

LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE PARA LA IGUALDAD DE TRATO: SU ENCAJE EN LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. RIESGOS Y OPORTUNIDADES DE SU PUESTA EN MARCHA

The Independent Authority for Equal Treatment: Its fitment in the European Union legislation against discrimination. Risks and opportunities of its implementation

IGNACIO SOLA BARLEYCORN
Ministerio de Igualdad
solabarleycornignacio@gmail.com

Cómo citar/Citation

Sola Barleycorn, I. (2023).

La Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato: su encaje en la legislación de la Unión Europea. Riesgos y oportunidades de su puesta en marcha.

IgualdadES, 9, 279-314

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.09>

(Recepción: 26/06/2023; aceptación tras revisión: 03/10/2023; publicación: 29/12/2023)

Resumen

Las directivas contra la discriminación prevén la puesta en marcha de organismos para la promoción del principio de igualdad de trato y no discriminación a los que le atribuyen una serie de funciones que deben ejercer de manera independiente. La diferente transposición llevada a cabo por los distintos Estados miembros ha dado como resultado múltiples modelos de organismos de igualdad, tanto desde el punto de vista de su organización como de su mandato, capacidades y funciones. Esta variedad, y la creciente importancia otorgada por las autoridades europeas a este principio, han impulsado una progresiva atención hacia los mismos en la búsqueda de unos estándares mínimos que garanticen el ejercicio efectivo de sus funciones. Esta importancia ha quedado finalmente reflejada en una doble propuesta de directiva en

materia de organismos igualdad de trato. España, por su parte, con la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, debería haber iniciado los trabajos para poner en funcionamiento la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación prevista en la misma.

Palabras clave

Igualdad; organismo de igualdad; directivas antidiscriminación; Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica; estándares.

Abstract

Directives against discrimination foresaw the setting up of equality bodies for the promotion of the principle of equal treatment and non-discrimination, to this end legislation gives them a series of functions that they must exercise independently. The different transposition carried out by member states has resulted in multiple models of equality bodies, both from the point of view of their organization and their mandate as well as their capacities and functions. This variety, and the growing importance given by the European authorities to this principle, has prompted increasing attention to them in the search for minimum standards that guarantee the effective exercise of their functions. This importance has been finally reflected in the recent proposals of directives regarding equality bodies. Spain, with the approval of the comprehensive Law for equal treatment and non-discrimination, should have started to work to put into operation the authority for equal treatment and the non-discrimination foreseen in the law.

Keywords

Equality; equality body; anti-discrimination directives; Council for the Elimination of Racial or Ethnic Discrimination; standards.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN DE LOS ORGANISMOS DE IGUALDAD EN LAS ACTUALES DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU PLASMACIÓN PRÁCTICA: 1. Y su plasmación práctica. 2. Las propuestas de directiva en materia de organismos de igualdad de trato. III. LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE PARA LA IGUALDAD DE TRATO. REGULACIÓN, RIESGOS Y AMENAZAS EN SU PUESTA EN MARCHA: 1. La regulación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato en la Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación. 2. Riesgos y amenazas en su puesta en marcha: 2.1 *El riesgo sistémico*. 2.2 *La competencia territorial de la Autoridad*. 2.3 *La adecuada organización administrativa de la Autoridad*. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Los organismos de igualdad de trato surgen en Europa, como señala Kadar (2018: 2), en las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado. Lo hacen, fundamentalmente, en los países anglosajones por inspiración de los creados pocos años antes en los Estados Unidos como consecuencia de la lucha por los derechos civiles de las personas negras, e impulsados por la aprobación de la Convención Internacional contra Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) de 1966. Sin embargo, no fue hasta la primera década del siglo XXI, con la aprobación de las directivas antidiscriminación, cuando esta figura paso a formar parte de las notas distintivas del derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea (UE), que contiene el mandato de su creación o designación y perfila sus funciones mínimas, impulsando su inserción en la arquitectura institucional de los Estados miembros dedicada a la lucha contra la discriminación.

Un correcto análisis del papel que juegan, o deben jugar, estos organismos ha de partir desde el reconocimiento de la importancia otorgada a la igualdad de trato y no discriminación en la legislación de la UE, atendiendo a su posición en el derecho originario. La protección del principio de igualdad de trato y no discriminación cuenta, de hecho, con un lugar preminente entre los principios inspiradores y las prioridades de acción de la Unión Europea, fruto de su evolución histórica, iniciada con la protección de la igualdad entre

mujeres y hombres en el ámbito del empleo y la ocupación¹, hasta completarse con la posibilidad, introducida por el Tratado de Ámsterdam, de adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual².

El actual desarrollo del principio de igualdad de trato y no discriminación es diferente. Mientras la protección frente a la discriminación basada en el sexo y el origen racial o étnico es más completa y, aunque con algunos matices, se extiende más allá del ámbito del empleo y la ocupación, el resto de motivos previstos en el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) gozan de un menor nivel de protección, limitándose la misma al ámbito del empleo y la ocupación, sin que cuenten, obligatoriamente, con la protección dispensada por los organismos de igualdad. Otra nota distintiva, por la diferente base jurídica sobre la que se dictan las directivas, es precisamente que, mientras que la protección frente a la discriminación por razón de sexo se contiene en varias directivas³, la dispensada frente a la discriminación por motivos de origen racial o étnico⁴ y frente a la discriminación en los ámbitos del empleo y la ocupación⁵ por el resto de motivos contemplados en el art. 19 del TFUE se realiza a través una directiva específica

¹ El art. 157.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) permite adoptar medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

² Apdo. 1 del art. 19 del TFUE.

³ Sobre la base del actual art. 157 se dictaron la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) y la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, mientras que sobre la base del art. 19 del TFUE se dictó la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

⁴ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

para cada uno de esos ámbitos. Conscientes de este desequilibrio, y con el objetivo de completar el marco legislativo de lucha contra la discriminación a nivel de la UE, la Comisión lanzó en el año 2008 la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas, independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual más allá del ámbito del empleo y la ocupación⁶. Esta propuesta se encuentra en fase de negociación en el Consejo desde julio de 2008 y no parece que tenga muchos visos de prosperar.

Pero con mayor interés para el presente artículo, hemos de señalar que este mismo año se han lanzado dos propuestas de directiva destinadas a completar el marco de protección ofrecido por los organismos de igualdad de trato, con el objetivo de fijar unos estándares mínimos que aseguren su adecuado funcionamiento y su continuidad en el panorama institucional del conjunto de los Estados miembros⁷. Dicha propuesta ha venido a dar continuidad a la Recomendación de 2018 de la Comisión sobre los organismos de igualdad⁹.

II. LA REGULACIÓN DE LOS ORGANISMOS DE IGUALDAD DE TRATO EN LAS ACTUALES DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

Como señalábamos anteriormente, uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta la legislación antidiscriminatoria de la UE es la

⁶ La Propuesta de Directiva por la que se implementa el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, edad, discapacidad u orientación sexual, fue presentada por la comisión el 2 de julio de 2008.

⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación, y por la que se suprimen el art. 20 de la Directiva 2006/54/CE y el art. 11 de la Directiva 2010/41/UE.

⁸ Propuesta de Directiva del Consejo sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en asuntos de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y por la que se suprimen el art. 13 de la Directiva 2000/43/CE y el art. 12 de la Directiva 2004/113/CE.

⁹ Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión de 22 de junio de 2018 sobre normas relativas a los organismos para la igualdad.

obligación de los Estados miembros de designar organismos de promoción de la igualdad de trato. Sin embargo, dicha obligación no se cumple en todas las directivas antidiscriminación, limitándose su presencia a la defensa frente a la discriminación por motivos de sexo y origen racial o étnico, con una regulación muy similar, por no decir idéntica, a la contenida en las cuatro directivas comunitarias de cada uno de esos ámbitos¹⁰.

Lo primero que debe tenerse en cuenta a la hora de estudiar su regulación es que las directivas no exigen la creación *ad hoc* de estos organismos de igualdad, sino una designación de organismos. Esto se debe a que en algunos Estados miembros ya venían existiendo organismos con funciones o fines parecidos a los previstos en las directivas y a que estas deben dejar un margen de autoorganización a los propios Estados miembros. Dentro de dicho margen, las directivas ofrecen la posibilidad de que los mencionados organismos puedan formar parte de los servicios responsables de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales a nivel nacional. Esta previsión ha permitido que en los procesos de transposición de las directivas se adopten distintas vías, desde la designación como organismos de unidades administrativas integradas en las Administraciones públicas hasta la creación de organismos *ad hoc*, pasando por la designación de otras instancias, como los defensores del pueblo u otras instituciones nacionales de derechos humanos. En consecuencia, y como ya señalaba un estudio de Human European Consultancy (Ammer *et al.*, 2010: 71): «En contraste con lo que sucede con otros estándares internacionales las directivas comunitarias no contienen requerimientos detallados sobre como los organismos de igualdad deben estructurarse, componerse y como deben ejercer sus funciones».

En cuanto a las funciones de los organismos de igualdad de trato, las directivas recogen tres funciones mínimas que estos organismos deben ejecutar de manera independiente para el cumplimiento de su fin primordial, a saber: prestar asistencia a las víctimas de discriminación, realizar estudios y publicar informes y formular recomendaciones. A ellas se suma, en el caso de las directivas 2006/54 CE y 2010/41/UE, el deber de intercambio de información y colaboración entre los organismos de igualdad y el Instituto Europeo de Igualdad de Género. Como puede observarse, la formulación de las funciones atribuidas a estos organismos en las directivas únicamente incluye un mandato de ejercicio independiente, sin que se especifique en qué consiste esa independencia ni la definición de las actuaciones concretas que deben llevar a cabo en el desarrollo de las funciones atribuidas. Todo lo anterior ha tenido como

¹⁰ Art. 13 de la Directiva 2000/43/CE, art. 20 de la Directiva 2006/54 CE, art. 12 de la Directiva 2004/113 CE y art. 11 de la Directiva 2010/41/UE.

consecuencia una configuración legal de los organismos de igualdad de trato a nivel nacional caracterizada por una gran diversidad en cuanto a sus formas de organización, los motivos de discriminación contemplados, los ámbitos de actuación y los mecanismos de rendición de cuentas. No obstante, con todos los defectos regulatorios, la aparición de estos organismos en la legislación de la UE ha tenido un efecto positivo, ya que desde la aprobación de las directivas se han venido a designar o crear en los diferentes Estados miembros treinta y seis¹¹ organismos de igualdad, además de haberse propiciado la creación o designación¹² de otros once en países no integrantes de la UE (Albania, Bosnia-Herzegovina, Georgia, Kosovo, Macedonia del Norte, Moldavia, Montenegro, Noruega y Serbia).

