transportes; bienes y servicios a disposición del público; relaciones con las Administraciones públicas–. Por otro, considera de *aplicación supletoria* de las disposiciones relativas a las garantías de efectividad del «derecho a la igualdad de oportunidades» de estas personas en el «ámbito del empleo y la ocupación», al tiempo que remite a una «legislación específica» las garantías de efectividad del derecho a la igualdad de trato en el empleo.

De este modo, en vez de optar por delimitar en una misma norma todos los posibles ámbitos de incidencia, en especial aquellos de particular relieve, como el empleo, el trabajo y la protección social, más coherente con el principio de transversalidad en términos formales, ha preferido mantener la diferenciación «*por materias*». A este respecto, habremos de atender a los recientes desarrollos operados por la Ley 62/2003, de 31 de diciembre, MFAOS, y el significativo número de modificaciones introducidas en las distintas «*normas socio-laborales*», tal y como se recoge en el correspondiente apartado de este trabajo.

2.2. El derecho a la igualdad de oportunidades: formas de vulneración y garantías de efectividad.

Como **formas de vulneración** del derecho se enumeran (art. 4):

- a) *Discriminaciones: directas o indirectas.*
- b) *Acosos –directamente coactivos (chantaje) o ambientales–.*
- c) *Incumplimientos directos de las exigencias de accesibilidad y de las medidas de acción positiva.*

En realidad, una mejor ordenación de esta regulación reconocería dos grandes grupos de vulneraciones o lesiones, que responde a dos tipos de prohibiciones: la de discriminar y la de crear –o no remover– obstáculos. Por un lado, la *discriminación*, que admite a su vez diferentes modalidades –directas, indirectas (de impacto, de acoso, de inaccesibilidad)–. Por otro, los *incumplimientos de las acciones positivas* legalmente establecidas. No dejará de tener consecuencias prácticas. En efecto, mientras que las primera ya son directamente operativas por el mandato constitucional, las segundas precisan un incumplimiento específico, siendo problemática «la forma más sutil de discriminación indirecta»: la de no accesibilidad.

Como **garantías** del derecho se contemplan, en esta línea dual:

a) *Medidas contra la discriminación*: enumeración y contenido (arts. 6 y 7).

b) *Medidas de acción positiva*: enumeración y contenido (arts. 8 y 9).

Se consideran «*medidas contra la discriminación*» todas aquellas «que tengan como finalidad *prevenir o corregir* que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directo o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable ». Como vemos no sólo se recoge una **dimensión correctora**, que presupone una intervención cuando ya ha comenzado o tenido lugar la práctica discriminatoria, sino incluso **preventiva**, que persigue anticiparse a la existencia de comportamientos, conductas o prácticas de este tipo. En esta dirección, la Ley 51/2003 avalaría el moderno enfoque de la discriminación desde la protección frente a los riesgos emergentes, tanto ergonómicos psicosociales como organizativos, si bien es claro que son los psicosociales los que adquieren un mayor protagonismo, en línea con lo ya sucedido respecto del acoso sexual, como recordaremos.

En este contexto, por vez primera en una norma interna –ya había sido recibida por la jurisprudencia, a instancias del ordenamiento comunitario, legal y jurisprudencial, como dijimos–, se define el concepto de discriminación indirecta. La definición del artículo 6.2 coincide con la del artículo 28.1 b) Ley 62/2003, por lo que a los comentarios allí realizados me remito. Por lo que se refiere al contenido de las medidas antidiscriminatorias (art. 7), aparecen tanto *prohibiciones* como *deberes prestacionales* –*exigencias de accesibilidad*, letra b); *ajustes razonables*, letra c)–.

Dentro de las prohibiciones, tanto de discriminar como de obstaculizar, se hace referencia expresamente a la conducta de acoso. A estos efectos, otra vez haciendo gala de un extraordinario afán doctrinal y pedagógico –que a veces puede ocultar un intento de restringir el alcance de los conceptos que se introducen, bajo el pretexto de la seguridad jurídica¹⁴– la Ley recoge el concepto que,

¹⁴ Es obvio que el legislador comparte con nosotros la perplejidad por los conceptos y su novedad, incluso ajenidad a la cultura jurídica clásica, por lo que no le queda más remedio que definir su alcance, lo que no deja de ser –lo contrario también lo hubiera sido– problemático, al no tratarse de conceptos ni fácilmente definibles ni fácilmente delimitables en fórmulas rígidas. Es habitual la definición de conceptos por el sentido funcional que éstos asumen, en cuanto sirven a unos efectos de política social y/o económica pero no a otros, pero sin embargo en este caso más que esta exigencia de relatividad y pragmatismo está presente un intento de adoctrinamiento.

poco después, introducirá con carácter general el artículo 28.1 d) Ley 62/2003. Sólo hay un matiz –utiliza la preposición disyuntiva «o» y no la copulativa o conjuntiva «y»– que, a mi juicio podría tener cierta relevancia, en cuanto que admitiría ser interpretado como un intento de ampliar el ámbito aplicativo del mismo. No obstante, la diferencia no existe en la normativa comunitaria de transposición, aunque sabido es que el legislador estatal tiene margen de adaptación, dada la remisión expresa a este poder definitorio, y dado el sentido amplio de este concepto entiendo que se trata más de un error de transcripción que de una concreta intención técnica de diferenciación. La interpretación sistemática del artículo 28.1 d) Ley 62/2003 con el artículo 7 a) Ley 51/2003 debe desvanecer las dudas ¹⁵.

Junto a la definición de las denominadas «*exigencias de accesibilidad*» –«requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas» de conformidad con los principios de accesibilidad universal y diseño para todos– lo más destacable de este precepto es la delimitación que se hace del concepto de «*Ajuste razonable*», que configura un específico deber de prestación o positivo a cargo del sujeto a quien la Ley atribuya esta exigencia. Así, por tal se entiende el deber de «*adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos*».

Curiosamente, en este precepto las medidas de ajuste razonable aparecen como contenido estricto de la tutela antidiscriminatoria, por tanto como un derecho inherente a la igualdad de trato, mientras que en la Directiva comunitaria 2000/78 aparecen como una «excepción» a la prohibición de discriminaciones indirectas. Este mismo tratamiento, como excepción y no como derecho, se recoge en el nuevo artículo 37.3 de la LISMI (Ley 13/1982), precisamente reformado para trasponer aquella Directiva por el artículo 38 Ley 62/2003. Pese a la aparente irrelevancia de esta configuración, en realidad estamos ante un ejemplo de la diferente concepción de las acciones positivas, en un caso como exigencia del principio de igualdad efectiva o real de trato, por tanto como derecho, con la vis expansiva del mismo, y en otro como excepción a una prohibición, con la consiguiente interpretación restrictiva. La superación de esta concepción en el reciente ordenamiento comunitario, a raíz del nuevo artículo 141.4 TCE y de la jurisprudencia del TJUE, parece que se sigue resistiendo, a diferencia de la amplia comprensión de nuestro TCo.

En todo caso, conviene recordar que esta singular forma de acción positiva encuentra significativos antecedentes en documentos y resoluciones de Organismos Internacionales, especialmente en el seno de la ONU. La norma comunitaria, por su lógica sectorial, tiene a los empresarios como sujetos obligados a tales ajustes, en los términos fijados por el legislador español –que veremos en su momento–, pues la Directiva no tiene a efectos horizontales –entre particulares–, sino que es un mandato a los Estados para que concreten, según sus orientaciones, tales exigencias. Sin embargo, por el ámbito material más amplio de la Ley española, está claro que tiene un alcance subjetivo –círculo de obligados– mayor.

¹⁵ «**Conducta de acoso**»: cualquier «conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

Para facilitar –acotar– la determinación del alcance de este deber –concepto jurídico indeterminado– el propio legislador proporciona un criterio interpretativo: una carga es o no proporcionada en función del balance resultante de valorar los costes económicos de la misma y los costes sociales de su no realización. Literalmente se reclama la atención sobre la necesidad de tener en cuenta «*los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda*».

Una suerte de concreción de este mandato aparece en la disposición adicional 3.^a, relativa a la modificación de diversos preceptos –arts. 10, 11 y norma 1.^a del art. 17– de la Ley de Propiedad Horizontal (Ley 49/1960). En este sentido, especialmente relevante a estos efectos es la obligación impuesta a la Comunidad de Propietarios de realizar, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad –también mayores de 70 años– las «*obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrotécnicos que favorezcan su comunicación con el exterior*» (nuevo art. 10.2 de la Ley 49/1960). No obstante, tal derecho no será exigible a la Comunidad de Propietarios si el coste de las obras sobrepasa «*tres mensualidades ordinarias de gastos comunes*». En estos casos, las obras de reajuste o adaptación sólo tendrán cabida mediante acuerdo mayoritaria, sin que resulte obligada la contribución económica del propietario disidente (nuevo art. 11.2 Ley 49/1960).

Las eventuales discrepancias entre el titular del derecho –persona con poder de exigir– y el titular del deber –persona obligada a cumplir con lo que se le exige– contará con diversas vías de solución por la intervención de terceros. Así, a la posibilidad de contar con un cauce de «protección administrativa» o, en su caso, de «protección judicial», se añade el recurso al «sistema de arbitraje» previsto (art. 17), aunque, como se dijo, sólo estará operativo una vez que se dicte la norma que lo regule, lo que no sucederá antes de dos años (DF 13.^a)¹⁶.

Sin perjuicio de reconocer el valor de una regla de este tipo, que introduce a cargo de los particulares un específico deber prestacional a favor de la realización del derecho fundamental, aquí se evidencia igualmente el carácter limitada y flexiblemente garantista de esta Ley: no sólo se somete a condicionantes financieros la garantía de un derecho sino que, incluso se aplaza su exigibilidad, al menos con carácter general, conforme al programa temporal diseñado en la propia Ley. La relatividad del derecho deriva de la influencia de la lógica transaccional propia de los imperativos del gobierno eficiente de la economía sobre los imperativos de soberanía de la Ley.

