



CIUDADANÍA Y VALORES
FUNDACIÓN

Ingeniería social y no discriminación

En torno al Proyecto de Ley integral
para la igualdad de trato y la no
discriminación

Ignacio Sánchez Cámara
Catedrático de Filosofía del Derecho

Julio 2011



La Fundación Ciudadanía y Valores como institución independiente, formada por profesionales de diversas áreas y variados planteamientos ideológicos, pretende a través de su actividad crear un ámbito de investigación y diálogo que contribuya a afrontar los problemas de la sociedad desde un marco de cooperación y concordia que ayude positivamente a la mejora de las personas, la convivencia y el progreso social.

Las opiniones expresadas en las publicaciones pertenecen a sus autores, no representan el pensamiento corporativo de la Fundación.

Sobre el autor

Ignacio Sánchez Cámara (Madrid, 1954) es catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Coruña y colaborador del diario ABC y del programa "La linterna" de Cope. Es autor de los siguientes libros: La teoría de la minoría selecta en el pensamiento de Ortega y Gasset (1986), Derecho y lenguaje. La filosofía de Wittgenstein y la teoría jurídica de Hart (1997), La apoteosis de lo neutro (1996, en colaboración con Fernando R. Lafuente), De la rebelión a la degradación de las masas (2003), El crepúsculo de Europa. 1. El espíritu de la cultura europea (2006) y La familia. La institución de la vida (2011). Premio Luca de Tena (1998) y Bravo de Prensa de la Conferencia Episcopal (2008).

Es miembro del Comité Consultivo de la Fundación Ciudadanía y Valores.

Ingeniería social y no discriminación

En torno al Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Ignacio Sánchez Cámara

El cambio de candidato del Partido Socialista a la Presidencia del Gobierno no despeja las dudas sobre la continuidad de su proyecto político. Ahora de lo que se trata es de si el nuevo candidato persiste o no en él. Lo cierto es que su identidad y el hecho de que haya sido figura destacada de todos los Gobiernos de Rodríguez Zapatero hacen temer más bien la continuidad, si bien la superior visión política de Pérez Rubalcaba acaso le lleve a desistir de parte de tan desatinado proyecto, si no por convencimiento al menos por interés.

Varias han sido y son las interpretaciones sobre la empresa política y la índole intelectual y moral de Zapatero. Entre ellas, el “buenismo”, el “pensamiento Alicia”, la improvisación permanente, la ausencia de proyecto, la ingenuidad utópica. Algunas aciertan, pero sólo en parte. En realidad, sea obra suya o no, y más bien cabe conjeturar lo segundo, existe un proyecto político muy bien definido y, en gran parte, consumado. Sus consecuencias quizá sólo en parte serán reversibles.

La naturaleza del proyecto consiste en la transformación moral radical de la sociedad. No se trata de un ingenuo u oportunista improvisador. Está orientado por el relativismo ético, pero acaso se trate de algo aún peor. El relativismo es quizá el medio, pero no el fin. Este fin es más la inversión de la jerarquía natural de los valores que su mera disolución. Al cabo, se trata, en muchos casos, de que lo inferior ocupe el lugar de lo superior, y lo malo el de lo bueno. Si estoy en lo cierto, se trata de un proyecto de ingeniería social, es decir, de conformación de la sociedad a la medida de los valores (o contravalores) del Gobierno. Ignoro si todo su partido lo respalda, aunque lo dudo, pero lo cierto es que los discrepantes son o escasos o silentes.

Los ejemplos son notorios. La crisis económica, sólo en este sentido providencial, no ha hecho sino aminorar la intensidad del desmán. La nómina es conocida, aunque demasiadas veces se mire hacia otro lado, como si no se quisiera ver la realidad. La nueva legislación del aborto ha transformado un delito en un derecho de la mujer, sólo limitado por un plazo arbitrario. La nueva asignatura de Educación para la Ciudadanía, que muy probablemente contraviene el derecho de los padres a elegir la educación

religiosa y moral de sus hijos, entraña una usurpación del Gobierno, cuya misión es garantizar el ejercicio del derecho a la educación, pero no determinar su contenido antropológico y moral. La regulación de la experimentación con embriones y la reproducción asistida asesta un golpe decisivo a la dignidad de la vida. Algo más renuente se encuentra, aparentemente, el Ejecutivo sobre la legalización de la eutanasia. Ha elegido, de momento, una vía vergonzante: la regulación de los cuidados paliativos y la “concesión” de un nuevo derecho: el derecho a la muerte digna. Como si hasta ahora el encarnizamiento terapéutico fuera una exigencia legal y la práctica médica no se preocupara de la administración de los cuidados paliativos; como si la legislación actual nos condenara al deber de una muerte indigna. La consideración como matrimonio de las uniones legales entre personas del mismo sexo ha destruido la concepción tradicional del matrimonio y la familia. La legislación sobre la “memoria histórica” entraña una ruptura de la concordia nacional y un agravio al derecho a la libertad de investigación y de expresión.