1. Y SU PLASMACIÓN PRÁCTICA

A pesar de la diversidad de organismos surgidos a nivel nacional, sí resulta posible identificar algunas tendencias mayoritarias atendiendo a los elementos mínimos definidos por las directivas, al menos en relación con las funciones, los motivos de discriminación protegidos y su organización e independencia, todos ellos aspectos clave sobre los que, como veremos más adelante, han girado las propuestas regulatorias.

Centrándonos en las funciones, además de las expresamente atribuidas por las directivas, muchos organismos de igualdad vienen desarrollando otras de muy distinto tipo y que tienen como destinatarios tanto a la ciudadanía en general como al conjunto de agentes que intervienen de una u otra manera en la lucha contra la discriminación. De entre estas funciones pueden destacarse las relativas a la actuación como órgano competente para la resolución amistosa de controversias, la formación de agentes clave, la realización de actividades de sensibilización o la puesta en marcha de centros de recogida de datos sobre discriminación. Dichas funciones, como apunta la Recomendación n.º 2 de política general de ECRI (2017: P.5), pueden clasificarse de manera general como funciones de prevención y promoción, competencias de apoyo y litigación y competencias decisorias.

Basándose en la preponderancia del ejercicio de las funciones descritas a lo largo de este apartado, la doctrina ha clasificado (Crowley, 2018: 46) los organismos competentes en organismos con un enfoque predominantemente judicial (*predominantly tribunal type equality bodies*), organismos de apoyo y

¹¹ Varios países han designado o creado más de un organismo de igualdad.

¹² Estos organismos se han integrado en la Red Europea de Organismos de Igualdad de Trato (EQUINET).

litigación (*predominantly support and litigation equality bodies*) y organismos con un enfoque predominantemente promocional (*predominantly promotion type equality bodies*). Los primeros son aquellos que dedican la mayoría de sus recursos a escuchar, investigar y decidir sobre las denuncias por discriminación recibidas; los segundos son aquellos centrados en prestar asesoramiento legal a las víctimas, y los terceros aquellos que emplean la mayor parte de sus recursos en realizar actividades de promoción y sensibilización y en la realización de estudios e informes. No se trata, sin embargo, de funciones excluyentes y, en muchos casos, dichos organismos presentan una mezcla de ellas, de tal manera que todos los organismos, excepto cuatro¹³, cuentan con funciones promocionales y de prevención y de litigación y apoyo a las víctimas, y veinticinco de ellos con funciones de tribunal. Es precisamente esta mezcla de funciones la que genera ciertas tensiones dentro de los organismos con más de un tipo de función asignada. En este sentido, la Recomendación de Política General n.º 2 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) advierte, por ejemplo, de la necesidad de que las instituciones con funciones de apoyo y litigación y competencias decisorias se aseguren de que cada función sea desempeñada por unidades o personal diferenciados.

Por otro lado, y mirando ahora a los motivos de discriminación protegidos por estos organismos, a nivel nacional la realidad ha superado el mandato de las directivas, pues nos encontramos con que la práctica totalidad de los Estados miembros y el resto de países representados en Equinet cuentan con organismos de igualdad (uno o varios) que cubren más motivos de discriminación y en más ámbitos que los previstos en las directivas, con la excepción de España, que hasta la aprobación de la ley de igualdad de trato se limitaba al estricto cumplimiento de lo previsto en las mismas. Se trata de una tendencia que se vio respaldada por la propia recomendación de la Comisión Europea, que en el apartado relativo a los mandatos y su alcance invita a todos los Estados miembros a que examinen la posibilidad «de ampliar el mandato de los organismos para la igualdad para que este abarque todos los motivos de discriminación prohibidos en los ámbitos del empleo y la ocupación, el acceso a bienes y servicios y su suministro, la educación, la protección social y los beneficios sociales, incluida la incitación al odio relacionada con estos motivos y dentro de estos ámbitos».¹⁴

¹³ La Comisión de Igualdad de Trato en Austria, la Junta de Igualdad de Trato en Dinamarca, el Canciller de Justicia en Estonia y el Tribunal Antidiscriminación de Noruega

¹⁴ Apdo. 1.1.1 de la Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión de 22 de junio de 2018 sobre normas relativas a los organismos para la igualdad.

Otro de los elementos clave a la hora de estudiar estos organismos es la decisión acerca de si un solo organismo es competente para todos los motivos de discriminación o si debe designarse más de un organismo de igualdad en función de los mismos, posibilidad ofrecida por las propias directivas. En este sentido, no cabe desconocer que existe un debate de fondo que afecta, fundamentalmente, a la necesidad o no de separar el género del resto de motivos de discriminación. Sin entrar aquí en esa discusión, sí debe señalarse que existe una tendencia muy acentuada a que los Estados miembros cuenten con un organismo de igualdad de trato con competencias para todos los motivos de discriminación previstos en su legislación, tendencia que ha llevado a que, como señalan Chopin y Germaine (2019: 104), en los últimos diez años se haya producido la fusión de las instituciones existentes y los organismos de igualdad dedicados a un solo motivo de discriminación en organismos que se ocupan de más de un motivo de discriminación, como ocurre en Francia, Irlanda, Holanda y Suecia.

Así, veintiocho de los Estados representados en Equinet cuentan con un solo organismo de igualdad que trabaja con todos los motivos de discriminación, mientras que nueve de ellos cuentan con más de uno. Dicha división suele responder a que un organismo se ocupa de la discriminación por razón de género, mientras que el otro tiene un mandato múltiple que abarca los otros motivos de discriminación cubiertos por la legislación nacional, si bien existen algunas excepciones que incluyen un desdoble (Austria o Malta) o un tercer organismo (Croacia) dedicado en exclusiva a cuestiones relacionadas con la discapacidad o dividido, no por los motivos de discriminación, sino por el ámbito de actuación (Portugal). En este sentido, si bien ni la Recomendación de la Comisión Europea, ni la Recomendación de Política General n.º 2 de ECRI se definen sobre la conveniencia o no de que los organismos adopten múltiples mandatos o funciones, sí ponen el énfasis en la necesidad de asegurar que, cuando nos encontramos con organismos de igualdad de trato con un múltiple mandato, su estructura y dotación de recursos atiendan equilibradamente a cada uno de los motivos de discriminación de los que se ocupa, destinando los recursos adecuados para cada uno de ellos.

En cuanto a la independencia, la ambigua redacción de las directivas comunitarias en este aspecto ha sido aprovechada por algunos Estados miembros para constituir o designar como organismos de igualdad a órganos administrativos absolutamente dependientes del poder ejecutivo, cuando parece que la intención de las directivas no era otra que la de posibilitar que las funciones de los organismos de igualdad de trato fueran asumidas por las instituciones nacionales de derechos humanos. Esto ha provocado el debate sobre la posible integración o adscripción de dichos organismos a las instituciones nacionales de derechos humanos, por la similitud de naturaleza y

funciones que se atribuyen a los mismos, por lo general definidos como órganos estatales con el mandato constitucional o legislativo de proteger y promover los derechos humanos, por no decir que, a diferencia de lo que ocurre con los organismos de igualdad de trato, cuentan con unos estándares internacionales reconocidos, los llamados Principios de París.

El debate sobre las ventajas de la integración de los organismos de igualdad de trato en las instituciones nacionales de derechos humanos no es nuevo y es a partir del año 2008 cuando, como señalan Crowther y O'Conradie (2019: 2017-2019), se producen dos tendencias complementarias: por un lado, la fusión, en aquellos países donde existía más de un organismo diferenciado por motivos de discriminación, en un solo organismo de igualdad de trato que da cobertura a todos los contemplados por la legislación europea y nacional, como en el caso de Suecia donde, en 2008, cuatro organismos especializados se fusionan en uno solo; y, por otro lado, la puesta en marcha de instituciones híbridas que concitan en su seno el desarrollo de las funciones propias de las instituciones nacionales de derechos humanos y de los organismos de igualdad de trato, como sucedió ya en 2002 con el antiguo Instituto Danés de Derechos Humanos, o en 2007 con la Equality and Human Rights Commission inglesa. De hecho, esta tendencia ha sido seguida a lo largo de estos años por nuevos o rediseñados organismos.

La ausencia de criterios explícitos en los instrumentos jurídicamente vinculantes ha derivado en que en los distintos países, o incluso dentro de un mismo país, se haya optado por distintos modelos que garantizan diferentes grados de independencia. Así, nos encontramos con que, en la actualidad, de los organismos que forman parte de Equinet¹⁵, once de un total de cuarenta y siete¹⁶ se encuentran integrados en estructuras ministeriales, mientras que apenas dos de ellos forman parte de organizaciones no gubernamentales¹⁷ y nueve se integran en instituciones nacionales de derechos humanos¹⁸. Los restantes organismos, al menos, gozan de personalidad jurídica propia y diferenciada. Sin embargo, el gozar de personalidad jurídica propia, como señala el documento de trabajo de la Comisión Europea sobre la implementación de la Recomendación en materia de estándares de los organismos de

¹⁵ Información obtenida de la página web de Equinet.

¹⁶ Entre ellos, los dos organismos de igualdad de trato designados por España: el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica y el Instituto de las Mujeres, ambos integrados en la estructura del actual Ministerio de Igualdad.

¹⁷ Esta información coincide básicamente, salvo la derivada de la incorporación de nuevos miembros a Equinet, con la información recogida por Nial Crowley (2018: 90).