Limitación que comprobamos igualmente de inmediato, ahora no ya en relación con las obligaciones o deberes de particulares (eficacia frente a terceros o *drittwirkung der Grundrechte*), sino

¹⁶ El nuevo artículo 10.4 de la Ley de Propiedad Horizontal, introducido por la referida disposición adicional 3.^a, prevé igualmente que en caso de discrepancias, en esta ocasión sobre «la naturaleza de las obras a realizar» para cumplir la obligación de adecuación o accesibilidad, «resolverá lo procedente la junta de propietarios», sin perjuicio de la posibilidad de acudir, potestativamente a «arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la ley».

en las relaciones entre terceros y las AA.PP. En efecto, en vez de contener un claro mandato a éstas para disponer líneas de financiación en tal sentido, simplemente se limita a recordar –efecto meramente declarativo– que las AA.PP., en el ejercicio discrecional y potestativo de sus competencias, «podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables». A lo que habría que sumar igualmente las previsiones del artículo 10 en orden a la remisión a un estatuto de condiciones básicas en ambos campos, una vez más ante la exigencia de estricta gradualidad en la implantación del programa.

Por lo que respecta a las **medidas de acción positiva** (art. 8), se afronta tanto la definición (art. 8.1) –«aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad»–, como la exigencia de individualización de las mismas en atención a las concretas circunstancias de cada grupo o colectivo de personas discapacitadas, en cuanto que no son homogéneos. Se especifica, pues, la finalidad –compensatoria y preventiva–, naturaleza –«apoyos»–, y forma de ejercicio –individualizada en atención al colectivo destinatario, al objeto de que sea realmente compensatoria: mujeres discapacitadas, personas discapacitadas en exclusión social, del ámbito rural...–.

Esta necesidad de «medidas de acción positiva suplementaria» para determinados colectivos o subgrupos de personas con discapacidad –la lista no es cerrada–, también se proyecta en el marco de la política oficial de protección a la familia. Así, especial mención se hace a «medidas especiales» respecto de las familias en las que se cuente con uno o varios miembros que tengan alguna discapacidad (art. 8.3). En el marco de la política de conciliación de la vida familiar y laboral se contempla una mejora del derecho a un período de excedencia por cuidado de familiares, ya previsto en las normas laborales.

Así, la disposición adicional 1.^a modifica el artículo 46.3 LET¹⁷ para incluir expresamente el supuesto de «discapacidad» como justificador del disfrute del referido derecho, tratando claramente de desligar la tradicional identificación, que es social, no técnica, entre «enfermedad» –ya contemplada– y «discapacidad» –ahora introducida–. No obstante, la continuidad de los exigentes requisitos, especialmente el relativo a la falta de «autodeterminación» o vida independiente –«que no pueda valerse por sí mismo»–, hace poco operativa o reduce el alcance de esta reforma. Por su parte, La disposición adicional 2.^a hace lo propio con el artículo 29.4 LMRFP, que tiene la misma redacción, salvo la previsión expresa de la posibilidad reconocida a la negociación colectiva para ampliar la duración prevista de un año.

En principio, como puede comprobarse, de la formulación legislativa parece desprenderse una imagen «positiva», normalizada incluso, de estas medidas como instrumentos al servicio de la igualdad efectiva. Sin embargo, ya hemos indicado más arriba que el planteamiento del ordenamiento comunitario sigue siendo el de estar ante una excepción al principio de igualdad –art. 7 Directiva

¹⁷ Recuérdese que el artículo 46.3 ha sido modificado por la Ley de 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de Familias Numerosas –BOE 19-11–.

2000/78–, siendo interpretada por el TJCE en términos restrictivos, no obstante una cierta evolución (STJCE 28-2-2000, Asunto Badeck), también motivada por la redacción del artículo 141.4 –en relación con razones de sexo–, aunque su ambigüedad no permite soluciones claras y definitivas. El legislador español no sólo conceptúa –a diferencia del comunitario– la acción positiva, sino que evidencia un claro ánimo incentivador o de estímulo.

En principio, esta opción «generosa» podría igualmente contrastar con la opción, bastante más restrictiva, por su parquedad, adoptada en la Ley 62/2003, con la que, precisamente, se recibe la misma actitud abstencionista en lo conceptual y sólo genéricamente incentivadora en lo normativo. No obstante, la contradicción es más aparente que real si se atiende a la naturaleza de las «acciones positivas» expresamente referenciadas en el texto legal –pero que no regula–, pues se inserta en el ámbito de las acciones positivas «por objetivos», directas o indirectas –aunque no se delimiten–, y silencia las acciones positivas «por resultados», más comprometidas.

En este sentido poco comprometido, por lo que refiere al contenido de las mismas (art. 9), tan sólo se hace referencia a las muchas posibilidades existentes, si bien no se concreta ninguna, según la propia orientación programática que tanto pesa en la Ley. Las medidas de acción positiva podrán consistir en apoyos complementarios –ayudas técnicas o económicas; asistencia personal, servicios de especialización...– y en normas, criterios y prácticas más favorables. Todas estas medidas –que son *mínimas*, y como tales deberán ser tenidas en cuenta por las medidas a adoptar por las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias (art. 9.2)– se orientarán prevalentemente a garantizar la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades, en general, y en especial de las que viven habitualmente en el medio rural, que se delimita así como un espacio particular de actuación. En esta orientación se moverán «las ayudas y subvenciones públicas»¹⁸.

Finalmente, la Ley delimita las CONDICIONES DE ACCESIBILIDAD Y NO DISCRIMINACIÓN (art. 10). Todo este entramado tiene una doble condición: son *básicas*, de ahí que se establezca el compromiso de establecer disposiciones sobre, al menos –carácter mínimo–, los aspectos listados en la Ley; por un lado; y, cómo no, *graduales*, esto es, de aplicación progresiva en «en el tiempo y en el alcance y contenido de las obligaciones impuestas». Quizás sea la gran espada de Damocles, la principal falla, pero quizás también el principal mérito, por sus dosis de ¿sano? realismo.

Esta configuración de la Ley como un auténtico cronograma de actuaciones a realizar se concreta en el amplio elenco de disposiciones finales de la Ley –de la 5.ª a la 9.ª¹⁹–. Aunque su lectura es tediosa, su esquema es bastante sencillo y análogo –salvo por los tiempos que prevé– en todos los

¹⁸ Conforme a la reciente Ley 38/2003, 17 de noviembre –BOE 18-11–.

¹⁹ Concretamente se refiere a las Condiciones Básicas de Accesibilidad y No Discriminación «en las relaciones con las Administraciones Públicas» (DF 5.ª); «para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público» (DF 6.ª); o «de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social» (DF 7.ª); o «para el acceso y utilización de los medios de transporte (DF 8.ª) y «de los espacios públicos urbanizados y edificaciones» (DF 9.ª).

casos, que coinciden con los ámbitos materiales de aplicación de la Ley. El legislador ha condicionado la efectividad de esta política de fomento a dos actuaciones, a las que le ha puesto fecha o plazo. A saber:

Por un lado, en un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley, debe realizarse un *estudio integral* sobre accesibilidad y no discriminación en relación a los aspectos más relevantes de los definidos ámbitos de aplicación.

Por otro lado, en el mismo plazo de dos años, el Gobierno deberá aprobar las *condiciones básicas* de accesibilidad y no discriminación, de conformidad con lo previsto en el artículo 10, en todos los ámbitos de aplicación material de la Ley. Ahora bien, dichas condiciones básicas sólo serán obligatorias de conformidad con el calendario fijado en las respectivas disposiciones finales de la Ley, afectando tanto a los entornos, productos y servicios, cuanto a disposiciones, criterios o prácticas administrativas discriminatorias (así para las relaciones con las AA.PP. la DF 5.ª letra a), que da un plazo de tres a cinco años), así como a las exigencias de accesibilidad y las de ajuste razonable. Por lo general, los plazos son mayores cuando se trata de situaciones ya existentes –edificios, entornos, productos...– que si son de nueva edificación, creación, uso... Finalmente, también tiene relevancia que se trate de bienes, servicios o edificios de titularidad pública, en cuyo caso se da un período menor, o si se trata de elementos de titularidad privada, dándose en tal caso un período mayor.

En definitiva, en la mejor de las hipótesis, no tendremos un panorama de cumplimiento razonable de las previsiones de la Ley, por propio imperativo legal, en un período inferior a *dos décadas* ²⁰. Si a este período le sumamos el cuarto de siglo transcurrido desde que, al menos en nuestro país, se reconoció en la Norma Fundamental el derecho a la igualdad de oportunidades, no parece que el resultado sea para estar especialmente satisfechos.

Naturalmente, todo ello siempre confiando en el respeto legislativo y práctico de los plazos, lo que, según lección de experiencia, no deja de ser una vez más manifestación de buenas voluntades e intenciones que de constataciones o realidades.

Asimismo, estas condiciones son *transversales*, aunque se *ciñen* a los ámbitos y áreas enumerados en el Capítulo I (art. 10.1) e *individualizadas* (art. 10.3). En efecto, «*las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación se establecerán teniendo en cuenta los diferentes tipos y grados de discapacidad*», con vista a «*orientar tanto el diseño inicial como los ajustes razonables de los entornos, productos y servicios de cada ámbito de aplicación de la Ley*». En consecuencia, de nuevo parece claro que la vigencia de lo más destacable de la Ley, la ampliación de las prohibiciones de discriminación y la introducción de un deber de adecuación razonable, queda diferida al momento en que esta normativa se elabore, por lo que no es de aplicación directa e inmediata al margen de tales desarrollos legales y reglamentarios. Las excepciones respecto de los empresarios serán analizadas en su lugar oportuno.

²⁰ Dos años para la aprobación por el Gobierno de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación; a los que hay que sumar los plazos previstos para que tales condiciones sean obligatorias, que van de tres a cinco años para las situaciones o prácticas discriminatorias en las relaciones con las Administraciones Públicas y una media de 12 a 17 años, para el acceso a ciertos servicios y bienes.

2.3. ¿«Más de lo mismo»? : otras medidas de política de fomento y de defensa jurídica de la igualdad de oportunidades.

a) El programa-marco de acciones de política de fomento (Sección 1.^a).

Buscando profundizar aún más en el ambicioso programa de propuestas a realizar para hacer realidad, algún día que se pretende no demasiado lejano –más parece un mensaje de confianza a los hombres de buena voluntad–, el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, el legislador amplía el cuadro o marco de medidas orientadas a este fin. En esta ocasión, las agrupa en dos categorías básicas:

1.^a Las medidas de política de fomento (Sección 1.^a: arts. 12-16).

2.^a Las medidas de defensa jurídica (Sección 2.^a: arts. 17-20).

El primer grupo, a su vez, contempla dos tipos de «normas». Por un lado, normas-mandato o normas sobre compromiso de realizar ciertas tareas (art. 12). Por otro, normas-procedimiento o normas de atribución de competencias (art. 15).