Estos son los elementos principales de este proyecto de ingeniería social, que persigue la modelación de la sociedad y sus costumbres a los dictados del poder político. Un poder que, por cierto, nunca ha obtenido la mayoría absoluta, que sí lograron González y Aznar. Sus raíces ideológicas quizá se encuentren, si es que se encuentran en algún lugar, en el nihilismo derivado del posestructuralismo francés. Y su objetivo es el combate contra el cristianismo y el liberalismo (y no cabe olvidar a este último). Todo proyecto de ingeniería social es enemigo de la libertad. Éste lo es también del cristianismo, y, más concretamente del catolicismo. Se trata de derruir los fundamentos católicos de la sociedad española, por más que se invoque sólo la aconfesionalidad del Estado y la libertad religiosa.

Y, de manera sólo aparentemente paradójica, se ataca a la libertad mientras se reconocen “nuevos derechos”. Por lo demás, los derechos no son creaciones ni concesiones del Gobierno, como si se tratara de un nuevo señor feudal democrático que dispensa derechos a sus vasallos agradecidos. Los derechos sólo se reconocen y garantizan, pero no se crean. Además, esta apoteosis de los derechos los convierte en enemigos de la libertad. Y no es extraño. Kant afirmó que tener un derecho es tener la capacidad de obligar a los demás. Todo derecho entraña deberes y obligaciones para uno mismo y para los demás. Desde el aborto al aire limpio. Si abortar, contra todo derecho y razón, se convierte en un derecho, generará obligaciones para el personal de la Sanidad y, en general, para toda la sociedad. Si uno tiene derecho a no aspirar humo de tabaco ajeno, se limitará necesariamente el derecho a fumar en espacios públicos. Y así podríamos continuar con otras limitaciones a la libertad, unas justificadas y muchas no, en el nombre de los derechos. Los deberes se cobran así su venganza, y el dispensador de derechos se convierte en generador de cargas y obligaciones.

Quizá no exista un síntoma más rotundo de que un Gobierno se desliza por la pendiente que conduce al totalitarismo que su pretensión de erigirse en autoridad espiritual. Y esto se manifiesta en su designio de que las leyes por él aprobadas, no por cierto las aprobadas por la oposición cuando estaba en el poder, constituyen la única y verdadera moral exigible a todos. Todo gobernante autoritario pretende que su

Derecho se convierta en moral. No quiere rivales. El poder temporal pretende suplantar hoy al poder espiritual. Y esto sólo es posible cuando el poder espiritual está vacante.

Ortega y Gasset afirmó en *La rebelión de las masas* que Europa se había quedado sin moral. Parece que seguimos así, pues, si la hubiera, no podría fabricarla a su antojo el Gobierno. Al final del segundo volumen de *La democracia en América*, afirmó Tocqueville que las naciones democráticas de sus (nuestros) días no podían evitar la igualdad de condiciones en su seno, pero que de ellas dependía que la igualdad condujera a la libertad, la civilización y la prosperidad, o al despotismo, la barbarie y la miseria. De nosotros, me refiero a los españoles, depende, pero mucho me temo que hayamos emprendido el camino equivocado. Pero el futuro no está determinado, y podemos cambiar el rumbo. Mas conviene advertir que no se trata sólo de un cambio de Gobierno, con ser este necesario y urgente, sino de algo mucho más profundo y difícil: la restauración de la moral. Por eso, el único modo de combatir el proyecto de ingeniería social consiste en emprender otro proyecto alternativo de regeneración intelectual y moral. La política, imprescindible, vendrá después y de suyo. Están en juego la libertad, la civilización y la prosperidad.

Y ya está preparado el proyecto de ley de no discriminación e igualdad de trato (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de junio de 2011), de naturaleza totalitaria o, al menos, fuertemente intervencionista, que no es sino una pieza más de este proyecto de ingeniería social.