¹⁸ Información obtenida de la página web de la European Network of National Human Rights Institutions (ENHRI).

igualdad de trato, no garantiza la independencia de estos organismos por sí misma¹⁹, por lo que habrá de atenderse a otros aspectos, como la forma de nombramiento e incluso la estructura de sus órganos de dirección, la independencia presupuestaria y de gestión, el papel de sus presidentes o líderes, los mecanismos de rendición de cuentas, el contexto político y la percepción de estos organismos por parte de la opinión pública.

Tradicionalmente, se suelen identificar los nombramientos efectuados al margen del Gobierno con una garantía de mayor independencia; no obstante, la falta de independencia no debe medirse únicamente atendiendo a la mayor o menor intervención del poder ejecutivo en el nombramiento de los responsables de la dirección de los organismos de igualdad de trato, sino que debe analizarse también la intervención o la participación de otras partes. En consecuencia, parece que los mecanismos de nombramiento que mejor garantizan la independencia de los organismos de igualdad de trato son aquellos que incluyen procedimientos mixtos con la intervención de varios órganos y los que seleccionan a los integrantes de los órganos de dirección de los organismos de igualdad de trato basándose en sus competencias profesionales y a través de procedimientos públicos y transparentes.

2. LAS PROPUESTAS DE DIRECTIVA EN MATERIA DE ORGANISMOS DE IGUALDAD DE TRATO

La Comisión Europea presentó el 7 de diciembre de 2022 dos propuestas²⁰ para reforzar los organismos de igualdad, con vistas a fortalecer su papel en la lucha contra la discriminación en el marco de las directivas contra la discriminación. Concretamente, las propuestas de directiva tratan de avanzar respecto

¹⁹ Commission Staff Working Document: Equality bodies and the implementation of the Commission Recommendation on standards for equality bodies. Bruselas 2019. Pág. 16.

²⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación, y por la que se suprimen el art. 20 de la Directiva 2006/54/CE y el art. 11 de la Directiva 2010/41/UE y la Propuesta de Directiva del Consejo sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en asuntos de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y por la que se suprimen el art. 13 de la Directiva 2000/43/CE y el art. 12 de la Directiva 2004/113/CE

de la recomendación de 2018 sobre normas relativas a los organismos para la igualdad, planteando un marco común a través del establecimiento de unas normas mínimas en materia de independencia, funciones, suficiencia de medios y planificación estratégica. La necesidad de avanzar en esta dirección ya fue sugerida por la propia Comisión Europea (2021: 16) en su informe sobre la aplicación de las directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, que también analiza el seguimiento de la Recomendación del año 2018 cuando señalaba que «el limitado y dispar nivel de aplicación de la Recomendación sigue impidiendo que algunos organismos de igualdad cumplan su función de manera efectiva. En la práctica, eso conlleva la existencia de diferentes niveles de protección contra la discriminación [...]. Por consiguiente, la Comisión estudiará si propone posible legislación para reforzar el papel de los organismos nacionales de igualdad, a más tardar en 2022».

La doble propuesta de directiva lanzada por la Comisión parte de la necesidad de profundizar, al menos en lo que se refiere a los organismos de igualdad de trato, en la aplicación de las directivas antidiscriminación, dotándolas de un contenido más concreto y evitando así los problemas interpretativos que han tenido en su aplicación práctica a nivel nacional.

Con todo, lo primero que llama la atención es el porqué de la necesidad de dos directivas de igual contenido. Esto obedece a la distinta base jurídica sobre la que se dictan las diferentes directivas en materia de igualdad de trato. Así, la directiva que afecta a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación se propone de acuerdo con lo dispuesto en el art. 157.3 del TFUE, mientras que la propuesta relativa a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en asuntos de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro lo hace sobre la base del art. 19.1 del TFUE.

Hecho este apunte procedimental, conviene analizar cuáles son los principales aspectos en los que la propuesta de la Comisión ha pretendido profundizar, estableciendo un marco con mayor contenido obligacional para los Estados miembros. En primer lugar, en lo que se refiere a la designación de los organismos (art. 2), la propuesta mantiene la posibilidad, prevista en las directivas, de designar uno o varios organismos de igualdad, pudiendo formar parte los mismos de los órganos que sean responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales. No se decanta, por tanto, la Comisión por un modelo de organismo único, dejando dentro del margen de discrecionalidad que asiste a los Estados

miembros a la hora de transponer la directiva la decisión sobre si contar con uno o varios organismos, o sobre su posible integración en instituciones nacionales de derechos humanos. Sí llama la atención que la propuesta no incluyera en su articulado un mandato más claro acerca de la imposibilidad de que dichos organismos se integren dentro de estructuras ministeriales.

Sin embargo, la Comisión sí parece ser consciente de ese riesgo cuando incluye en sus considerandos una afirmación tan categórica como que estos organismos «no deben crearse como parte de un ministerio o un organismo que reciba instrucciones directamente del Gobierno», aunque debe advertirse que los considerandos carecen de fuerza vinculante y contienen, esencialmente, las motivaciones que justifican la parte dispositiva de la directiva. En este sentido, el acuerdo de compromiso alcanzado por la presidencia sueca²¹ se ha separado, en aras de facilitar el acuerdo, de esa afirmación tan categórica e incluye ahora la posibilidad de que dichos organismos formen parte de las estructuras ministeriales, siempre que pueda garantizarse su independencia, explicitando la posibilidad de que los Estados miembros designen uno o varios organismos de igualdad no solo en función de los motivos de discriminación protegidos, sino por el tipo de funciones que asuman cada una de ellos, haciendo una mención explícita al papel de las inspecciones de trabajo.

Una vez abordada la cuestión de la designación, las propuestas se adentran en el tema de la independencia (art. 3). Lo primero que señalan es la necesidad de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para asegurar que los organismos sean independientes y se mantengan libres de influencias externas en el ejercicio de sus funciones y, en particular, en la determinación de sus estructuras, el manejo de los recursos y el nombramiento del personal. Dicho mandato supone un significativo avance en relación con los textos de las directivas en vigor, ya que no se limita a prescribir el ejercicio independiente de sus funciones, sino también la independencia de los organismos en sí misma, predicando dicha independencia no solo de las estructuras gubernamentales, sino de cualquier otro tipo de influencias, como las provenientes de las organizaciones sociales, sindicales o empresariales. Lo anterior se completa con una serie de medidas concretas que tratan de hacer efectivo ese mandato de independencia, como la necesidad de establecer procedimientos transparentes para la selección, el nombramiento, la destitución y los posibles conflictos de intereses de los máximos responsables de los organismos o la

²¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Standards for Equality bodies in the field of equal treatment and equal opportunities between women and men in matters of employment and occupation, and deleting Article 20 of Directive 2006/54/EC and Article 11 of Directive 2010/41/EU.

puesta en marcha de salvaguardias que garanticen el ejercicio independiente de sus funciones, en particular cuando requieran imparcialidad o se relacionen con la asistencia a las víctimas. En este sentido, es especialmente novedosa la previsión relativa a la necesidad de establecer medidas que aseguren el ejercicio independiente de las funciones del organismo de igualdad en aquellos casos que se hayan atribuido a instituciones u organismos con mandatos múltiples, para que los mismos guarden un cierto equilibrio en la atención prestada a los distintos motivos de discriminación, en línea con lo expresado con la Recomendación de Política General n.º 2 de ECRI.

Analizada la regulación planteada en estos dos aspectos, el de la designación y la independencia, cabría señalar que podría haber resultado interesante apostar por una regulación similar a las autoridades de control independientes previstas en el Reglamento de Protección de Datos²² que, si bien otorga un margen de discrecionalidad a los Estados miembros en lo que se refiere a la organización y el nombramiento de dichas autoridades, es mucho más concreto en la protección de la independencia de los mismos e, incluso, en el control de su correcto funcionamiento que puede establecerse desde las instituciones europeas. El art. 4, sin ir más lejos, se refiere a la obligación que tienen los Estados miembros de asegurar los recursos humanos, técnicos y financieros necesarios para garantizar el funcionamiento eficaz de los organismos, tanto si actúan únicamente como organismo de igualdad como si se integran en otras instituciones con mandatos múltiples.

Lo anterior es un complemento necesario a la garantía de independencia de los organismos, si bien resulta un tanto difuso, ya que la directiva no incluye orientaciones acerca de lo que se entiende por recursos suficientes, ni donde deben preverse, ni contempla mecanismos específicos de control por parte de la propia Comisión a la hora de evaluar si los distintos Estados miembros han sido respetuosos con dicho mandato. De hecho, una de las novedades incluidas en el texto de compromiso de la presidencia sueca en relación con la propuesta de la Comisión ha sido una mención específica a que dichos recursos se garantizarán «de acuerdo con los procesos presupuestarios nacionales».

Los siguientes artículos se adentran en la cuestión de las funciones. Así, en primer lugar, llama la atención que el art. 5 se dedique a la prevención, promoción

²² El capítulo VI del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) se dedica a la creación designación de autoridades de control independientes en materia de protección de datos.

y sensibilización, elementos que, más allá del fin general de promoción de la igualdad de estos organismos, estaba ausente en las directivas antidiscriminación. Además, el artículo mezcla un primer mandato general a los Estados miembros para que aprueben «medidas adecuadas para sensibilizar a la población en general» con otro destinado a que los organismos de igualdad de trato puedan realizar actividades de prevención de la discriminación y la promoción de la igualdad de trato, si bien este mandato ha quedado matizado en el acuerdo de compromiso logrado bajo la presidencia sueca, que ha eliminado de la primera propuesta de la Comisión la obligación impuesta a los organismos de igualdad de trato para que aprobasen una estrategia y realizaran actividades de formación y de promoción de obligaciones en materia de igualdad. El artículo, finalmente, se cierra con un mandato a que los Estados miembros y los organismos de igualdad de trato adopten las herramientas y estrategias de comunicación necesarias para asegurarse que su actuación llega a los grupos más desfavorecidos.