Así, junto a la regla promocional –de la participación mediante organizaciones representativas (art. 15.1), cuya constitución y desarrollo debe facilitar e impulsar (art. 15.2), incluso con apoyo financiero y técnico; y mediante su presencia permanente en los órganos de las AA.PP.– identifica el órgano de participación específico, que denomina Consejo Nacional de la Discapacidad (art. 15.3)²¹. Se concibe como el «*órgano colegiado interministerial de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el que se institucionaliza la colaboración entre las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, con el objeto de coordinar y definir una política coherente de atención integral a este grupo ciudadano*». Asimismo, se prevé que en su seno se constituya una Oficina Permanente Especializada, responsable de impulsar la competencia de promoción de la igualdad de oportunidades que asume el Consejo y de organizar la cooperación o colaboración con las «asociaciones de utilidad pública más representativas de las personas con discapacidad y sus familias». Es un principio clave del entero ordenamiento social, cuya vanguardia en este punto es, sin duda, el Derecho del Trabajo y las diversas técnicas de concertación social, autonomía colectiva y legislación negociada.

En este mismo marco, se recurre una vez más a la técnica de la planificación indicativa u orientadora: planes y programas de accesibilidad y para la no discriminación (art. 16). En cumplimiento

²¹ Ésta será la nueva denominación que tenga el actual Consejo Estatal de Personas con Discapacidad, cuya normativa reguladora deberá ser objeto de reforma, en el plazo de seis meses, para su adecuación a las nuevas disposiciones, en especial para hacer más efectivo el deber de promoción de la participación institucional de las organizaciones representativas de estos colectivos (DF 2.^a). En la misma lógica se mueve la previsión de modificación, en un plazo idéntico al anterior, del Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad (DF 3.^a).

de este mandato el Gobierno deberá aprobar, en el plazo no superior a seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, el Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012, que deberá ser desarrollado en fases de actuación trienal y, en todo caso, objeto de previa consulta-negociación con las «asociaciones más representativas de utilidad pública de ámbito estatal» de las personas con discapacidad (DF 4.^a).

b) Las medidas de reforzamiento de la defensa jurídica (Sección 2.^a).

Más interesante desde un punto de vista jurídico, por el mayor compromiso jurídico que supone de inmediato, aunque también con diversas y notorias deficiencias, nos parece la parte relativa a las medidas de defensa o protección jurídica del derecho a la igualdad de oportunidades. Como ya indicamos al analizar el pretendido «margó general» de la nueva legislación antidiscriminatoria, tres son básicamente el grupo de medidas que prevé. A saber:

a) Un **sistema arbitral** para resolver los conflictos que genere la aplicación de este conjunto normativo (art. 17).

Aunque, como también hemos evidenciado ya en varias ocasiones, la definición de este instrumento de resolución extrajudicial de conflictos sociales derivados de la tutela antidiscriminatoria queda remitida a una Ley que no aparecerá antes de dos años, sí se establecen algunas líneas de este sistema, pero sobre todo del proceso de elaboración. Así:

- Será previamente consultado a los sectores interesados, así como las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias.
- Flexible o informal: «sin formalidades especiales».
- Carácter vinculante: resuelve con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en esta materia.
- No es preceptivo: el sometimiento de las partes al sistema arbitral será estrictamente voluntario, debiendo constar tal consentimiento o voluntad por escrito.
- Queda al margen cualquier cuestión en la que pueda haber «indicios racionales de delito».
- Carácter tripartito, aunque no se expresa si paritario o no: «*los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias*» (art. 17.3).

b) **Tutela judicial** frente a los incumplimientos y represalias.

Al igual que sucediese con otros derechos fundamentales, especialmente en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria y derechos de información y consulta de los trabajadores en el ámbito de

la UE, se recoge la necesidad igualmente de un sistema de protección jurídica especialmente efectivo y eficaz, reforzando los mecanismos tradicionales, especialmente en el ámbito judicial. Las reglas básicas son:

- Principio de efectividad de la tutela.

La tutela «comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones posteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho». Esto significa muchas cosas, entre otras el favor por el cumplimiento *in natura* y no por equivalente; favor por las medidas cautelares, dada la dimensión preventiva y de eficacia... En este sentido, es parecido a lo que se vislumbra en el ámbito más global del derecho de protección de víctimas –ej. orden de protección de las personas víctimas de la violencia doméstica–.

- Principio de *restitutio in integrum*.

Lo que en el ámbito indemnizatorio supone la prohibición de limitar o poner tope máximos a la indemnización o reparación. Asimismo, se refiere expresamente que la «indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión. Al margen del carácter reiterativo y absolutamente superfluo de la primera previsión –cualquier jurista sabe que el daño moral resulta siempre independiente y ajeno al daño patrimonial, pues de otro modo carece de sentido el concepto–, sí pueden resultar interesantes los criterios que recoge en orden a la valoración del daño moral. Ello en la medida que, en coherencia con su dimensión independiente o autónoma del daño económico, tiende a desbordar el denominado principio de proporcionalidad para aferrar o aprehender el principio de efecto disuasorio o preventivo, clave en todo el entramado que se diseña, aunque no resulta tampoco claro.

- Garantías de inmunidad e indemnidad frente a eventuales represalias.

El artículo 18.3 establece, en coherencia con la norma comunitaria, un firme mandato que obliga a adoptar «las medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades» (art. 18.3). Otra vez nos vemos obligados a recordar que esta disposición no entraña novedad relevante alguna, porque al no aportar medidas específicas o concretar nada, no hace sino recoger en vía legal lo que ya es una doctrina consolidadísima del TCo. La Ley 62/2003 no lo ha entendido así y, como veremos, ha introducido algunas reformas en la LET y en el TRLISOS.

Dentro de las que podemos considerar *garantías procedimentales* –las otras son garantías sustantivas– o procesales, se destacan dos:

- Legitimación de las organizaciones representativas en la defensa de derechos e intereses legítimos colectivos (art. 19)–.

También como concreción del principio participativo, así como de efectividad de la tutela, se reconoce que, sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, «*las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen... y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación*». De este modo, se responde a uno de los obstáculos más comúnmente señalados para alcanzar la tutela efectiva en materia de discriminación, si bien sólo se recoge la intervención en nombre –como representante– o en apoyo –coadyuvante– del perjudicado y con su autorización, pero no en nombre propio de la organización, si bien parece claro que cuando tenga una dimensión colectiva no habrá posibilidad de rechazar su acción, en virtud del artículo 24 CE y artículo 7 LOPJ ²².

- «*Criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes*» (art. 20).

Sabido es que si el problema de la prueba es el gran nudo gordiano de todo proceso judicial, en relación a situaciones como la discriminación el problema se agudiza notablemente. De ahí la importancia que se suele dar a este tipo de reglas, tanto en el ordenamiento internacional, en particular en el ordenamiento comunitario, cuanto en el ordenamiento interno. A tal fin, este precepto contiene dos reglas: una regla de facilitación de la carga de la prueba y una regla de exclusión de este beneficio o ventaja.

La primera no está correctamente formulada desde la perspectiva de la doctrina constitucional en esta materia, al tiempo que supone una grave deficiencia técnica en la trasposición de las normas comunitarias y se aparta del mayor rigor adquirido en otras experiencias jurídicas europeas. En efecto, a tenor del artículo 20.1 en los procesos judiciales «en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de la discapacidad, el juez o tribunal, tras la apreciación de los mismos, teniendo presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio y el principio procesal de igualdad de partes, podrá exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Las cuestiones básicas, al menos, son:

- No implica ninguna inversión de la carga de la prueba, en la medida en que requiere una prueba indiciaria al actor.
- Tiene un carácter limitativo porque requiere que los indicios sean «graves».

²² En el ámbito de la discriminación por sexo, un supuesto de discriminación positiva se resuelve por SSTs 18-2-1994, 4-10-1995; STCo 41/1999.

Al margen de la deficiencia técnica, porque en todo caso los indicios no serán «graves», sino que lo que será grave o no es la discriminación que se alega, la doctrina constitucional exige que sean suficientes o sean razonables, por lo que en buena medida está recortando el alcance e introduciendo obstáculos:

- No juega de forma automática sino que es potestativo para el juez.

A tal fin, sólo se refiere a dos criterios que, una vez más, parecen dirigidos a recordarle al juez que, en todo caso, tiene que hacer una aplicación muy cuidada, prudente, de este mecanismo, lo que tampoco responde ni al sentido de la Ley ni a la configuración de la doctrina constitucional: el criterio del mayor control o facilidad probatoria –criterio judicial que responde a otra regla de facilitación pero que no cabe confundir con ésta– y al principio procesal de igualdad de partes –que es puramente formal y no material, en una Ley que dice ir justamente contra todo lo contrario–.

Por otro lado, y en términos de *lege ferenda*, o de mejora del ordenamiento, nada se dice de la prueba estadística, importante en el marco de las discriminaciones indirectas. Quizás se pueda entender que aquí el elemento de comparación siempre se da: el desigual impacto en los colectivos desfavorecidos vendría de suyo. Sin embargo, podría haberse hecho alguna mención, en cuanto esta idea del elemento comparable aparece expresada –exigible– en este ámbito.

La regla excluyente de esta acción positiva indirecta a favor de la persona «víctima» de una práctica discriminatoria responde al principio de culpabilidad y al derecho a la presunción de inocencia que rigen el Derecho punitivo. De ahí que se niegue la proyección de la misma «a los procesos penales» así como a los «contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras» (art. 20.2).

c) Revisión de un futuro procedimiento de tutela administrativa de carácter sancionador (DF 11.ª).

Precisamente, respecto del último tipo de procedimientos indicados, la disposición final 11.ª prevé la promulgación de una Ley que fije un régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad. Sin embargo, como tantas y tantas otras cuestiones, en realidad prácticamente todas, queda remitido a un período no menor de 2 años desde la entrada en vigor de la Ley.

3. Reflexión final.

Como hemos visto, esta Ley pretende hacer coincidir la representación normativa que tenemos del ordenamiento con su funcionamiento práctico, corrigiendo la fuerte brecha existente hasta este momento entre una y otro en relación con los derechos de las personas con discapacidad. Sin

embargo, dista mucho de conseguir un programa suficientemente creíble, al menos en lo que respecta a las medidas más relevantes, y novedosas en nuestro ordenamiento, las medidas positivas, y, sobre todo, nos fía a un período demasiado largo la posibilidad de su realización «razonable».