Este Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación es, al menos de momento, el último episodio de este proyecto de ingeniería social, que ya se está tramitando en el Congreso de los Diputados. Lo primero que cabe afirmar de él es que nada tiene que ver con las principales preocupaciones de los ciudadanos, como lo confirman las encuestas más recientes incluidas las del Centro de Investigaciones Sociológicas. Los españoles nos encontramos agobiados por la crisis económica, especialmente por el paro, por la corrupción y el alejamiento de los políticos de las preocupaciones principales de los ciudadanos, por la posibilidad de la existencia de una casta política atenta a sus intereses particulares, y por la grave crisis institucional. Pero entre las preocupaciones dominantes no se encuentran los ingredientes del proyecto de ingeniería social del Gobierno, entre ellos, las amenazas presuntas a la igualdad y la no discriminación, combatidas por la Constitución y, en gran medida, garantizadas por los mecanismos legales ya establecidos, y fundamentalmente el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, aparte de la competencia de la jurisdicción ordinaria para garantizarlos.

En este sentido, en muchos aspectos, el Proyecto de ley resulta innecesario. En otros muchos, inoportuno e incluso grave. La justificación de la nueva ley, expuesta en la Exposición de Motivos, así lo confirma. Además de su falta de escasa justificación, empeora su contenido la inseguridad jurídica y arbitrariedad que entraña, pues no se concretan, en una ley que prevé sanciones graves, los supuestos que dan lugar a ellas. Las multas por infracciones muy graves (y no resulta fácil determinar cuáles lo son) pueden llegar hasta un máximo de 500.000 euros. Del tenor del texto resulta

imposible determinar cuándo una diferencia de trato es o no discriminatoria. Todo parece quedar al criterio de la interpretación, en este caso, necesariamente arbitraria, de los tribunales.

Aunque no se trata de una normativa penal, se invierte la carga de la prueba, dando lugar a una especie de presunción de culpabilidad. El artículo 28 del Proyecto, que establece las reglas relativas a la carga de la prueba, en su párrafo primero establece: “De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Es decir, cualquiera puede invocar la existencia de una situación de agresión a la igualdad y a la no discriminación, y la carga de la prueba en contra incumbirá al acusado. Esto es, el acusado estará obligado a probar su inocencia y al acusador le basta su palabra. Aunque no se trate de infracciones penales, sino sólo administrativas, el hecho de ser acusado obliga a probar la inocencia. La puerta abierta a los abusos acusatorios y a la delación resulta evidente. Por otra parte, no se prevén ningún tipo de sanciones para las acusaciones abusivas e injustificadas. Basta entonces la acusación de vulnerar la igualdad de trato y la no discriminación para que el acusado se convierta en presunto culpable de la infracción y, por ello, obligado a demostrar su inocencia. Cualquier ciudadano se convierte así en presunto culpable mientras no demuestre lo contrario. El abuso de derecho se encuentra así establecido y garantizado. Todos estamos bajo sospecha de presumible vulneración del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. La puerta a la acusación arbitraria e infundada queda abierta. No sólo queda impune sino que incumbe al acusado el probar su inocencia. La seguridad jurídica queda gravemente lesionada.

El proyecto consagra de hecho la legitimidad de la acción positiva, de muy difícil encaje en nuestro orden constitucional. El capítulo II ostenta la siguiente rúbrica: “Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva”. El párrafo 1 del artículo 31 establece: “Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva por razón de las causas establecidas en esta Ley e impulsarán políticas de fomento de la igualdad de trato en las relaciones entre particulares”. El proyecto establece así la obligatoriedad de la adopción de medidas de acción positiva, que pueden entrañar vulneraciones de la regulación constitucional. El artículo 11 así lo confirma: “Se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan”.

No es solo esto. La referencia a las medidas de acción positiva se encuentre incorporada al capítulo II del Título II: “Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva”.

No es aventurado afirmar que la acción (o mejor, discriminación) positiva entrañe, de suyo, la violación del principio constitucional de igualdad, que el propio proyecto pretende garantizar. En nombre de la igualdad, se destruye la igualdad. Por lo demás, no sólo la igualdad queda vulnerada; también la seguridad jurídica. Se da la paradoja de que un proyecto que pretende combatir la discriminación y defender la igualdad se convierta en un mecanismo para establecer discriminaciones en presunta defensa de la igualdad.