A continuación (arts. 6, 7, 8, 8a y 9), la propuesta se adentra en la función que quizás dote de mayor relevancia a estos organismos, como es la de prestar asistencia a las víctimas. Lo primero que debe advertirse es que, si bien solo el art. 6 se refiere a la asistencia a las víctimas, el resto de artículos mencionados desarrollan el contenido y las garantías de esta función, dando carta de naturaleza a alguna de las prácticas más extendidas en el funcionamiento de los organismos de igualdad en los distintos Estados miembros. En segundo lugar, conviene también señalar que el acuerdo alcanzado en la presidencia sueca elimina la pretensión inicial de que los organismos de igualdad tuvieran que emitir una evaluación preliminar de las denuncias, obligando a definir el procedimiento mediante el cual emitían dicha evaluación, quedando así reducida a la obligación de informar en un plazo razonable sobre si la denuncia queda archivada o si tiene visos de prosperar. La que sí se mantiene inalterada, por lo menos en sus elementos esenciales, es la obligación de los organismos de igualdad de informar sobre el marco jurídico que asiste a las víctimas, la prestación de un primer asesoramiento jurídico, los servicios ofrecidos, los aspectos procesales relacionados, así como de las normas de confidencialidad y protección de datos aplicables a cada caso. Dicha obligación resulta especialmente relevante si tenemos en cuenta que una de las causas que tradicionalmente se esgrime para explicar el bajo nivel de denuncia de los incidentes discriminatorios es la falta de conocimiento de los derechos que asisten a las víctimas para defenderse frente a eventuales discriminaciones²³.

²³ Numerosos estudios nacionales e internacionales señalan que aproximadamente solo uno de cada cinco incidentes percibidos como discriminatorios son denunciados ante

El art. 7 de las propuestas, por su parte, introduce una novedad de calado al prever la posibilidad de que los organismos de igualdad ofrezcan a las partes la posibilidad de acudir a la resolución extrajudicial de conflictos, incluida la posibilidad de que sea el propio organismo quien se constituya como órgano de mediación. En el caso de ser otro órgano el competente para constituirse como tal, el organismo de igualdad de trato también deberá poder formular observaciones.

El art. 8 de la propuesta de compromiso ha introducido, a mi juicio acertadamente, la separación y el reforzamiento de las garantías destinadas a asegurar las capacidades de los organismos de igualdad en materia de investigaciones y consultas destinadas a esclarecer aquellos casos en los que pueda apreciarse una violación del principio de igualdad de trato y no discriminación y del contenido de sus decisiones y dictámenes. En este sentido, el contenido de las decisiones y dictámenes de los organismos de igualdad se contempla en el nuevo art. 8 a), que ha reducido su nivel de concreción en relación con lo previsto en el art. 8 de la propuesta inicial de la Comisión. Así, la actual redacción se limita a prescribir que los organismos de igualdad deberán contar con la capacidad de publicar sus decisiones razonando la existencia o no de discriminación y, en el caso de que así lo decida el Estado miembro, que las mismas sean vinculantes y contengan medidas de reparación, que podrán ser recomendaciones cuando sus decisiones no tengan valor vinculante. Además, se prevé que las decisiones de especial relevancia sean compiladas y publicadas por el organismo de igualdad.

El art. 9 aborda otra de las grandes novedades de la propuesta en relación con el texto de las directivas antidiscriminación en vigor, y no es otra que la de concretar, dentro de la esfera de la función de la asistencia a las víctimas de discriminación, las capacidades de litigación de estos organismos, si bien dicha concreción, tras alcanzarse el acuerdo de compromiso, deja un mayor grado de discrecionalidad a los Estados miembros. No obstante, el establecimiento de la obligación de los Estados miembros de asegurar el derecho del organismo de igualdad de trato en los procedimientos judiciales administrativos y civiles, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales, (pudiendo al menos hacerlo, bien iniciando o representando a las víctimas, o bien, en su caso, defendiendo el principio de igualdad de trato y no discrimi-

las autoridades competentes, señalándose como una de las causas de este bajo nivel de denuncia el desconocimiento por parte de las víctimas de los derechos que les asisten como víctimas de discriminación. A este respecto ver, por ejemplo, el estudio sobre *Percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas*, en 2020, del Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica.

nación sin necesidad de que lo haga en defensa de una víctima concreta sino en nombre del interés público, en una suerte de litigación estratégica) resulta, sin duda, un avance en la concreción de las tareas que pueden asumir estos organismos de igualdad de trato en el ejercicio de su función de prestar asistencia a las víctimas de discriminación. Además, se prevé la obligación de que los organismos de igualdad de trato actúen como *amicus curiae*, asegurando la capacidad del organismo para enviar observaciones en los procedimientos judiciales en los que se vea implicado el principio a la igualdad de trato y no discriminación. De la misma manera, los Estados miembros deben asegurar la participación del organismo de igualdad en aquellos casos en los que se revisen sus decisiones de carácter vinculante.

Finalmente, los arts. 10 y 11 a) contemplan una serie de mandatos tendentes a asegurar el acceso en condiciones de igualdad de todas las potenciales víctimas, incluidas la posibilidad de presentar denuncias por distintas vías, la gratuidad de sus servicios, la puesta en marcha de medidas de accesibilidad universal y todos aquellos ajustes razonables que faciliten el acceso a los servicios de los organismos de igualdad de trato a las personas con discapacidad.

En relación con el resto de funciones atribuidas a los organismos de igualdad de trato en las directivas antidiscriminación —la elaboración de estudios e informes y la formulación de recomendaciones—, las propuestas de la directiva son mucho más escuetas, limitándose a apuntar algunas cuestiones. En este sentido, el art. 14 contempla varias obligaciones, como la de asegurar a los organismos de igualdad la posibilidad de recoger datos sobre su propia actividad desagregada en motivos de discriminación y ámbitos que sirvan como base para la elaboración de informes y estudios, y la obligación de los Estados miembros de asegurar la posibilidad de que los organismos de igualdad puedan acceder a las estadísticas elaboradas por entidades públicas y privadas como consecuencia de la aplicación de las directivas antidiscriminación, con vistas a realizar estudios sobre la situación de la discriminación y formular recomendaciones, abriendo la puerta, además, a que dichos organismos se constituyan como entidad coordinadora para la recogida de datos a nivel nacional. Por su parte, el art. 15 introduce otra novedad, como es la obligación por parte de los organismos de igualdad de establecer instrumentos de planificación estratégica de su actividad, la producción de un informe anual de actividad y la elaboración de estudios generales acerca de la situación de la discriminación a nivel nacional.

Se completa el articulado con una serie de disposiciones comunes relativas a los mecanismos de evaluación y seguimiento de las actuaciones de los Estados miembros, el período de transposición, las salvaguardias en el uso de los datos de carácter personal y los mecanismos de coordinación, en su

caso, entre los distintos organismos de igualdad a nivel nacional y otras entidades públicas y privadas relevantes.

Como conclusión de este rápido análisis de las propuestas, puede señalarse que las mismas representan, sin lugar a dudas, un avance en las obligaciones impuestas a los Estados miembros en lo que se refiere a los organismos de igualdad y contribuyen a cerrar la brecha de protección al incluir en el ámbito laboral los motivos de discriminación previstos en la directiva 2000/78CE, si bien las propuestas pierden la oportunidad de asegurar el establecimiento de organismos de igualdad que extiendan su mandato más allá del ámbito del empleo y la ocupación por motivos de edad, discapacidad, religión o creencias y orientación sexual. Además, dichas propuestas avanzan en el sentido de perfilar con mayor precisión el contenido de las funciones atribuidas a los organismos de igualdad de trato, con especial énfasis en lo que se refiere a la asistencia a las víctimas de discriminación.

Finalmente, estas propuestas suponen un refuerzo de dichos organismos en el sentido de asegurar su adecuado funcionamiento, atendiendo a unos estándares mejorados en términos de independencia y suficiencia de medios, si bien la posibilidad de poder crear estos organismos en el seno de las estructuras ministeriales, salvaguardando su independencia, supone sin duda alguna un reto al que deberá atenderse en el proceso de transposición de las directivas a nivel nacional y donde el control por parte de la Comisión Europea resultará esencial.

III. LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE PARA LA IGUALDAD DE TRATO. REGULACIÓN, RIESGOS Y AMENAZAS EN SU PUESTA EN MARCHA

1. LA REGULACIÓN DE LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE PARA LA IGUALDAD DE TRATO EN LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN

Hasta la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, España no contaba con una legislación general contra la discriminación, más allá de la prohibición general contenida en nuestro texto constitucional²⁴ y de la legislación

²⁴ El art. 14 de la Constitución española de 1978 establece: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

sectorial²⁵, que regula la prohibición de discriminación por determinados motivos y en ámbitos específicos y, en consecuencia, tampoco contaba con un organismo de igualdad de trato que cumpliera con los estándares mínimos recomendados a nivel europeo e internacional. España ha designado, hasta el momento, dos organismos de igualdad de trato: por un lado, el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica y, por otro, el ahora Instituto de las Mujeres. Si bien ambos se inscriben en la órbita del actual Ministerio de Igualdad, cuentan con trayectorias muy distintas, lo que ha derivado en diferentes niveles de funcionamiento. Aunque no hay aquí espacio para entrar a examinar las características de ambos organismos, sirva como breve apunte que ninguno cumple con las notas mínimas de independencia exigibles a estos organismos en las directivas de la Unión, al tratarse ambos de órganos que se insertan de manera directa en un departamento ministerial, sin que existan mecanismos que garanticen su independencia, ni en el ejercicio de sus funciones ni en el nombramiento y cese de sus máximos responsables.

Esto obedece, como ya advirtió Lorenzo Cachón (2011:24), a una transposición de mínimos que, en líneas generales, reproduce el contenido de las dos directivas, y también a la deliberada desaparición de la palabra «independiente» en la definición de las funciones del organismo especializado de lucha contra la discriminación²⁶. Pero también, como señala Camas Roda (2021: 82), a que no existe en España un debate real a nivel popular, político o académico sobre el papel del organismo de igualdad, algo que, añadiría yo, solo ocurrió, muy ligeramente, con el debate parlamentario de la Ley Integral para la Igualdad de Trato.