No cabe duda de que, no obstante este programa aplazado, hay que diferenciar entre la tutela antidiscriminatoria y la de acciones positivas o de fomento. En aplicación del artículo 14 CE es obligado un esfuerzo para lograr la mayor operatividad de las medidas a favor de la primera operativa, lo que supone cierta renovación, pero limitada ante la recepción jurisprudencial. En cambio, por su vinculación al artículo 9.2 y ante el carácter «marco» de la normativa comunitaria, para la segunda línea de acción es más bien una «Ley promesa», como ya ocurriera en gran medida con la LISMI, y se aplaza su vigencia a un tiempo posterior y a futuros estudios y desarrollos –norma programática en sentido estricto: promete un programa de políticas públicas para un futuro relativamente lejano–.

Asimismo, deja un marcado sabor pedagógico, pero no creemos que éste sea el ámbito adecuado, sin negar la función comunicativa de las modernas leyes y su función «cultural» o de educación. Nos parece más una Ley Escolástica que de Garantías. Sus contradicciones son evidentes: parece de vigencia formal inmediata pero aplaza a futuros desarrollos; es innovadora o renovadora, pero no deroga ni un solo precepto, al tiempo que la extremada gradualidad contradice el objetivo de luchar contra la persistencia de esta situación y del cambio de perspectiva, que ya se remonta en el tiempo..., en ciertos temas incluso reduce lo que tenemos –carácter potestativo del carácter de desplazamiento de la carga de la prueba...–.

Más que una Ley reguladora, que responde al objetivo de hacer real un derecho ya reconocido en la CE, es una Ley de remisiones y delegaciones, a futuros legisladores, a futuros Gobiernos, a los que les encarga el programa que predefine. Es básicamente no un sistema de garantías de efectividad directamente aplicable sino un mero programa de garantías de este tipo, bienintencionado pero de elaboración y aplicación en un futuro no demasiado próximo. Pese a todo, no se le puede negar a la Ley el indudable valor o mérito de intentar –y en parte conseguir– una importante renovación conceptual y legislativa de nuestro Derecho antidiscriminatorio, en general y no sólo en relación a un ámbito específico, aunque tan relevante en la práctica, como es el de la discapacidad.

Es cierto que ni siempre se ha acertado en la ordenación –quizás por la falta de pericia de los «técnicos» que la han pergeñado en los despachos, antes del trámite parlamentario– ni en el alcance de la regulación, pues en ocasiones se reduce el alcance de la jurisprudencia, que ya había hecho una importantísima labor creativa en este ámbito. Por lo tanto, con ser destacable, es relativa su innovación dado el intenso juego de otras fuentes del Derecho, como es, no se dude ya ni se discuta tan estérilmente más, la jurisprudencia, del TCo y del TJUE sobre todo, también, aunque a bastante más distancia en este tema, la del TS.

En consecuencia, y a la espera de que los prometidos desarrollos lleguen de verdad y, después se apliquen de forma efectiva, lo que no es una consecuencia automática, lo mejor que podemos decir de esta «maravillosa» Ley –de la lectura de la EM más nos parecería que es de «fantasía»–, publicada en un momento próximo a la Navidad, es que estamos ante una Ley de «buena voluntad». En cambio, pocas garantías ofrece para que desde ella quepa exigir que las buenas intenciones se

conviertan en nuevas y «buenas prácticas» o conductas en materia de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en los ámbitos de aplicación de la Ley. Una vez más, y ya son muchas en esta última legislatura, el autor del preámbulo de la Ley nos crea unas expectativas de renovación normativa y social que luego el autor del texto normativo no realiza o, como ocurre en este caso, lo fía a un largo plazo y a las iniciativas de un nuevo legislador, siguiendo pulcramente la lógica inherentemente inflacionaria de las «leyes de orden social».

IV. LAS MEDIDAS EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN POR EL ORIGEN RACIAL O ÉTNICO DE LAS PERSONAS

1. Caracterización general: razones y estructura normativa de este régimen «especial».

Pero no son sólo las personas con discapacidad las únicas que cuentan con una atención específica en la nueva legislación antidiscriminatoria, otros colectivos o minorías también se benefician de un régimen específico, si bien no son todas las recogidas en el artículo 13 TCE –así no se diferencian en atención a la edad, pese a tener un tratamiento parcialmente propio en la Directiva 2000/78; tampoco en relación al sexo, que cuenta con la referida Directiva 2002/73–. También las **minorías raciales o étnicas** tienen su «sección» específica o propia, aun en el marco conceptual y normativo general predispuesto en el entramado que aquí venimos estudiando.

En este sentido, como directa trasposición de la Directiva 2000/43, ya vimos como la *Sección 2.^a del Capítulo III de la Ley 62/2003* contiene esta atención particularizada. Esta regulación tiene por objeto establecer medidas para que el principio de igualdad de trato y no discriminación «por razón del origen racial o étnico de las personas sea real y efectivo», *cualquiera que sea el ámbito en que se produzca, salvo el trabajo, que cuenta con una regulación específica (Sección 3.^a)*. Así, se alude expresamente a la prohibición de discriminación «en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios» (art. 29.1). Las definiciones a utilizar son las mismas para todos los ámbitos regulados en esta Ley y que, en cuanto ya analizadas, nos eximen de mayor comentario.

Alguna precisión inicial sí habría que hacer. En este sentido, ya tuvimos la oportunidad de evidenciar cómo la ausencia de un marco normativo antidiscriminatorio que fuese más allá de la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, uno de los buques insignia del Derecho Social Comunitario, no se debe tanto a una despreocupación de las autoridades comunitarias sino a la ausencia de base jurídica en el Derecho fundacional. Esta inicial carencia encuentra explicación relativamente sencilla, al menos para el momento originario, no hoy. Puesto que el modelo antropológico que está en la base de la construcción de la Europa de los ciudadanos coincide en lo sustancial, al ser de raza blanca, poca necesidad se advirtió de cambiar el estado de situación.

No obstante, el paso del tiempo y los profundos cambios en la Europa comunitaria han hecho variar esta situación en gran medida, al tiempo que el propio proceso de ampliación de la UE susci-

ta desafíos y retos de gran relevancia en este ámbito. La propia difusión de «incidentes» xenófobos contra diferentes minorías con gran repercusión internacional –ej. grupos neonazis con ocasión de la reunificación alemana–. De ahí que la lucha contra el racismo y la xenofobia haya sido, ya antes de la entrada en vigor del artículo 13 TCE, un objetivo importante en los programas de acción comunitaria, ya desde 1986 pero sobre todo a partir de 1996 (Decisión del Consejo 15.7), cuando se crea el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia. La ampliación de la base jurídica en el Derecho originario ha abierto nuevas posibilidades.

Así se contempla ya en la aprobación del Primer Plan de Acción contra el Racismo (1998), o las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (1999), pese a que en este marco pesaron mucho más las exigencias de seguridad, pues no por casualidad este Consejo fue invocado por la reforma restrictiva que supuso la LO 8/2000, en materia de extranjería e inmigración. No obstante, el compromiso con esta lucha lejos de atemperarse se ha estimulado, como evidencia el ya citado Programa contra la Discriminación 2001-2006, y por supuesto la aprobación de la Directiva 2000/43.

Asimismo, también desde este plano general, conviene recordar que la Directiva comunitaria 2000/43 presupone una neta separación entre dos cuestiones bien diferentes, aunque sea igualmente indudable su conexión y, por tanto, su complementariedad. Por un lado, la cuestión de la raza o etnia a la que se pertenece, por otro, la de la nacionalidad. Aunque también es objeto de comentario en este monográfico el proceso de creciente comunitarización de la política inmigratoria de los Estados, aún hoy fuertemente diferenciada, no obstante importantes puntos de convergencia, sabido es que la legislación de extranjería e inmigración se mantiene todavía en gran medida en manos de los Estados. Sin embargo, sí es ya plena competencia comunitaria luchar por que la creciente presencia de nacionales extracomunitarios en la UE no derive en conflictos entre personas, por razón de su origen racial o pertenencia étnica, al margen de que el mismo proceso de integración, especialmente con la ampliación, pone encima de la mesa la posibilidad de discriminaciones raciales también entre nacionales comunitarios.

De ahí, la convicción sobre la necesidad de contar con un nuevo y específico marco de tutela antidiscriminatoria a favor de estos colectivos o minorías, que, sin pretensión armonizadora alguna (excluida por el art. 13.2 TCE), sí incentive a los Estados a promulgar normas en esta misma dirección. Sin embargo, conviene igualmente no llevarse a engaño. El horizonte de la norma no introduce, tampoco aquí, gran novedad en el ámbito de los ordenamientos nacionales, al ser reconocido en las normas constitucionales y en un importante número de textos legislativos. En realidad, de nuevo, estamos más ante una norma de marcado carácter procedimental –creación de marcos de acción conjunta poderes públicos y sociedad para luchar, previniendo o evitando, los conflictos–.

Esta constatación nos ayudará a comprender cómo la mayor novedad de esta Sección es la relativa al *Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico* –art. 33 Ley 62/2003–, que habrá que completar con el *Observatorio contra el Racismo y la Xenofobia* del nuevo artículo 71 LOExIS, tras la reforma por la LO 14/2003. En el plano conceptual ninguna aportación se realiza, remitiendo al artículo 28.1 Ley 62/2003, y en el plano de las medidas de lucha, ni la referencia a las acciones positivas (art. 30), ni a la legitima-

ción de las asociaciones representativas de estos colectivos (art. 31) ni las reglas de facilitación de la carga de la prueba, conforme a la prueba indiciaria (art. 32) tienen tampoco novedad, por lo que bien podrían haberse suprimido.

2. El contenido regulador: algunos puntos críticos.

Una vez delimitado el ámbito de aplicación de este régimen particular o «especial» –que abarca todos los ámbitos, conforme al principio de transversalidad inspirador del derecho antidiscriminatorio, ya sean externos o internos al mundo del trabajo– y vuelto a definir el principio de igualdad, la Sección 2.^a hace referencia, como decíamos, a las medidas de lucha antidiscriminatoria. Como prueba de la arbitrariedad de la técnica legislativa empleada, llama la atención que se recoja expresamente la anodina definición del principio de igualdad de trato, por un lado pretenciosa y por otro defectiva, y se margine la referencia al concepto de **acoso racial o étnico**.

Se ignora de este modo el origen histórico de esta referencia, que encuentra su razón de ser en las tristemente célebres experiencias de hostilidad, intimidación y degradación protagonizadas por grupos radicales contra minorías étnicas, especialmente en Alemania, pero que luego han tenido continuidad en otros países comunitarios. La emersión, si quiera episódica, de conflictos de este tipo en ciertas zonas de nuestro territorio hubiera debido movilizar una mayor sensibilidad del legislador por esta cuestión, máxime en un momento en que nos acercamos al 10% de la población de origen extranjero, y con un porcentaje elevado de personas provenientes de ámbitos étnicos –y culturales– bien diferentes al nuestro. El objetivo de la prevención, buscado en la propia normativa, bien hubiera merecido este esfuerzo.