El proyecto tampoco da respuesta a la siguiente pregunta: ¿Qué es una discriminación frente a una diferencia legítima? El artículo 2, bajo la rúbrica “Ámbito subjetivo de aplicación”, establece en su párrafo 1: “Se reconoce el derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Todo esto, o está ya en la Constitución, o, lo que no está, encaja difícilmente en la Carta Magna.

En ningún lugar del texto se establece con claridad la distinción entre discriminación injusta y diferencia de trato legítima.

Si nadie puede ser discriminado por su convicción u opinión (art. 2.1), ¿qué sucede entonces con las convicciones u opiniones contrarias a la ley o a la igualdad? ¿Cómo se justifican las limitaciones a la libertad de expresión, por lo demás muy discutibles, a favor de la igualdad y la no discriminación? Una vez más no queda delimitado con precisión cuándo será lícito “discriminar” a alguien por sus convicciones u opiniones, aunque en realidad, lo establecido por el artículo 2.1 debería conducir al rechazo de toda discriminación por razón de “convicción u opinión”.

¿Toda desigualdad de trato es discriminación? En realidad, el proyecto parece sugerir que sí. Así, por ejemplo, cuando en el párrafo 2 del artículo 2 establece lo siguiente:

“No obstante lo previsto en el apartado anterior [prohibición de la discriminación], y de acuerdo con lo establecido en el apartado dos del artículo 4 de esta ley, podrán establecerse diferencias de trato por razones de edad cuando así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las Administraciones Públicas destinadas a proteger a las personas menores o mayores de edad, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales”.

El párrafo 2 del artículo 4 citado establece: “No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o

práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”.

En realidad, la doctrina clásica de la justicia distingue entre discriminación injusta y diferencia de trato legítima, cuando establece que es injusto tratar de manera desigual lo que es igual, y que también lo es tratar de manera igual lo que es desigual. La cuestión estriba entonces en la precisión que distingue entre casos iguales y desiguales, y qué tipo de igualdad (y, por tanto, de desigualdad es justa o no).

El proyecto, a mi juicio de manera errónea, parece establecer que toda diferencia de trato es injusta y discriminatoria, salvo lo establecido en estos dos preceptos. Pero esto es, además de muy poco, profundamente desafortunado. Una interpretación, incluso benevolente con los extravíos expresivos del proyecto, debería conducir a esta consecuencia funesta: toda diferencia de trato es injusta (discriminatoria), salvo las establecidas para proteger a menores y ancianos o a miembros de un grupo de población necesitado, o las que puedan justificarse “por una finalidad legítima”. Entonces el problema estriba en determinar cuándo una finalidad es o no legítima. La indefinición conceptual y la inversión de la carga de la prueba hacen del proyecto un atentado contra la seguridad jurídica que pone bajo sospecha a todos los que establezcan alguna diferencia de trato, que se verán obligados a demostrar, o bien que no ha habido tal diferencia de trato o que éste se justifica en los dos casos citados: beneficio de menores, ancianos y necesitados, o finalidad legítima. En definitiva, ¿cuándo una finalidad es legítima?

La situación se agrava si se considera el muy amplio ámbito objetivo de aplicación de la ley previsto en el artículo 3: empleo y trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia; empleo público; organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico; educación; sanidad; prestaciones y servicios sociales; “acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar”; “acceso y permanencia en establecimientos o espacios abiertos al público”; “publicidad y medios de comunicación”.

Como se ve, el ámbito objetivo no se limita, ni mucho menos, a las Administraciones Públicas. Esto es lo que ha hecho temer que, de resultar aprobado, el proyecto podría dar lugar tanto a formas de censura como a mecanismos de delación generalizada. Sobre todo, si se tiene en cuenta la inversión de la carga de la prueba y la impunidad de los acusadores, ya que no se trata de denunciar la comisión de delitos sino de meras infracciones administrativas, aunque castigadas, las más graves, duramente. Pensemos en este último supuesto: publicidad y medios de comunicación (art. 3 i). Cualquier anuncio, crítica, comentario, análisis o valoración podrá ser enunciado como constitutivo de una vulneración de la igualdad de trato y no discriminación, tal como los entiende la Ley. Esto supone una especie de censura total, no establecida por las Administraciones Públicas sino por cualquier ciudadano molesto o agraviado. Si añadimos la imprecisión y la inseguridad jurídica, mencionadas anteriormente, la conclusión sólo puede conducir a la alarma. No parece exagerado temer que el proyecto instaura una especie de censura generalizada, que cualquier ciudadanos

puede poner en marcha contra cualquiera, y que destruye, a su vez, el principio de no discriminación por razón de convicción u opinión, que establece el propio Proyecto en su artículo 2.1.