La necesidad de mejorar esta situación había sido señalada en múltiples ocasiones por distintos organismos internacionales con ocasión de los exámenes periódicos realizados por los comités encargados de velar por el cumplimiento de los convenios y tratados internacionales²⁷. Conscientes de

²⁵ Véanse, por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE, núm. 71, de 23/03/2007) o el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (BOE, núm. 289, de 03/12/2013).

²⁶ A este respecto, véase también Cachón (2009).

²⁷ Véanse, por ejemplo, las conclusiones finales sobre España del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su 78.º período de sesiones (CERD/C/ESP/CO/18-20), parr. 9. Publicado el 8 de abril de 2011, las observaciones finales sobre el *Sexto informe periódico de España* del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/ESP/CO/6), párr. 7 o las observaciones finales sobre el *Sexto informe periódico de España* del

dicha necesidad, desde el año 2010 se vino trabajando, tanto desde el Gobierno como en los distintos grupos parlamentarios en un Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación²⁸, hasta la aprobación definitiva de la Ley en julio de 2022, la cual prevé en su articulado la presencia de un organismo de igualdad de trato que trata de superar la deficiente situación actual. En este sentido, la ley recoge entre sus objetivos «el de trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, lo que solo se hizo parcialmente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social»²⁹. Consecuentemente, la ley prohíbe todas las formas de discriminación incluidas en las directivas comunitarias —directa, indirecta, acoso, ordenes de discriminar y prohibición de represalias— y, además, incluye la prohibición de formas de discriminación no expresamente contempladas en la legislación de la UE, como la discriminación por asociación y la discriminación por error, contemplando la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva, reglas relativas a la carga de la prueba, medidas para facilitar la participación en los procesos judiciales de las organizaciones y asociaciones en representación de las víctimas, la creación de un nuevo organismo de igualdad de trato y de un régimen de infracciones y sanciones general en materia de discriminación.

Entrando ya al análisis del organismo de igualdad de trato diseñado, lo primero que debe advertirse es que se le dota de una importancia singular dentro de la propia ley, como demuestra que ocupe el título III de la ley bajo la rúbrica «La Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la no Discriminación». En cuanto a su naturaleza jurídica, esta ley supone un avance respecto a la regulación de los organismos de igualdad existentes en España, ya que configura el nuevo organismo como una autoridad administrativa independiente³⁰ que, si bien se encuentra vinculada a la Administración General del Estado, goza de gran autonomía funcional, personalidad jurídica propia y capacidad para gestionar de manera autónoma su personal y presupuestos y extiende su actuación a los sectores público y privado.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/ESP/CO/6), párr. 18, publicadas el 25 de abril de 2018.

²⁸ El viernes 27 de mayo de 2011, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación para su remisión a las cámaras. Posteriormente, prácticamente con el mismo contenido, el Grupo Parlamentario Socialista presentó proposiciones de ley en los años 2012, 2017 y 2021.

²⁹ Exposición de motivos de la Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación.

³⁰ Las autoridades administrativas independientes se encuentran recogidas en el capítulo IV del título II de la Ley 40/2015, de 15 de octubre.

Al respecto de los motivos de discriminación protegidos por el organismo, se remite directamente al art. 2 de la ley, el cual, además de mencionar de manera expresa los rasgos discriminatorios más habituales³¹, introduce la cláusula constitucional abierta «cualquier otra circunstancia personal o social», por lo que la Autoridad podría actuar ante conductas discriminatorias basadas en cualesquier otro motivo. En cuanto a las funciones atribuidas a la Autoridad, las mismas se desarrollan de manera prolija en el texto y no solo se recogen las previstas en las directivas, sino que se amplían y concretan. No obstante, y aquí puede señalarse una primera crítica, la ley no hace una formulación taxativa de la obligación de prestar por sí mismo asistencia a las víctimas de discriminación, sino que utiliza una fórmula alambicada:

Garantizar la prestación independiente de servicios especializados de asistencia y orientación a las personas que hayan podido sufrir discriminación por razón de las causas establecidas en el apartado primero del art. 2 de esta ley. Estos servicios incluirán la recepción y tramitación de las quejas o reclamaciones de las víctimas y actividades de mediación y conciliación a las que hace referencia la letra b), así como el ejercicio de acciones judiciales detalladas en la letra e). Para el establecimiento de estos servicios se contará con la colaboración de organizaciones especializadas en la promoción de la igualdad de trato y el trabajo con grupos de población tradicionalmente afectados por la discriminación.

Con esta redacción, parece abrirse la puerta a que esta asistencia pueda prestarse mediante fórmulas de externalización, como la que viene funcionando hasta ahora por parte del Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica³², pero, además, se impone un modelo para la participación en dicha asistencia de organizaciones sociales que parece alejar al organismo de la necesaria independencia que, como hemos señalado anteriormente, debe pregonarse no solo de los poderes públicos, sino también de las organizaciones sociales. Además de recoger como competencia más o menos expresa la de prestar asistencia y orientación a las víctimas de discriminación, el artículo

³¹ El art. 2 del proyecto menciona entre las causas de discriminación protegidas las siguientes: nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica.

³² Desde el año 2010 la asistencia a víctimas de discriminación por parte del Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica se presta, primero a través de convenios, y desde el año 2012 con un contrato de servicios a través de una red constituida en la actualidad por ocho organizaciones no gubernamentales.

incluye en este ámbito la posibilidad de que la Autoridad se constituya como organismo de mediación o conciliación, la de iniciar de oficio acciones investigadoras, el ejercicio de acciones judiciales, la capacidad de interesar la actuación de las Administraciones públicas competentes para que impongan sanciones, la posibilidad de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que pudieran ser constitutivos de delito y de ejercer de *amicus curiae* en los casos que versen sobre los derechos derivados de la igualdad de trato y no discriminación.

En relación con estas funciones, cabría entender que, a pesar de una redacción confusa, el ejercicio de acciones judiciales podría ser realizado en defensa de víctimas concretas y cuando no existan dichas víctimas concretas o cuando estas no hayan solicitado la asistencia de la Autoridad, en el ejercicio de una suerte de litigación estratégica en defensa del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación. Esta interpretación parece venir avalada por el hecho de que, entre las funciones reconocidas al organismo, se incluya, si bien de manera separada, la de «ejercitar acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación conforme a lo dispuesto en esta ley y en las distintas leyes procesales».

En cuanto a la atribución del resto de funciones contempladas en las directivas de la Unión, debe señalarse que, si bien su desarrollo es menor, las mismas se amplían y quedan perfiladas con mayor precisión que en la actual regulación. Así, en lo que se refiere a la realización de estudios y la publicación de informes, contempla un mandato general sobre la competencia del organismo en colaboración con los órganos competentes de la Administración General del Estado en materia estadística para realizar informes y estadísticas de carácter periódico, promover estudios sobre la igualdad de trato y no discriminación, prestando especial atención a las formas de discriminación estructural³³. Dicho mandato general, además, se concreta a través de la realización de una serie de estudios e informes específicos, como el dictamen sobre los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten al principio de igualdad de trato y no discriminación, el informe preceptivo sobre la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la no Discriminación³⁴ y otros planes y programas

³³ Letra k) del art. 40 de la Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación.

³⁴ Esta estrategia se encuentra prevista en el art. 34 de la Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación y se concibe como el «instrumento principal de colaboración territorial de la Administración del Estado para el impulso, desarrollo y coordinación de las políticas y los objetivos generales de su competencia establecidos en esta ley, sin perjuicio y respetando las competencias del marco estatutario de las comunidades autónomas».

de especial relevancia en la materia, además de prever el diseño y mantenimiento de un barómetro sobre igualdad de trato y no discriminación.

Al respecto de estas funciones poco puede decirse que cumplen sobradamente, no solo con las previsiones de las directivas al respecto, sino también con las de las recomendaciones sobre estándares de los organismos de igualdad de trato y de las propuestas de directiva. Sí debe llamarse la atención, empero, sobre el mandato de colaboración con los organismos de la Administración General del Estado, que no debería provocar que la producción de informes, estudios y estadísticas se viera condicionada por el papel que esos organismos pudieran desarrollar, debiendo el organismo gozar de capacidad suficiente para elaborar o contar con sus propias fuentes de información. Así, quizás hubiese resultado conveniente introducir de manera clara una previsión de que el deber de colaboración de las Administraciones públicas con la Autoridad incluye la facilitación obligatoria de los datos necesarios para elaborar sus estudios e informes.

En cuanto a las funciones relativas a las recomendaciones, estas son quizás las que aparecen más desdibujadas en el texto de la ley, si bien suponen un avance respecto a la regulación anterior, ya que por fin aparecen formuladas de manera concreta la capacidad de propuesta del estatuto regulador del organismo y la propuesta de modificaciones legislativas en materia de igualdad de trato y no discriminación, si bien podrían juzgarse como algo limitadas. Con todo, esta *parquedad* puede verse fácilmente suplida al entenderse que la capacidad para formular recomendaciones puede quedar comprendida dentro de alguna de las funciones relativas a la emisión de informes y dictámenes, incluso de la competencia general de promoción.

En lo que se refiere a la competencia general de promoción del principio de igualdad de trato y no discriminación, queda sobradamente cumplida por la atribución al proyectado organismo del fin general de promover y proteger el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, el cual se concreta en el ejercicio de funciones como la promoción de la adopción de códigos de buenas prácticas o la de velar por el cumplimiento de la normativa en materia de igualdad de trato y no discriminación. Además, dentro de la órbita de esta función puede entenderse incluida un nuevo *haz* de competencias relativas a la capacidad de la Autoridad para participar en distintos órganos colegiados, como el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración y el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, lo que permitirá al organismo hacer valer sus posiciones o, al menos, trasladárselas al conjunto de actores implicados en estos órganos colegiados. A este respecto, se echa de menos una mayor concreción del papel que va a venir a jugar el Consejo para la Eliminación Racial o Étnica, pues, o bien debería haberse aprovechado el momento para suprimirlo o bien para reformarlo, convirtiéndolo en un órgano de asesora-

miento y participación de la Administración y de la propia Autoridad. Finalmente, en el ámbito de las funciones de la Autoridad, debe mencionarse, por su identidad con una de las nuevas funciones atribuidas a los organismos de igualdad de trato por las propuestas de directiva, la de aprobar el informe anual de sus actividades, que remitirá al Congreso de los Diputados, al Gobierno y al Defensor del Pueblo.