No tan parco, pero sin tan deficiente, es el tratamiento de las medidas. Ni aporta novedad ni están todas las previstas en la Directiva, por lo que si la opción ha sido partir de un marco general, que como se vio tampoco se realiza, no entiendo que se haga referencia a unas sí y a otras no. Para este viaje tampoco necesitábamos alforjas, porque las recogidas no aportan nada al elenco de instrumentos de todo tipo, sustantivo y procesal, que ya está contemplado en nuestro ordenamiento. Las concretas garantías de efectividad previstas en la aplicación del principio de igualdad de trato, al margen del origen racial o étnico de las personas, son las siguientes:

a) Medidas de acción positiva.

Siguiendo una formulación habitual en las normas comunitarias, el legislador español, en vez de predisponer un marco general de acciones positivas a estos efectos –como ha intentado hacer, aunque con limitado éxito, respecto de las personas con discapacidad–, se limita a ofrecer una delimitación meramente negativa y abstracta del concepto de acción positiva. Así, entiende que «*para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten por razón de su origen racial o étnico*» (art. 30).

La referida visión como excepción al principio de igualdad de trato vuelve de nuevo, lo que debería ser objeto de reflexión por el legislador estatal ante la diferente opción del TCo en este sentido, y ante el cambio sustancial que el propio TJCE y el ordenamiento comunitario, al menos en línea teórica y de principio, dicen perseguir. Desde la lógica general que atiende al paso de la dimensión formal a la material del principio de igualdad, claramente recogida en la Ley 51/2003, carece de sentido este tipo de formulaciones, que siguen sin tener claras las diferencias entre derecho a la diferencia, derecho a la igualdad de trato y derecho a la no discriminación ²³.

b) Regla de legitimación procesal de las personas jurídicas en relación con el origen racial o étnico (art. 31).

A tenor de este precepto, *«las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante que así lo autorice con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico»*.

c) Carga de la prueba en relación con el origen racial o étnico (art. 32).

En aquellos *«procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad»*.

Una vez más ha de insistirse que este doble juego de la exigencia de prueba indiciaria y las reglas de facilitación de la carga de la prueba ya estaban operativas en virtud de una consolidada y firme doctrina constitucional. De ahí que insistamos en el escaso –nulo– contenido innovador desde un punto de vista normativo, pues se limita a recibir legalmente una doctrina constitucional ya vigente desde hace dos décadas, cosa distinta es que la jurisdicción ordinaria no haya terminado todavía –ahora confiemos en que cambie la actitud– de saber –o querer– llevarla a la práctica.

d) Creación del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico (art. 33).

También contiene, quizás como mayor novedad, una Norma de Organización. Así, de conformidad con el principio de diálogo civil y promoción de la participación, el artículo 33.1 prevé la creación del *«Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico»*.

²³ Vid. L. FERRAJOLI. *Derecho y Garantías*. Trotta. 1999, pág.73 y ss.

Su ámbito de actuación desborda el propio del previsto en esta Sección –«en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios»– para contemplar igualmente el de la Sección 3.^a –«así como el acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua»–. El Consejo se configura como «un órgano colegiado» –en los términos del art. 22 Ley 30/1992, 26 de noviembre, de RJAP y PAC– adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. El Consejo tendrá las siguientes competencias:

- a) Prestar asistencia a las víctimas de discriminación por su origen racial o étnico a la hora de tramitar sus reclamaciones.
- b) Realizar estudios y publicar informes sobre la discriminación de las personas por el origen racial o étnico.
- c) Promover medidas que contribuyan a eliminar la discriminación de las personas por el origen racial o étnico, formulando, en su caso, recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación.

Reglas respecto a su composición. Aunque se remite al desarrollo reglamentario –mediante RD del Gobierno a promulgar en tres meses–, sí se establecen algunas pautas como son la necesaria presencia de los Ministerios con competencias en las materias a que se refiere el 33.1 y la participación tanto de las Comunidades Autónomas y entidades locales –principio de autonomía territorial, cuanto de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas –principio de Diálogo Social–, así como de otras organizaciones que representen intereses relacionados con el origen racial o étnico de las personas –principio de diálogo civil–. El apoyo técnico y administrativo necesario para el buen funcionamiento de este órgano corresponderá al Instituto de Migraciones y Servicios Sociales.

La creación de este órgano se entiende sin perjuicio de las competencias del Defensor del Pueblo (LO 3/1981, de 6 de abril). No obstante, a éste incumbirá establecer con el Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico las vías de cooperación y colaboración que se consideren oportunas.

V. LAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN LABORAL ANTIDISCRIMINATORIA: LAS «NUEVAS» GARANTÍAS DE EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN EL TRABAJO

1. Caracterización general: objeto y estructura normativa.

Como vimos en su momento, la lógica de parcial diferenciación subjetiva de la tutela antidiscriminatoria que representa la Directiva 2000/43, y, en el plano interno, la Ley 51/2003, fue sustituida

por una lógica de unidad sustancial, conceptual y de estructura normativa, de la tutela para todos los colectivos o minorías que históricamente han venido sufriendo discriminación, si bien para un ámbito objetivo o material específico: el trabajo. Se confirma de esta manera que, como ya afirmara el TJCE, la prohibición de discriminación no es sino la expresión específica del principio general de igualdad que, a su vez, forma parte de los «principios» –y en breve derechos– fundamentales del Derecho comunitario, a su vez «fundamentos» o bases de la UE. En este ámbito, el reconocimiento, de una forma u otra, de los derechos fundamentales alcanza una creciente importancia, no obstante su tradicional peso relativo en la producción normativa y las referencias confusas y contradictorias, a la espera naturalmente de la aprobación, en su caso, de la Constitución Europea ²⁴. Asimismo, parece aceptarse la idea –que tiene ventajas, pero también riesgos– de que todos los supuestos de discriminación responden, en lo sustancial, a patrones homologables o análogos, de ahí que puedan ser extendidos a favor de unos las medidas de tutela experimentadas en relación con otros, sin perjuicio de reconocer ámbitos subjetivos peculiares, sobre todo en relación al sexo –normas específicas– y discapacidad ²⁵.

De ahí, el sentido de la Directiva 2000/78, que también ha sido objeto de trasposición por la Ley 62/2003 y, en parte, ya por la Ley 51/2003. Con una pluralidad extrema de fundamentos, de gran fuste y pedigrí por su tradición en otros ámbitos internacionales, pero de escasa relevancia comunitaria, se dictó una Directiva caracterizada en relación a su ámbito por su vocación expansiva.

En primer lugar, desde el ámbito subjetivo, porque acoge causas de discriminación novedosas respecto del tradicional ámbito de actuación comunitaria, centrado como se sabe en relación a la igualdad de sexos –y géneros–. Así, no sólo recoge el grupo de causas relacionadas con caracteres inherentes al ser humano, sin que intervenga su voluntad o elección –edad, raza, discapacidad..., e incluso, aunque hoy en menor medida, el sexo–, sino también las vinculadas con el ejercicio de los derechos fundamentales, prestando a éstos un instrumento de tutela adicional –ej. la *libertad de convicciones o ideológica* y, en cierta medida, la *orientación sexual*–. En segundo lugar porque delimita un ámbito objetivo amplio, sin perjuicio de alguna exclusión de cierta relevancia y poco justificable, por cuanto supone un retroceso material de su campo de aplicación, no comprensible, en cuanto que excluye los regímenes públicos de protección social o asimilados (art. 3.3), y que no se da en otras directivas, como la 2000/43, lo que además supone un riesgo de neutralización parcial de ambas Directivas –ej. cuando la discriminación racial se vincule a opciones ideológicas, especialmente religiosas–.

Desde este enfoque, si la Sección 2.^a se caracterizaba por buscar el reforzamiento de la lucha por la igualdad de trato de determinados colectivos, las «minorías raciales» o minorías étnicas, la Sección 3.^a tiene por objeto reforzar tal lucha en un ámbito funcional concreto, aunque de gran relieve, de ahí su horizontalidad: «el trabajo». El concepto de trabajo que presupone no se identifica, sin embargo, con el de «trabajo asalariado» o trabajo por cuenta ajena y subordinada. Al contrario, tiene una dimensión mucho más amplia, hasta identificarse con toda «*actividad profesional*», con lo que otra vez vemos cómo la legislación socio-laboral tiende a desbordar el concepto clásico, y hoy en crisis de crecimiento –no sólo de restricción o devaluación, según las manifestaciones de la «huida de la subordinación» y, por tanto, del ordenamiento laboral–.

²⁴ En relación con la prohibición entre productores en el mercado, agrícola de la discriminación, *vid.* STJCE 18-12-1997, Asunto Annibaldi. Para esta visión como bases de la UE recuérdese ya el artículo 6 TUE.

²⁵ *Vid.* Decisión 27-11-2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación.

Esta superación de las estrictas fronteras de las normas laborales aparece claramente en el artículo 34.1 Ley 62/2003, MFAOS:

- a) El acceso al empleo –por supuesto las ofertas de empleo, STJCE, 21-5-1983–, incluida la formación profesional ocupacional.
- b) La afiliación y la participación en las organización sindicales y empresariales.
- c) Las condiciones de trabajo, incluida la promoción profesional y la formación profesional continua.
- d) El acceso a la actividad **por cuenta propia** y al ejercicio profesional; por tanto, también la **incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta**.

Conviene estar especialmente atentos a la lectura del artículo 3.1 de la Directiva, porque, muestra más de la precipitación legislativa, es más amplio que el tenor literal del artículo 34.1, por lo que deberá ser integrado con la norma comunitaria y la jurisprudencia del TJCE. En todo caso, lo más relevante aquí es la novedad que supone el incorporar el trabajo por cuenta propia y, en consecuencia, el acceso a sus organizaciones profesionales, si bien no es sino reflejo de lo que ya está sucediendo en el ámbito que inspira esta evolución, el de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Precisamente, a raíz de esta dimensión o vocación expansiva, podemos encontrar una triple estructura normativa en esta regulación. Por un lado, las previsiones orientadas a delimitar un *marco de tutela antidiscriminatoria general*, aplicable a todo el ámbito delimitado en esta Sección –empleo, por cuenta propia y por cuenta ajena, trabajo autónomo y trabajo dependiente; sector público y sector privado (art. 27.2)–. Por otro, disposiciones eminentemente dirigidas a *introducir* o reforzar la *tutela antidiscriminatoria en las relaciones de trabajo no asalariado* (v. gr. art. 36). Finalmente, las *normas de reforma de la legislación típicamente laboral* –o legislación socio-laboral, como la LISMI, en relación a la política de empleo–, orientadas a reforzar la tutela antidiscriminatoria en este ámbito.