El artículo 4.1 parece concertar algo más el objeto de la protección y, por lo tanto, el ámbito sancionador, pero lo hace muy vaga y deficientemente.

“El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos.

En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el mismo. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales”.

A continuación el Proyecto se enreda en abstrusas concreciones sobre el sentido de todos estos conceptos.

No podía faltar el homenaje a la ideología de género. En el párrafo primero del artículo 2 que regula el “ámbito subjetivo de aplicación” de la ley se excluye, entre otros motivos de discriminación el sexo, y también la identidad y orientación sexual. Podría bastar, quizá, con la mención al sexo y a la orientación sexual (bien entendido, una vez más, que no toda diferencia de trato es discriminatoria es injusta sino sólo aquellas que carezcan de un fundamento o finalidad legítimos). No se ve, salvo si se navega en las aguas de la ideología de género, qué añade la identidad sexual al sexo. Salvo que se entienda que el sexo es mera construcción social y arbitraria. Pero incluso en ese caso, no acaba de percibirse con nitidez la diferencia entre sexo e identidad sexual.

En lo que no tiene de arbitrario y generador de inseguridad jurídica, en lo que no tiene de lesivo para las libertades, y que no es poco, el proyecto es innecesario, pues la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución ya se encuentran protegidos y garantizados. En primer lugar, porque pueden ser directamente invocados ante la Administración de Justicia, y en segundo, porque cabe recurrir al recurso de amparo por su vulneración ante el Tribunal Constitucional.

El texto combina una muy deficiente técnica jurídica acompañada de una pésima redacción. Baste la siguiente muestra. El artículo 44.3d y el 44.4d se refieren, respectivamente, a “la comisión de una tercera o más infracción leve” y a “la comisión de una tercera o más infracción grave”. ¿Qué habría de pernicioso en hablar de “la comisión de tres o más faltas...?”

La conmoción que provocará en nuestro Derecho en el caso de que llegue a entrar en vigor se muestra con una lectura (por lo demás, incómoda) de la elevada cantidad de de disposiciones derogadas o modificadas. El texto termina con un galimatías, en el que es imposible orientarse, de disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y

finales. El enredo jurídico es mayúsculo, especialmente en los relativo a las once, nada menos, disposiciones finales.

Una de las cuestiones decisivas, y más graves, consiste en la dificultad de determinar cuándo una finalidad es legítima (artículo 4.2) para distinguir la desigualdad de trato justificada de la discriminación injustificada.

Se trata de un Proyecto intervencionista y de vocación totalitaria. Es un instrumento más en la pretensión del Gobierno de diseñar a su gusto la sociedad. Es también una muestra de cómo al buscar de manera exacerbada la igualdad tiende a lesionarse la libertad.

Y por si todo lo anterior no fuera suficiente, además hay que volver a recordar la falta de demanda social para un proyecto semejante. Las preocupaciones de los ciudadanos son otras muy diferentes: el paro, la situación económica, los políticos, la corrupción, la vivienda, y otros muchos. Cabe preguntarse entonces por los motivos del Gobierno para sacarlo adelante en una Legislatura agonizante. No veo otra respuesta posible que la que lo vincula con el proyecto general de ingeniería social que el presidente del Gobierno emprendió desde su llegada accidentada al poder en 2004.

Desde luego, el proyecto puede mejorar en la tramitación parlamentaria, pues no es fácil, aunque sí posible, empeorarlo. En cualquier caso, lo mejor sería el rechazo y el olvido, pues se trata de un texto, en parte superfluo y en parte nocivo, intervencionista y de vocación totalitaria, que vulnera libertades básicas, entre ellas la de expresión, que adolece de una mala técnica jurídica y de una expresión defectuosa y confusa, promueve la discriminación positiva, invierte la carga de la prueba, favorece la acusación irresponsable y la delación, fomenta la arbitrariedad y la inseguridad jurídica y es un paso más en el proyecto de ingeniería social emprendido por el Gobierno desde 2004.