Para el cumplimiento de sus funciones se dota al organismo de una serie de capacidades, enunciadas bajo el título de «deber de colaboración»³⁵, las cuales, además de ordenar la colaboración de la Autoridad con otros órganos relevantes en la materia, como el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, prevé de manera expresa el deber de colaboración de las Administraciones públicas y los particulares en cumplimiento de la función de investigación y esclarecimiento de los casos graves de discriminación, lo que incluye la cesión de datos personales, sin el consentimiento de terceros, dentro de los límites de la legislación vigente en la materia. En cuanto a su organización, el organismo se configura, como señalamos anteriormente, como una autoridad independiente dotada de personalidad jurídica propia, con un órgano rector unipersonal.

En relación con el nombramiento y las garantías de independencia del titular del organismo se diseña un sistema en el que, si bien se sigue manteniendo el nombramiento por parte del Gobierno, mediante real decreto, entre personalidades de reconocido prestigio en la defensa y promoción de la igualdad de trato y la lucha contra la discriminación, se prevén una serie de contrapesos que van en la dirección de garantizar la independencia del mismo. En primer lugar, su nombramiento se realiza previa comparecencia ante la comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que debe aprobar o rechazar el nombramiento por mayoría absoluta, forzando en este último caso a que el Gobierno presente un nuevo candidato. En cuanto al período de su mandato, será de cinco años y, por lo tanto, superior al de una legislatura, siendo además no renovable y estableciéndose una serie de garantías adicionales; por ejemplo, que el cese solo podrá ser acordado por causas tasadas³⁶, siendo de aplicación la legislación en materia de incompatibilidades vigente para los altos cargos de la Administración General del Estado³⁷. En cuanto al

³⁵ Art. 44 de la Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación.

³⁶ Por renuncia, por incapacidad permanente para el ejercicio del cargo, por causa de condena en sentencia firme por delito doloso o por incumplimiento grave de los deberes de su cargo (art. 41 de la Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación).

³⁷ Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

personal con el que podrá contar la Autoridad Independiente, sin perjuicio del posterior desarrollo reglamentario, en principio el mismo podrá ser funcionario y laboral, siendo seleccionados por el propio organismo de acuerdo con la normativa que les resulte de aplicación.

Quizás la novedad más relevante en este ámbito la constituye la posibilidad de aplicarse, dentro de los límites legales, normas de acción positiva para garantizar la presencia de personas pertenecientes a los colectivos protegidos por el anteproyecto. Si bien esta disposición puede considerarse positiva a la hora de avanzar en la presencia de personas tradicionalmente sometidas a procesos de discriminación estructural, la misma podría quedarse en una mera declaración de intenciones ya que, en primer lugar, la norma protege frente a la discriminación por cualquier circunstancia personal o social y, por otro lado, las normas de función pública que regirán para la selección y provisión de puestos del personal que ha de integrarse en el organismo dejan muy poco espacio para la adopción de este tipo de medidas. De hecho, si se hubiese querido incluir medidas concretas en esta materia, las mismas, para ser realmente aplicables, deberían recoger una previsión más concreta, como por ejemplo un cupo de reserva, como sucede en el caso de las personas con discapacidad³⁸ o, en algunas legislaciones autonómicas, con el caso de las personas trans³⁹.

En lo que se refiere a los recursos económicos, el comisionado cuenta con los recursos que, en general, se atribuyen a las autoridades independientes, que no son otros que las consignaciones recogidas en las leyes anuales de presupuestos, las posibles donaciones que puedan recibir, las subvenciones que puedan percibir, los rendimientos de sus bienes y derechos, las contraprestaciones derivadas de los convenios de colaboración, así como cualquier otra que pudiera atribuírsele legalmente. Pero quizás lo más interesante a la hora de analizar la suficiencia de medios proyectada sobre el organismo es la capacidad que tiene para elaborar su propio proyecto de presupuestos, el cual, una vez remitido al Ministerio de Hacienda, se integrará en el de Presupuestos Generales del Estado que se remita cada año a las cámaras, lo que, sin duda alguna, permite al mismo diseñar cuáles serán sus prioridades de gasto y

³⁸ El Art. 59 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público reserva en las ofertas de empleo público un cupo no inferior al 7 % de las vacantes para ser cubiertas para personas con discapacidad.

³⁹ Por ejemplo, el art. 27.3 de la Ley 4/2018, de 19 de abril, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón prevé la reserva de un cupo no inferior al 1 % de las vacantes para ser cubiertas por personas transexuales.

ponerlas en relación con los distintos ámbitos en los que vaya a desarrollar su actividad.

Finalmente, termina la regulación del organismo con una remisión al Estatuto para que se regule la participación en las actividades del organismo de otros actores implicados, con una mención específica a la colaboración con el Defensor del Pueblo. Dicha remisión puede ser insuficiente, ya que muchos de los órganos de participación en los que se encuentran representados los grupos y colectivos sometidos a procesos de discriminación más intensos se encuentran, al menos en sus aspectos básicos, regulados por ley, por lo que no podrán ser modificados por real decreto, instrumento normativo mediante el cual se aprueba el Estatuto. En relación con todos estos aspectos, no puede hacerse sino un reconocimiento al avance sustancial que supone respecto a la regulación actual de los organismos de igualdad, aunque dicha regulación no se encuentre exenta de problemas, como veremos a continuación.

2. RIESGOS Y AMENAZAS EN SU PUESTA EN MARCHA

A pesar de estos notables avances, la efectiva puesta en marcha de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la no Discriminación nos enfrenta a una serie de riesgos que deberían solucionarse en el curso de dicho proceso.

2.1. *El riesgo sistémico*

Con carácter previo debe señalarse que, casi respondiendo a una tradición en este ámbito, la puesta en marcha del organismo se encuentra ya retrasada. En este sentido, la disposición adicional primera de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, dedicada a la constitución de la Autoridad Independiente, prescribía que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley —plazo que se superó el pasado 13 de febrero— se procederá, tanto a la integración de las funciones, entidades, organismos y servicios administrativos adscritos a la Administración General del Estado que se determinen, como a la del Estatuto de la Autoridad Independiente, a iniciativa del mismo, como prevé el art. 41.3 de esta ley. La redacción de esta disposición final, curiosamente, nos coloca ante la disyuntiva de cuál de los instrumentos (pues ambos deben aprobarse por real decreto del Consejo de Ministros) tiene que aprobarse primero. Para un correcto análisis de esta cuestión deben tenerse en cuenta dos cuestiones fundamentales.

En primer lugar, debemos atender a todo lo relativo a la integración de servicios, en tanto en cuanto nos sitúa sobre la pista de uno de los riesgos intrínsecos a la puesta en marcha del organismo, que no es otro que el de

confundir las funciones encomendadas a la autoridad con la de la formulación y ejecución de políticas públicas, es decir, la constitución de la Autoridad no puede hacerse a costa de desmontar los órganos de la Administración General del Estado a cargo de esta función, que, por supuesto, deberán contar con la colaboración de la Autoridad y con un ejercicio fiscalizador por parte de la misma. Por lo tanto, la efectiva puesta en marcha del organismo debe comportar la racionalización organizativa de las distintas unidades, centros y organismos encargados de la formulación, ejecución y evaluación de las políticas en materia de igualdad de trato y no discriminación, distribuidos en, al menos, tres departamentos ministeriales⁴⁰. En segundo lugar, la aprobación del estatuto, que según establece la mencionada disposición adicional primera debe aprobarse mediante real decreto a iniciativa de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la no Discriminación, por lo que parece lógico que primero se proceda a nombrar a la persona titular de la misma, pues debería poder participar en el real decreto de integración de servicios, lo que indudablemente nos lleva a una cuestión que se escapa del ámbito jurídico: la necesidad de que el nombramiento de la persona titular de la Autoridad sea pactado a nivel parlamentario, cosa que ya tendrá que esperar a la constitución de un nuevo Congreso de los Diputados, de acuerdo con los resultados de las últimas elecciones generales y a la subsiguiente formación de Gobierno. Así, dadas las circunstancias actuales y el hecho de que la constitución de una autoridad de este tipo puede no ser una prioridad política, el primer riesgo ante el que nos encontramos es que la efectiva puesta en marcha de la autoridad no se produzca. Parece obvio, pero no está de más recordarlo.

2.2. La competencia territorial de la Autoridad

La constitución legal de la Autoridad Independiente supone un notable avance en la aplicación del modelo de derecho antidiscriminatorio europeo. No obstante, y fruto de las dinámicas de negociación parlamentaria en la búsqueda de los votos suficientes para la aprobación de la ley y de la organización territorial de nuestro país, se ha producido una restricción en las capacidades de actuación de la Autoridad. El art. 40 de la ley circunscribe, de hecho, la creación de la Autoridad a la Administración del Estado y, lo que

⁴⁰ El Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Igualdad, e Inclusión, Migraciones y Seguridad Social, tienen atribuidas competencias en materia de lucha contra la discriminación de las personas por distintos motivos y en distintos ámbitos, a los que además podríamos sumar al Ministerio del Interior en relación con los delitos de odio y discriminación.

resulta aún más preocupante, limita su actuación a los ámbitos de competencia del Estado. Esto tiene dos derivadas fundamentales: por un lado (y a esto no parece que habría nada que objetar desde el punto de vista formal), al circunscribir la creación de la autoridad a la Administración General del Estado, se abre la puerta a la creación de organismos de igualdad de trato a nivel autonómico, lo que, lejos de ser perjudicial, y con el impulso de los adecuados mecanismos de cooperación, aseguraría una cobertura más amplia a nivel territorial y, sobre todo, mejoraría los niveles de asistencia a las víctimas de discriminación, la cual estaría, en principio, presidida por un criterio de cercanía. Por otro lado, si atendemos a los ámbitos de aplicación previstos en el art. 3 de la norma, advertiremos que muchos de ellos son de competencia autonómica (educación, sanidad, transporte, acceso a bienes y servicio, acceso y permanencia en establecimientos abiertos al público, actividades deportivas no estatales y, parcialmente, las referidas al empleo y la ocupación). En consecuencia, de acuerdo con el tenor literal de la norma, muchos de estos ámbitos de importancia clave en la lucha contra la discriminación quedarían fuera de la posible actuación de la Autoridad, cuestión que es especialmente grave si nos referimos a la asistencia y orientación a las posibles víctimas de discriminación, al menos cuando no se asista a las mismas en vía judicial.