2. El marco general: excepciones al principio de igualdad de trato y medidas para su aplicación.

Dentro de las previsiones de alcance indiferenciado, y siguiendo la formulación acogida con carácter general en la nueva legislación antidiscriminatoria, se vuelve a definir el «principio de igualdad de trato» por un determinado resultado social derivado de su aplicación efectiva: la ausencia de toda discriminación directa o indirecta. A tal fin el artículo 34.2, párrafo 1.º, se limita a repetir la delimitación del artículo 28.1 a) Ley 62/2003 que, como se vio, restringe su ámbito aplicativo sólo a la prohibición de cualquier forma de discriminación «*por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona*». Un listado ciertamente amplio pero que, como es igualmente conocido, no agota el más extenso del artículo 14 CE.

Con un alcance particularmente orientado al ámbito de las relaciones profesionales sin adjectivación, por tanto incluyendo las realizadas por cuenta propia y las que asumen forma de vínculo laboral, el artículo 34.2, en su párrafo 2.º, acoge la distinción entre «diferencia de trato» o desigualdad de trato y «discriminación», estando la segunda siempre prohibida mientras que la primera admite usos lícitos, siempre y cuando respete determinadas condiciones de legitimidad. A saber: *«las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas a que se refiere el párrafo anterior no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado»*. En realidad, como puede apreciarse, no es sino una adaptación, ciertamente con matices de carácter más aperturista o tolerable con las diferencias de trato, de lo previsto en el artículo 28.1 letra c) *in fine*. Estamos ante el típico tema de las «excepciones» al principio, que ha dado lugar a un intenso debate, en la doctrina por supuesto, pero sobre todo en la jurisprudencia del TJCE, si bien en el ámbito de las normas relativas a la igualdad de sexos, por lo que tenemos criterios interpretativos válidos y suficientes, aunque no lineales.

El legislador español ha acogido expresamente sólo la excepción que, bajo el título de «requisitos profesionales», introduce el artículo 4.1 Directiva 2000/78. Al respecto, debe recordarse que la interpretación jurisprudencial tiene un carácter restrictivo –SSTJCE 15-3-1986, As. Hhaston; 26-10-1999, As. Sirdar; S 11-1-2000, As. Kreil–, por lo que la posibilidad abierta por el legislador, primero el comunitario y luego el estatal, ha de someterse a un juicio de legitimidad muy estricto –*strict scrutiny*–, reduciendo la flexibilidad que parece contemplar el texto normativo. Ha de tratarse, pues, de actividades profesionales o puestos de trabajo muy específicos o muy concretos, al tiempo que ha de ponderarse igualmente el paso del tiempo en esta materia, pues es obvio que la realidad social marca sus pautas y lo que en un momento puede considerarse proporcionado en otro no –la evolución de la normativa protectora en materia de acceso al empleo, primero afirmada y luego denunciada por contraria al principio de igualdad, es buen ejemplo–. En este marco, una especial situación se suscita, si bien no atendida por el legislador, respecto a circunstancias concretas, tales como la edad, donde es apreciable una legislación y práctica que tiende con mayor frecuencia a ceder a las exigencias productivas y organizativas, identificando edad con «discapacidad»²⁶.

En cambio, no hace referencia expresa alguna a la excepción prevista en el artículo 4.2. Este precepto autoriza a los Estados a mantener legislaciones o aprobar futuras, siempre que recojan prácticas nacionales vigentes a 27-11-2000, que consideren no discriminatorias las diferencias de trato basadas en la religión o convicciones, cuando por la naturaleza de estas actividades profesionales o en su contexto constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de determinadas organizaciones. En concreto, se trata de las *«actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona...»*. Asimismo, el párrafo 2.º autoriza para exigir por parte de estas organizaciones a las personas vinculadas por una relación profesional –las vinculadas por el derecho eclesiástico, por ejemplo, quedan fuera–, *«una actitud... de lealtad hacia la ética de la organización»*.

²⁶ No obstante, el rechazo por STCo 22/1981, o el Dictamen del CES UE, 19-10-2000, que lo considera insolidario y discriminatorio; también STJCE 17-10-1989, Asunto DANFOSS; STJCE 1-7-1986, Asunto Rummler. Bien diferente es la opción que subyace a la doctrina sentada por la polémica STS 27-12-1999.

Como puede apreciarse con facilidad, estamos ante el conflictivo tema de las organizaciones y/o empresas de tendencia –ej. sindicatos, partidos, organizaciones religiosas...–, y una vez más el legislador ha dejado perder la oportunidad de entrar a regular este tema, sacándolo del débil, inestable e incierto marco que suministra la jurisprudencia²⁷. Es obvio que, en todo caso, habrá que distinguir entre tareas neutras y de tendencia, por lo que sólo el carácter ideológico de la prestación convierte la compatibilidad ideológica con la organización en un requisito profesional legítimo, sin que se prevea expresamente –a diferencia del marco regulador de la discapacidad, por ejemplo– *obligación empresarial de readaptar la prestación* a eventuales cambios sobrevenidos en la ideología del trabajador –este principio de neutralidad empresarial está en la STCo 19/1985–.

Aunque esta excepción aparece más como una posibilidad abierta de forma condicionada a los Estados miembros que como una imposición exigible, es obvio que la no recepción por el legislador español no quiere decir que descarte la legitimidad de estas organizaciones. La referida ausencia de un marco regulador meridianamente adecuado no obsta para su difusa presencia en nuestra práctica nacional, a través del sistema de fuentes extralegislativo (STCo 106/1996). Del mismo modo, está claro que no puede proyectarse una concepción tan amplia del deber de lealtad que exija, para actividades no de tendencia, una identificación con la ideología de la organización.

Por la misma razón, tampoco han quedado afrontadas algunas cuestiones de creciente relevancia que, no obstante, deberán sobreentenderse, como la asunción de la doctrina mayoritaria que, salvo determinadas excepciones legales como la atención sanitaria en los supuestos de interrupción del embarazo, parte de una regla general similar a la aplicada en las empresas ideológicas, de modo que las creencias ideológicas o las convicciones religiosas del empleado no permiten a éste exonerarse lícitamente de los deberes profesionales que voluntariamente hayan aceptado, siempre que éstos sean legítimos (inexistencia del derecho a la objeción de conciencia profesional). O el respeto a las opciones personales relativas a la apariencia física y vestimenta, como reconoce ya reciente doctrina judicial dictada en suplicación.

Tampoco se hace referencia expresa a las excepciones que autoriza la Directiva en relación a la edad. Así, el artículo 8 Directiva justifica tales excepciones cuando concurra una finalidad legítima, que incluye «*los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios*». La formulación evoca la construcción de la STCo 22/1981 y pone encima de la mesa un argumento más para mediar en la polémica cuestión relativa a la legitimidad o no de la edad de jubilación «forzosa» prevista en convenio colectivo, cuando ésta no se vincule a una específica política de empleo o de mercado de trabajo. Sabido es que existe una fuerte división de las doctrinas de suplicación, por lo que en breve el TS tendrá que pronunciarse al respecto.

Finalmente, se omite igualmente cualquier referencia a la posibilidad abierta por el artículo 3.4 Directiva a la exclusión de la Directiva al personal de las «fuerzas armadas». No obstante, esta posibilidad quedaba condicionada sólo a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad, descartando otras de gran relieve práctico, como la orientación sexual, en los términos que veremos al analizar las reformas laborales.

²⁷ Como ya sucediera con el artículo 8.2 Directiva 94/45, CEU.

Por lo que refiere a las **medidas o garantías de efectividad** del principio de igualdad, la parquedad, deficiencia, de la norma de trasposición es todavía más acusada. Como ya se ha recordado en varias ocasiones, esta Directiva, buscando no sólo recoger sino profundizar en la evolución experimentada por la lucha antidiscriminatoria en otro ámbito, el sexo, plasma y desarrolla una gran cantidad de cuestiones que la norma de trasposición ha silenciado. Así, dejando a un lado las cuestiones conceptuales, que se recogen en la analizada Sección 1.^a, la norma comunitaria realiza un reconocimiento, aunque limitado, de la acción positiva (art. 7); el principio de norma mínima (art. 8); las normas procesales de tutela, en el ámbito de la existencia de recursos y legitimación (art. 9); en el ámbito de la carga de la prueba (art. 10); o la protección contra represalias (art. 11); o la potenciación del diálogo con las organizaciones representativas de los intereses de los afectados (art. 14). En este sentido, no sólo no se restringe o singulariza, sino que se amplían los logros conceptuales y normativos alcanzados.

Pues bien, de las grandes medidas o garantías de efectividad previstas con carácter general en la nueva legislación antidiscriminatoria, esta Sección sólo recoge expresamente dos de ellas, una de efectos o eficacia general, en cualquier tipo de trabajo profesional, otra destinada a las diferentes formas de trabajo no asalariado, sea bajo fórmulas civiles o mercantiles sean jurídico-públicas. A saber: Medidas de *acción positiva* (art. 35), que repite el artículo 30; y *Carga de la prueba* (art. 36), que repite el artículo 32. Para el orden social, como veremos, ha bastado una reforma del artículo 96 LPL, con objeto de extender lo ya previsto para las discriminaciones por razón de sexo a las derivadas de aquellas otras circunstancias.

En cambio, no se hace formal referencia alguna en esta Sección ni a las *reglas de legitimación procesal a favor de las asociaciones representativas* de estos colectivos, ni tampoco a la *medida-garantía-de tipo organizativo* prevista en el artículo 33, relativo al Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación. Ahora, bien parece poco dudoso que, en aras de la efectividad del derecho a la tutela judicial, por una aplicación expansiva de reglas y principios ya vigentes en nuestro ordenamiento jurídico-procesal (art. 7 LOPJ: legitimación de grupos) y en virtud de una aplicación analógica de preceptos concretos en materia de tutela antidiscriminatoria, debemos *entender perfectamente aplicable a todos los colectivos y minorías recogidos en esta Sección la legitimación prevista*, para las organizaciones representativas de minorías raciales o étnicas, en el artículo 31 Ley 62/2003. Entiendo que se trata más que de un «silencio elocuente» –un vacío de regulación querido por el legislador– de una auténtica omisión –¿olvido?– o «laguna» a integrar por los habituales procedimientos técnico-jurídico.

Por lo que se refiere a la garantía promocional de tipo organizativo parece claro que sus funciones no pueden ir más allá, a falta de una reforma legal, de las previstas en el artículo 33.2 de la Ley. Esto significa que este novedoso órgano, típica expresión del principio de participación institucional y diálogo social y civil –de ahí que sea concebido más bien como asesor, consultor y foro de debate–, *extiende su competencia a todas las materias* previstas en el artículo 34.1 (coincide en lo sustancial con el art. 33.1), *pero limitada subjetivamente a las minorías étnicas o raciales*.

En este marco de «garantías» puramente promocionales o de fomento ha de hacerse referencia, finalmente, a las previsiones de los artículos 42 («fomento de la igualdad en la negociación colectiva») y 43 («fomento de planes de igualdad») Ley 62/2003. El primero, de una forma completamente carente de contenido regulador alguno y, por tanto, vacua, recuerda que los convenios colectivos

podrán –que sepamos siempre han podido, al menos desde 1980– «*incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*».

El segundo incluye dentro de la política pública de fomento «*la adopción por las empresas y por las organizaciones sindicales y empresariales de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, mediante los incentivos y medidas de apoyo establecidos para ello*».

Tampoco existe referencia al derecho de readaptación razonable de la prestación al objeto no ya de respetar determinadas circunstancias –opciones ideológicas; edad...–, sino de facilitar su realización, especialmente si responde a derechos fundamentales reconocidos. En todo caso, y al margen de la vigencia que al mismo quepa dar desde el contenido esencial del derecho de las personas, dada su fuerza integradora del contrato de trabajo, así como crítica de las obligaciones contractuales que obstaculicen de modo grave el ejercicio del derecho, podría plantearse una corrección de este principio de neutralidad desde la consideración como nuevas y sutiles formas de discriminación indirecta. En este sentido, la existencia de un único Derecho antidiscriminatorio evidencia nuevas posibilidades a las ofrecidas por el ordenamiento interno, en la línea de lo reconocido expresamente –sólo– para las personas con discapacidad. La vis expansiva de este principio de igualdad de trato y su fuerza evolutiva, su dinamismo como constante, apunta sin duda en esta dirección, como ya aparece en la experiencia norteamericana.

3. Las reformas de la legislación laboral en materia de aplicación del principio de igualdad de trato.

Pero decíamos que la *modernización del régimen jurídico de la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo* se persigue, en el ámbito del empleo por cuenta ajena, a través de un amplio número de reformas en la legislación, de ahí que todas éstas se vean afectadas por la Ley 62/2003. Así:

1. *Modificaciones del Estatuto de los Trabajadores (art. 37).*

a) Nueva redacción del párrafo c) del apartado 2 del artículo 4 –y de los arts. 16.2 y 17.1– LET.

De conformidad con la nueva redacción, los trabajadores tienen derecho «*c) A no ser discriminados **directa o indirectamente** para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, **origen racial o étnico**, condición social, **religión o convicciones**, ideas políticas, **orientación sexual**, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. **Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad**...».*

A la vista del nuevo texto, junto a algunas modificaciones de alcance puramente léxico o gramatical –se sustituyen las referencias anteriores a «disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales» por la cláusula general «discapacidad»; o «ideas religiosas» por religión...–, las modificaciones de mayor

calado, al menos formal, residen tanto en la expresa mención a las «*discriminaciones indirectas*» cuanto al «*origen étnico*» y la «*orientación sexual*». De este modo, el ordenamiento laboral recibe legislativamente un concepto que ya venía siendo plenamente operativo en nuestra experiencia jurídica.

Asimismo, se despeja cualquier duda sobre la extensión del ordenamiento antidiscriminatorio a toda práctica o conducta negativa contra el colectivo de homosexuales –¿y transexuales?– basada en su específica condición u «*orientación sexual*», según una justa reivindicación largamente mostrada y perseguida por estos colectivos de personas, que han saludado favorablemente tal incorporación legal.

Como es sabido, el TJCE tuvo ocasión de pronunciarse, con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, sobre la cuestión de la orientación sexual en el ámbito del Derecho Comunitario, incorporando también al colectivo o minoría de homosexuales en sujetos merecedores de la protección que brinda el dispositivo antidiscriminatorio, si bien de forma no lineal o contradictoria (STJCE 30-4-1996, As. P v. S, respecto a la situación de un *transsexual*, sometido a una operación de cambio de sexo de hombre a mujer, a consecuencia del cual fue despedida; y 17-2-1998, As. Grant). En la primera opción, más innovadora, se confirma el valor innovador que tiene, hacia el futuro, el Derecho No Vinculante: Resolución del Parlamento Europeo de 1997 sobre el respeto a los derechos humanos en la UE.

En este sentido, para la primera STJCE, el sexo deja de ser un elemento meramente biológico para convertirse en una condición o atributo de la personalidad con relevancia para el Derecho, que ha de proteger sus diversas manifestaciones. Sin embargo, la segunda volvió a la consideración tradicional del sexo, de modo que entendió que no se puede considerar como discriminación por razón de sexo la diferencia de trato hacia las parejas *homosexuales*, siendo una protección de este tipo un caso de injustificado activismo judicial o suplencia judicial de la acción legislativa. En la misma línea el TEDH aceptó el derecho de los homosexuales al disfrute de la vida privada, 22-10-1981, Asunto Dudgeon v. Reino Unido, aunque no les protegió de tratos desfavorables. No obstante, su evolución va en la misma dirección expansiva, como muestra la STEDH 21-12-1999, Asunto Da Silva Mouta, que por vez primera reconoce la prohibición de discriminación por orientación sexual, lo que desmentía la afirmación del TJCE sobre la inexistencia de un consenso europeo acerca del reconocimiento de derechos a estos colectivos en igualdad de condiciones que los heterosexuales.

Pese a todo, el gran problema generado en torno a determinar si se vincula o no a las razones de sexo se resuelven con esta consideración específica, con lo que el colectivo de homosexuales obtiene la referida protección específica, intentada por colectivos de gays y lesbianas por la vía indirecta de la recepción en el impresionante acervo comunitario de la lucha antidiscriminatoria. El artículo 13 recogía, pues, el cambio de clima y la actitud más favorable.

A diferencia de lo que sucede con otras circunstancias novedosas no se delimita perfil alguno al respecto. En principio es clara la vertiente biológica, de modo que abarca la libertad del individuo para elegir las prácticas sexuales que considere oportunas, y siempre que no supongan ningún perjuicio o daño, físico o psíquico, para otras personas, incluyendo las realizadas con personas del mismo sexo biológico. En todo caso, es obvio que no sólo admite una dimensión biológica sino también social, al tiempo que alberga también la posibilidad de incluir la transexualidad, si bien aquí el elemento voluntario parece más limitado al vincularse a elementos biológicos.

En estos supuestos, y aunque ha sido ignorado por el legislador, presenta una especial incidencia el acoso como secuencia de comportamientos constitutivos de un ambiente hostil, intimidatorio y degradante, por su conexión con el sexual. Precisamente, los conflictos jurídicos que se puedan plantear al estar implicados diferentes derechos es lo que pretendió resolverse con la remisión a un poder definitorio, resolviendo tanto el alcance como la coordinación de la doble regulación. También plantea problemas en relación a las excepciones a la prohibición de discriminación por orientación sexual.

Por un lado, respecto de «las Iglesias» que rechazan la homosexualidad, planteando delicadas cuestiones en el caso de las relaciones de estas entidades con los trabajadores homosexuales. Puesto que es una característica personal, no una convicción ideológica en materia sexual, no parece que pueda legitimar tal desigualdad de trato, sin embargo, ante la criticable posición negativa de la jurisprudencia ordinaria, que ha aceptado la legitimidad de extinciones de contratos de profesores que no mantienen una vida estrictamente acorde con los dogmas de la religión que enseñan –ej. divorciados–, el conflicto está servido, y pendiente de la decisión el TCo, que ya ha aceptado un RA en este sentido.

Por otro, respecto al ejército. Son ampliamente conocidos también en nuestro país los episodios que ilustran la importante batalla por la incorporación al ejército de una forma libre y sin tener que ocultar su opción sexual –es contrario indagar sobre tal opción según las SSTEDH 27-9-1999 (dos), contra el Reino Unido–. Puesto que la norma comunitaria sólo recoge la edad y la discapacidad, no ninguna otra, debemos entender que no cabe excepción respecto a la orientación sexual, siendo muy problemático reconducirla por la vía de la excepción general del artículo 4.1 y recogida en el artículo 34.2 de la Ley 62/2003.

La igualación en derechos de las parejas homosexuales con las heterosexuales, estén o no unidas por un vínculo matrimonial o no, como vía para la normalización de su situación, no parece encontrar respuesta en esta norma. No tiene por qué necesariamente proteger los beneficios socio-laborales de las parejas homosexuales en igualdad de condiciones con las parejas heterosexuales. Si no hay problema con las parejas de hecho, el problema sigue siendo las parejas vinculadas por una forma matrimonial legalmente aceptada. La argumentación sería que no es la orientación sexual sino el matrimonio. Pero en la medida en que no les está permitido, está claro que tendrá un impacto notablemente desigual, por lo que representa una discriminación indirecta. Esta solución está en consonancia con el principio integración –vida independiente– y normalización que inspira todo este entramado antidiscriminatorio, aunque sólo se formule expresamente para las personas con discapacidad.

Recuperando la senda de las modificaciones expresas, hay que evidenciar que se incluyen otras dos. Por un lado, se modifica el artículo 16.2, para incluir la nueva redacción de la tutela antidiscriminatoria. Por otro, se modifica el artículo 17.1 LET, de una parte para incluir igualmente esta nueva formulación y, de otra, para incorporar formalmente la prohibición de represalia contra cualquier trabajador que haya iniciado –o participen– una reclamación, de cualquier tipo, a favor del principio de igualdad. Una garantía de indemnidad que, como es bien sabido, ya estaba operativa a tenor de una consolidada doctrina constitucional.

Aun hay otra reforma más de este estilo en la legislación laboral. Así, la misma lógica de coherencia del ordenamiento, en orden a la recepción legislativa de las nuevas formulaciones de los con-

ceptos de igualdad de trato y no discriminación, inspira la reforma del párrafo c), apartado 1, del artículo 3 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

b) Nueva redacción del párrafo e) del apartado 2 del artículo 4 de la LET.