Parece, así, que esta disposición entra en contradicción con uno de los objetivos centrales de la norma, que como ella misma señala busca establecer «un mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español», y que encuentra su asidero competencial en lo dispuesto en el art. 149.1.1 de la Constitución que, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional⁴¹, goza de una dimensión institucional que permite poner en marcha instituciones que garanticen estas condiciones básicas de igualdad, misión que parece cumplir la citada Autoridad. Por otro lado, y en coherencia con lo señalado anteriormente, al dejarse al albur de las comunidades autónomas la posibilidad de crear este tipo de organismos de igualdad de trato, podemos encontrarnos con el efecto de que el nivel de protección del derecho a la igualdad de trato y no discriminación pueda variar en función del territorio en que nos encontremos. Además, el haber optado por una Autoridad con competencia en todo el territorio nacional, no parece entrar en contradicción con la distribución competencial en el Estado ya que, dadas las funciones atribuidas al organismo y el diseño del régimen de infracciones y sanciones, las comunidades autónomas no ven afectadas sus competencias ni resulta incompatible con la presencia de eventuales organismos autonómicos.

⁴¹ Sentencia núm. 290/2000, de 30 de noviembre, FJ. 14.

Sobre este particular ya tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su Sentencia 180/2013, dictada como consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Catalunya sobre algunos aspectos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, entre ellos los relativos a las funciones del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por su origen racial o étnico y, concretamente, la de asistencia a víctimas de discriminación, donde señalo que:

Las características de la función de asesoramiento que se encomienda al Consejo —*órgano en el que participan las Comunidades Autónomas*— vienen determinadas por la normativa comunitaria que exige se ejerza con independencia, nota que por sí sola permite descartar que se trate del ejercicio de una competencia de las Administraciones públicas. A lo que añadimos que la prestación de asistencia para hacer reclamaciones ante las Administraciones públicas no prejuzga la competencia para su resolución⁴².

Por lo tanto, y siguiendo esta línea argumental, parece claro que en nada obstaculiza el ejercicio de las competencias constitucional y estatutariamente atribuidas a las comunidades autónomas que la autoridad pueda asesorar y orientar a las víctimas de discriminación, con independencia de que la Administración pública a la que corresponda la resolución de los casos sea autonómica o, incluso, local. Parece, así, que la prevención operada por el legislador tendría más sentido en el caso de que nos encontrásemos ante un organismo con capacidad sancionadora a nivel nacional en los distintos ámbitos de aplicación de la ley, modelo por el que, por otra parte, no se ha optado.

Sin embargo, la actual redacción sí podría tener otros efectos negativos, aun cuando exista voluntad por parte de la autoridad de orientar y asesorar a las víctimas. En primer lugar, la autoridad se va a encontrar con grandes dificultades a la hora de ejercer sus funciones relativas a la investigación de casos graves de discriminación, en casos en los que pudiesen verse afectados ámbitos de actuación administrativa competencia de las comunidades autónomas. En segundo lugar, en cuanto a la competencia de interesar la actuación de la Administración del Estado para sancionar las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción administrativa en materia de igualdad de trato y no discriminación⁴³, su propia literalidad excluye la posibilidad por parte de la Autoridad de poder interesar la actuación de las Administraciones públicas autonómicas o locales cuando sean compe-

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 180/2013, de 23 de octubre de 2013 FJ:4.

⁴³ Letra e) del art. 40 de la Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación.

tentes para sancionar conductas discriminatorias, de acuerdo con su propia legislación, lo que vuelve a ahondar en una construcción de lucha contra la discriminación de distintas velocidades en función de la voluntad política de las Administraciones autonómicas.

2.3. *La adecuada organización administrativa de la Autoridad*

En relación con la concreta organización de la Autoridad, la ley remite a lo dispuesto en su Estatuto que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.3 de la ley, deberá contener la estructura orgánica de la Autoridad, su régimen de funcionamiento interno, de personal, económico-presupuestario y cuantas otras cuestiones relativas a su funcionamiento y régimen de actuación resulten necesarias. Así, lo primero que cabría preguntarse es si, para el amplio haz de funciones que se le atribuyen al organismo, es suficiente una dirección unipersonal o si tal vez no debería haberse previsto en la ley la figura de adjuntos a la Autoridad o, por lo menos, de una estructura básica de apoyo, aunque la misma fuese posteriormente desarrollada a través del Estatuto de la Autoridad. Por otro lado, el hecho de que la aprobación del Estatuto del Comisionado se realice por real decreto⁴⁴ a propuesta de hasta seis ministerios podría conllevar la duda de si este es el mejor modelo para asegurar la independencia del organismo. Resulta una consecuencia inevitable de su configuración como autoridad administrativa independiente, si bien esto podría corregirse *de facto* si se produce una racionalización de las estructuras administrativas con competencias en la materia

En el ámbito presupuestario podría señalarse que la ley no contiene, siquiera a nivel declarativo, que el presupuesto otorgado a la Autoridad debería ser suficiente para el ejercicio de todas sus funciones. En este sentido, el Estatuto debería concretar con claridad el régimen presupuestario aplicable, los niveles de vinculación de los distintos capítulos presupuestarios, el régimen de fiscalización y las posibles excepciones aplicables al funcionamiento de la autoridad. En relación con lo anterior, y también con la dotación de personal, si bien se ha advertido de los riesgos de vaciamiento de las unidades encargadas de la gestión de las políticas públicas contra la discriminación, podría entenderse que, para la efectiva puesta en marcha de la Autoridad, a la misma se le transfiriesen cierto personal y presupuesto que,

⁴⁴ Baste recordar que las mismas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 110 de la Ley 40/2015, de 15 de octubre, se rigen por su ley de creación y su estatuto. Al estar diferenciando ambos instrumentos normativos parece lógico que el estatuto se apruebe por una norma de inferior rango a la legal y, por tanto, competencia del Gobierno.

evidentemente, debería salir de aquellos departamentos que tienen competencias conectadas con la labor del Comisionado. Resulta, empero, difícil encontrar en el panorama administrativo actual servicios administrativos con competencias idénticas a las proyectadas para el organismo, sin que esto obste para que puedan realizarse algunos ajuste administrativos puntuales⁴⁵, por lo menos hasta que se pudieran articular los procedimientos de selección de personal y de dotación presupuestaria ordinarios. En este sentido, no cabe desconocer que el momento político actual no invita al optimismo, ya que ni la próxima oferta de empleo público ni la próxima anualidad presupuestaria (para la que probablemente vivamos con un presupuesto prorrogado) van a poder tener en cuenta la existencia de la Autoridad.

Finalmente, resulta llamativo que la disposición adicional tercera proceda a la designación de la Autoridad como organismo competente en el Reino de España a efectos de lo dispuesto en el art. 13 de la Directiva 2000/43/CE, obviando su designación como organismo a los efectos de las directivas 2006/57, 2004/113 y 2010/41. Esto podría obedecer a la voluntad de los proponentes de mantener intacta la designación del Instituto de las Mujeres a los efectos de las mencionadas directivas. De mantenerse esta regulación se produciría, sin embargo, cierta contradicción, ya que, si bien teóricamente el organismo para la igualdad podría ejercer sus competencias en relación con la discriminación por razón de sexo, este no podría reportar sus resultados en calidad de organismo de igualdad de trato, cuestión que sí podría seguir realizando el Instituto de las Mujeres, aunque, como ya hemos visto anteriormente, no cumpla, en principio, con los requisitos mínimos exigibles en materia de independencia. A este respecto, cabría apuntar dos soluciones: por un lado, hacer uso de la posibilidad que ofrecen las directivas comunitarias para designar varios organismos de igualdad de trato para un mismo motivo de discriminación; por otro —y esta parece, a mi juicio, la opción más adecuada— atribuir a la Autoridad la competencia exclusiva en las competencias propias de las directivas de igualdad de trato, en especial en lo que se refiere a la asistencia a las víctimas de discriminación, en la que goza de poderes mucho más amplios que el Instituto, dejando intactas para este las referentes a la realización y publicación de estudios; todo ello sin perjuicio de las posibles relaciones de colaboración que pudieran establecerse entre las dos instituciones.

⁴⁵ Especialmente llamativo lleva siendo desde hace años la identidad de funciones atribuidas al Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, dependiente del Ministerio de Inclusión Seguridad Social y Migraciones, la Dirección General de Igualdad de Trato y Diversidad Étnico Racial y el propio Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial y Étnica.