Los trabajadores tienen derecho al *«respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual»*.

La novedad reside aquí, como se colige con facilidad, en la introducción igualmente por vez primera en nuestra legislación del concepto de *«acoso laboral»* como *nueva forma de discriminación*, tutelable en consecuencia con todos los instrumentos predispuestos en nuestro ordenamiento a favor del derecho fundamental a la igualdad de trato y no discriminación. Aunque no se define expresamente en este precepto tal concepto es obvio que hemos de entender aplicable, dado su alcance general, el recogido en el artículo 28.1 letra d) de la Ley 62/2003, en los términos ya analizados.

Como garantía de efectividad del cumplimiento por el empresario de esta exigencia cuando el comportamiento no provenga de él, sino de los compañeros del trabajador afectado o «víctima» del proceso de acoso, se le legitima para acudir a la máxima expresión de su poder disciplinario, como es el despido. Así, en virtud del nuevo artículo 54.2 letra g) es causa justificativa del despido disciplinario, siempre que reúna la suficiente gravedad y culpabilidad, el *«acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa»*.

Sin perjuicio de remitir al análisis que en su momento se hizo de este concepto legislativo, sí creemos necesario insistir en que no queda recogido expresamente el concepto de *«acoso moral y/o psicológico en el trabajo»* o, en su versión anglicista, *mobbing*. Pese a que ya hay igualmente analistas que se han precipitado en reconducir esta figura, de creciente presencia en la práctica forense y en emergencia en la realidad socio-laboral española, al nuevo concepto legislativo, debemos insistir en que el concepto legal es mucho más restringido que el concepto psicosocio-lógico y judicial de *mobbing*.

A nuestro juicio, sólo aquellos procesos de violencia psicológica contra los trabajadores que se vinculen, en exclusiva o de forma complementaria, a las circunstancias recogidas en la Ley pueden ser expresamente reconducidos a ella. Sin embargo, como también evidenciamos en su momento, en modo alguno ha de entenderse irrelevante la nueva legislación anti-acoso social y/o laboral para una mejor aprehensión del concepto de *mobbing* o acoso moral en el trabajo y, sobre todo, para reforzar la protección frente a conductas tan nocivas y deleznable. En todo caso, reiteramos de nuevo nuestra convicción sobre la enorme capacidad del ordenamiento jurídico español vigente, al margen de los efectos expansivos de la nueva legislación, para luchar eficazmente contra esta gravísima patología socio-laboral que aqueja nuestras organizaciones de trabajo, privadas y públicas.

2. Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI).

El artículo 38 de la Ley 62/2003 modifica el artículo 37 de la LISMI –Ley 13/1982, 7 de abril–, atinente a la política de empleo a favor de trabajadores con discapacidad y de promoción de su igualdad de trato en el trabajo. En este ámbito, junto a las necesarias reformas de adaptación a los nuevos conceptos introducidos por la legislación de reforma, tanto de la Ley 62/2003 como de la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad –v. gr. principio de igualdad de trato, discriminación indirecta, acción positiva–, está claro que lo más relevante es la introducción, con exigibilidad directa e inmediata desde la entrada en vigor de la Ley, sin perjuicio de ciertas matizaciones, del **deber empresarial de adaptación razonable del trabajo y sus entornos laborales a las personas con discapacidad**.

En efecto, el nuevo artículo 37 bis de la LISMI obliga a los empresarios a «adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario». El incumplimiento de este deber prestacional constituye una discriminación indirecta (nuevo art. 37.3 *in fine* LISMI).

No obstante, para evitar que este deber sobrecargue los costes financieros del empresario se establece una cláusula limitadora del alcance del deber. En efecto, el deber de adecuación o adaptación no es absoluto sino relativo, razonable, identificándose la razonabilidad con un coste asumible por el empresario en atención a sus concretas circunstancias. Al objeto de ayudar a concretar este concepto jurídico indeterminado, el legislador dispone, en coherencia con lo previsto en la Ley 51/2003 con carácter general, un criterio de garantía de la eficiencia económica de la medida.

Así, para determinar «si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa». Como vimos al analizar la Ley 51/2003, el legislador no ha dispuesto el carácter obligatorio de un programa de ayudas públicas dirigidas a tal fin, sino que tiene estricto carácter potestativo, por lo que puede encontrarse en esta formulación algunos elementos externos que dificulten la aplicación de una norma bastante razonable en su alcance. El mandato del artículo 43 de la Ley 62/2003, que obliga a los poderes públicos a incentivar la adopción de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, en las empresas, unilateral o concertadamente con los sindicatos, puede paliar esta deficiencia, aunque se trate de un precepto tan abierto.

Ninguna referencia se hace en este caso a la existencia de instrumentos de resolución de las divergencias que puedan existir en orden a la concurrencia o no de las circunstancias que determinan la exigibilidad de este derecho, naturalmente al margen de las vías administrativas y judiciales típicas del orden laboral. Recuérdese en este punto la previsión, si bien de vigencia diferida, a un sistema arbitral. Una previsión análoga se hace igualmente, en el ámbito de las relaciones civiles de propiedad horizontal, para la comunidad de propietarios.

3. Modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL).

Como es usual en el ámbito laboral, las reformas sustanciales exigen por lo general modificaciones de la legislación procesal laboral, en coherencia con su configuración como garantía de efectividad de la tutela judicial a favor de los derechos reconocidos en la legislación sustantiva. No obstante, en este caso, debemos insistir en el alcance de pura mejora técnica que tienen estos cambios, porque no introducen innovación real en el ordenamiento jurídico, por cuanto de nuevo cabe constatar que la experiencia judicial había suplido estas deficiencias. Así, la reforma del artículo 96 LPL sólo conlleva, como se indicó, extender la regla de facilitación de la carga de la prueba a favor del trabajador «víctima» de la discriminación a circunstancias diferentes al sexo, abarcando ahora el «*origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*». Por su parte, la modificación del artículo 181 LPL, a fin de dar cabida en el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales a toda forma de discriminación, directa e indirecta, incluidas las formas de acoso laboral *ex* artículo 4.2 e) LET, tan sólo es una ineludible exigencia de su carácter de derecho fundamental y, en consecuencia, ya operaba en la experiencia judicial precedente, al menos formalmente.

Sin embargo, no se hace referencia a algunas cuestiones que quizás si hubiesen resultado útiles: legitimación, indemnización complementaria, justicia cautelar...

4. Modificaciones de la LISOS.

Como era de esperar, tampoco la otra garantía de efectividad de los derechos reconocidos en el ordenamiento sustancial laboral, la administrativa, podía quedar al margen de las reformas de mejora técnica y de coherencia ordinamental que venimos comentando. De ahí que las tres modificaciones que recibe puedan agruparse, para una mejor comprensión, en dos líneas de actuación. La primera, simplemente orientada a precisar, en aras del principio de tipicidad legal que rige este sector del ordenamiento, los nuevos conceptos que han de ser garantizados desde la potestad de control y sanción de la Administración. En este marco, se incluyen el nuevo *apartado 12 del artículo 8 de la LISOS* (consideración como infracción laboral muy grave de las decisiones unilaterales del empresario de carácter discriminatorio, directo o indirecto), en su primer inciso, y el artículo 16.2 (infracción muy grave en materia de empleo por difusión de condiciones discriminatorias, favorables o adversas, para el acceso al empleo «por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado).

La segunda línea de reformas se concreta en el *incremento, al menos formal, de los tipos infractores*, en aras del principio de tipicidad que también rige este subsector jurídico, con lo que, aparentemente cuando menos, se reforzaría la tutela antidiscriminatoria. En esta dirección, mientras que el nuevo artículo 12.8 LISOS considera como infracción laboral muy grave también las **decisiones empresariales adoptadas por represalia** («*decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no dis-*

crimación»), un añadido apartado 13 bis del mismo artículo 8 LISOS califica como infracción muy grave cualesquiera formas de «acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo».

4. Reflexión final.

Aunque al final de estas páginas ya se tienen elementos suficientes para juzgar cada lector las eventuales virtudes y los muchos defectos o vicios de esta trasposición, no puedo finalizar sin hacer alguna observación general. La pésima técnica legislativa empleada por el legislador, cuya desidia no sólo se presume por el procedimiento de introducción sino por el lamentable resultado, tanto de desorganización estructural cuanto de carencias reguladoras, ha quedado demostrada.

Así, define los conceptos más conocidos y ya operativos, y sin embargo no introduce precisiones respecto de conceptos novedosos y que requieren una particular atención, pese a contar con margen definitorio. Así sucedería, entre otros, con el concepto de acoso y con el de acción positiva. Por otro lado, delimita un ámbito general de aplicación, incluyendo el sector público, y sin embargo no introduce ni una sola reforma en esta dirección para estas relaciones profesionales, donde además son sistemáticos los incumplimientos.

Tiene que delimitar un marco general de tutela antidiscriminatoria y opta, sin embargo, por la mayor fragmentación posible, tanto por los cuerpos legislativos que ha utilizado, cuanto por la arbitraria opción subjetiva. En este sentido, pese a que recoge la especial posición de ciertos sujetos o minorías, como las personas con discapacidad –aquí sí adelantándose, pero luego aplazado *ad calendas graecas* su vigencia efectiva, aunque ponga plazos, largos, por supuesto–, o las minorías raciales o étnicas, sin embargo, ignora abiertamente otros. La normativa comunitaria, sin embargo, abre esta posibilidad al dedicarle espacio propio, aun en el evidenciado marco general, como sucede con las personas mayores de edad, también especialmente necesitadas de protección, si bien no desde la rechazable identificación con la discapacidad. Pero también en relación al sexo. Ciertamente que se dirá que esta intervención no toca ahora, porque existe una normativa específica –Directiva 2002/73–, pero es difícil entender por qué hay que esperar al final del período cuando existe tanta coincidencia conceptual y de estructura normativa.

En definitiva, una vez más, el legislador español ha despreciado el papel que la buena técnica legislativa tiene en cualquier ordenación jurídica, pero especialmente en el ámbito de la legislación laboral, donde desde hace demasiado tiempo la técnica brilla por su ausencia. La lucha contra la conflictividad judicial como vía para agilizar la justicia, según el famoso Pacto de la Justicia, pasa también por hacer buenas leyes nuevas, además de hacer buenos usos de leyes ya existentes. La evolución, la complejidad de la realidad social, la necesidad de un buen y justo –y eficiente y flexible– gobierno de las cosas no siempre pasa por la inflación legislativa.