IV. CONCLUSIONES

El organismo de igualdad de trato configurado por la ley responde a las características de un organismo especializado, no integrado en la institución nacional de derechos humanos, cualidad que seguirá ostentando en el caso de España el Defensor del Pueblo, con un órgano rector unipersonal y dotado de una serie de garantías de independencia e imparcialidad que, *a priori*, parecerían garantizar el buen funcionamiento del organismo. El organismo se configura, casi a partes iguales, como un organismo con funciones eminentemente de defensa y asesoramiento de las víctimas y de carácter promocional, es decir, mezclando dos de los tres tipos de organismos y dejando únicamente a un lado las competencias decisorias, salvo en lo referente a su constitución como órgano de mediación y conciliación. Esto ha sido objeto de crítica por parte de algunos expertos, como, por ejemplo, el profesor Fernando Rey (2021: 338), cuando señala que para acabar de tener un organismo realmente efectivo haría falta que el mismo se viese investido de esa capacidad sancionadora. Sin embargo, discrepo de esta opinión, fundamentalmente por la falta de madurez del propio sistema y el riesgo que ello comporta, ya que, como señala la Comisión Europea, existe la posibilidad de que, cuando los organismos incluyen esta función junto con la de apoyo a las víctimas, puedan ver seriamente afectada su imparcialidad, generando así contradicciones internas en los organismos, así como en la distribución de los recursos presupuestarios entre una y otra función porque un ejercicio serio de la potestad sancionadora en este ámbito necesita de unos recursos importantes⁴⁶. Lo hago también por las dificultades que ello comporta desde la perspectiva de la aplicación territorial del régimen de infracciones y sanciones y a las que ya nos referimos anteriormente.

En consecuencia, sí parece, a mi juicio, que el diseño del organismo, con algunos aspectos mejorables, situaría a España a la altura de los países europeos que cuentan con organismos de igualdad de trato más desarrollados, de acuerdo, en principio, con los últimos avances proyectados en las dos propuestas de directiva. Sin embargo, como ocurre en muchas ocasiones, que el diseño legal del organismo sea ejemplar e, incluso, superior a los estándares internacionales en muchos de sus aspectos, no garantiza un adecuado despliegue del mismo, sobre todo si no se atiende, desde el comienzo de su funcionamiento, a los riesgos que presenta su efectiva puesta en marcha, poniendo especial atención al imprescindible equilibrio entre la importancia dada al organismo de igualdad de trato y la necesaria existencia de órganos

⁴⁶ Véase el apdo. 2.2.1.2 del Commission staff working document *Equality bodies and the implementation of the Commission Recommendation on standards for equality bodies*.

encargados del diseño y la gestión de las políticas públicas en la materia, pero también al aseguramiento de la posible actuación del organismo en todo el territorio nacional o, al menos, en todos aquellos ámbitos en los que no se haya constituido una autoridad de este tipo.

De acuerdo con lo anterior, podrían proponerse algunas mejoras regulatorias que, en caso de aprobarse las propuestas de directiva a las que nos hemos referido en este artículo, creo necesario introducir. En primer lugar, y para asegurar que el funcionamiento del organismo sea posible dentro de todo el territorio nacional, debería eliminarse la limitación a su actuación únicamente en los ámbitos competencia de la Administración General del Estado, ya que las funciones ejercidas por la Autoridad no interfieren en nada, al no tratarse de competencias decisorias, en el ejercicio de las propias de las comunidades autónomas, ni se impide que las mismas pongan o hayan puesto en marcha organismos de similar naturaleza⁴⁷. La convivencia de organismos de esta naturaleza a nivel estatal y regional no es una novedad y sucede en países como Bélgica o Reino Unido, y bien podría asemejarse a la convivencia que mantienen en España el Defensor del Pueblo y sus equivalentes autonómicos. Como alternativa —sin duda menos ambiciosa— a lo anterior, podría plantearse la introducción de una disposición que asegurase que en aquellas comunidades autónomas en las que no se hubiese implementado un organismo para el ejercicio de las funciones previstas para la autoridad independiente, esta podrá ejercer las mismas en el territorio de dichas comunidades autónomas.

En cuanto al proceso de puesta en marcha de la Autoridad, y dejando a un lado el importante detalle de que debería acordarse con urgencia el nombramiento del titular de la misma, resulta imprescindible acometer el proceso de racionalización de las estructuras dedicadas a la lucha contra la discriminación. En este sentido, una próxima constitución del Gobierno podría resultar un momento oportuno para, a través de los reales decretos de estructura, llevar a cabo esa tarea de racionalización. Así, si atendemos a las competencias que en esta materia tienen en la actualidad el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030⁴⁸ —en lo referente a personas con discapacidad y pueblo

⁴⁷ Por ejemplo, el Organismo de Protección y Promoción de la Igualdad de Trato y la no Discriminación regulado en el capítulo i del título IV de la Ley Catalana 19/2020, de 30 de diciembre, de Igualdad de Trato y no Discriminación.

⁴⁸ Ver arts. 4 y 5 del Real Decreto 452/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

gitano—, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones⁴⁹ —fundamentalmente a través de las competencias atribuidas al Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia— y el propio Ministerio de Igualdad⁵⁰ —a través de las direcciones generales de Igualdad de Trato y Diversidad Étnico Racial y de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI—, podremos advertir, sin demasiado esfuerzo, que se duplican algunas de ellas y que vendrían a triplicarse si se pone en marcha la Autoridad sin introducir más ajustes. En este sentido, y para evitar duplicidades, podría proponerse que estas unidades pasasen a formar parte de un único departamento ministerial bajo la dependencia de una única secretaría de Estado, y que aquellos puestos de trabajo que resulten *redundantes* puedan ofrecerse como parte de esa integración de servicios a la que hace referencia la Ley Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación. En este proceso de puesta en marcha, también convendría encontrar la fórmula para designar a esta autoridad, en convivencia con el Instituto de las Mujeres, como organismo de igualdad de trato a los efectos de las directivas en materia de igualdad de género.

En lo que se refiere al ámbito organizativo, y en línea con lo expresado en relación con la necesidad de proceder a la racionalización de las estructuras administrativas, debería también aclararse cuál va a ser el régimen de participación de los representantes de los grupos o colectivos sometidos a procesos de discriminación más intensos, para evitar la confusión entre órganos colegiados de asesoramiento, tanto a las Administraciones públicas como, eventualmente, al propio organismo y a aquellos que asumen algún tipo de competencia decisoria. Resultará clave que en el futuro Estatuto se produzca la especialización departamental dentro del organismo, ya que el mismo asume funciones de muy distinta naturaleza. Una buena guía para dicha especialización sería partir de las funciones genéricas atribuidas a estos organismos por las directivas, de forma que pudieran proponerse, al menos, tres departamentos: el de asistencia a víctimas, el de promoción y sensibilización y el de estudios, informes y recomendaciones. Sería igualmente importante introducir el procedimiento para la toma de decisiones en los distintos ámbitos, determinando que órganos, internos y externos, forman parte de ese proceso. Finalmente, será especialmente relevante, como ocurre con otras autoridades independientes, que para garantizar la autonomía presupuestaria y financiera de la Autoridad se reconozca que el presupuesto de la

⁴⁹ Ver art. 7 de Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

⁵⁰ Ver arts. 4 y 5 del Real Decreto 455/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Igualdad.

misma tendrá carácter limitativo por su importe global, y carácter estimativo para la distribución de los créditos por categorías económicas, con excepción de los correspondientes a gastos de personal, autorizando al titular de la Autoridad a realizar las modificaciones presupuestarias pertinentes para atender al cumplimiento de sus fines⁵¹.

Estas propuestas, que podrían introducirse en un hipotético ejercicio de transposición de las propuestas de directiva, completarán y reforzarán los altos estándares de independencia del organismo que, por lo demás, supera, como ya se ha señalado, los requisitos mínimos establecidos en la legislación de la Unión Europea en vigor e, incluso, de la que está aún en proceso de aprobación.

Bibliografía

- Ammer, M, Crowley, N, Liegl, B Holzleithner, E, Wladasch, K y Yesilkagit, K. (2010). *Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC*. Amsterdam: Human European Consultancy, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights.
- Cachón Rodríguez, L. (2011). Políticas contra la discriminación en Europa y España: poner las bases de una política justa para la cohesión social. Documentación Social *Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*. 162, 17-30.
- (2009). *Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report. Spain*. Bruselas. Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea.
- Camas Roda, F. (2021). *Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/78. Country Report Spain Directorate-General for Justice and Consumers*. Bruselas: Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea.
- Chopin, I y Germaine, K. (2019). *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe*. Bruselas: Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea.
- Comisión Europea. (2019). *Commission Staff Working Document: Equality bodies and the implementation of the Commission Recommendation on standards for equality bodies Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and Council on the application of Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin ('the Racial Equality Directive') and of Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*. Bruselas: Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea.

⁵¹ Véase, por ejemplo, el art. 23 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

- (2021). *Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico («la Directiva de igualdad racial») y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («la Directiva de igualdad en el empleo»)*. Luxemburgo: Comisión Europea.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. (2017). *Recomendación núm. 2 de Política General de la ECRI sobre Organismos de Promoción de la Igualdad para Luchar contra el Racismo y la Intolerancia a Nivel Nacional*. Estrasburgo: Oficina de Publicaciones del Consejo de Europa.
- (2021). *Conclusiones de la ECRI sobre la implementación de las Recomendaciones respecto a España sujetas a seguimiento. Adoptadas el 1 de diciembre de 2020 y publicadas el 23 de febrero de 2021*. Estrasburgo: Oficina de Publicaciones del Consejo de Europa.
- Crowley, N. (2018). *Equality bodies making a difference*. Bruselas: Comisión Europea.
- Crowther, N. y O’Cinniedie, C. (2019). Bridging the Divide? Integrating the Functions of National Equality Bodies and National Human Rights Institutions in the European Union. *Juridikum*, 2. Disponible en: <https://doi.org/10.33196/juridikum201902021001>.
- European Network of Equality Bodies. (2016). *Developing Standards for Equality Bodies*. Bruselas: Equinet.
- Kadar, T. (2018). Equality bodies: A European phenomenon. *International Journal of Discrimination and the Law*, 18 (2-3), 144-162. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1358229118799231>.
- Naciones Unidas. (2011). *Conclusiones finales sobre España del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su 78.º período de sesiones (CERD/C/ESP/CO/18-20)*. Ginebra: Naciones Unidas.
- (2015). *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/ESP/CO/6)*. Ginebra: Naciones Unidas.
- (2018). *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/ESP/CO/6)*. Ginebra: Naciones Unidas.
- Rey Martínez, F. (2021). El organismo español para la igualdad: claves para su convergencia con el modelo europeo. *Revista Galega de Administración Pública*, 1 (61), 311-342. Disponible en: <https://doi.org/10.36402/regap.v0i61.4747>.