

**Francesc-Xavier Jáurena**

# **Igualdad, democracia y minorías: el caso de las minorías sexuales en Catalunya**

## **De la igualdad formal a la igualdad material**

La llei 11/2014, del 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales (en adelante personas LGTBI) y para erradicar la homofobia, bifobia y transfobia es un punto de inflexión en el proceso de emancipación y dignificación de una de las minorías que ha sido y aún está siendo objeto de discriminación. La Ley fue aprobada en el Parlament de Catalunya el día 2 de octubre, publicada el día 17 del mismo mes y entró en vigor el pasado día 18 de octubre.

En esta ocasión, no estamos ante una ley de reconocimiento de derechos sino más bien de garantías de derechos. La ley tiene como finalidad convertir la igualdad formalmente ya reconocida en el contenido de las leyes a favor de las personas LGTBI en igualdad real y efectiva. La igualdad formal o igualdad ante la ley ya fue alcanzada en buena medida en el transcurso de los últimos 15 años. El derecho de familia, así como los derechos y obligaciones que se derivan de él, ha sido uno de los ámbitos más sensibles para las personas LGTBI y por tanto el campo en donde más esfuerzos se han invertido y en donde la equiparación formal ha sido más valorada. En este sentido, el reconocimiento legal de las parejas estables, la adopción conjunta y el matrimonio entre personas del mismo sexo fueron hitos en este proceso de equiparación de derechos y obligaciones.

Sin embargo, a pesar que el ordenamiento jurídico equipare formalmente los derechos y las obligaciones de las personas LGTBI, éstas continúan enfrentándose a situaciones concretas discriminatorias en su vida cotidiana. Ello se debe a la subsistencia de una discriminación sistémica o estructural en las concepciones estereotipadas y en los prejuicios sociales en torno a las personas LGTBI.

Por este motivo, una vez alcanzada la igualdad formal de las personas LGTBI, la recién aprobada ley tiene como finalidad no sólo atacar los actos concretos discriminatorios sino también remover el suelo social sobre el que se sustenta la discriminación. Con esta finalidad, la ley pretende promover de forma real y efectiva la igualdad y la libertad en la realidad cotidiana de las personas LGTBI y de los grupos en que se integran, en todos los ámbitos de la vida social ya sean públicos o privados, en todas las etapas de la vida (infancia, juventud y vejez) así como ante las contingencias que las personas LGTBI pueden padecer en el transcurso de la vida (enfermedad, incapacitación, prisión, muerte, etc).

Para alcanzar el mencionado objetivo, la ley incorpora toda una serie de instrumentos que actúan como garantías de derechos. No es la finalidad de este artículo describir la totalidad de estos instrumentos dada la brevedad de estas líneas. No obstante, cabe destacar la incorporación de una descripción adecuada y actualizada de las diferentes formas en que las discriminaciones se presentan hoy en día, así como la inversión de la carga de la prueba, el principio de coeducación, la vinculación de los particulares al principio de igualdad y prohibición de discriminación, así como

el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones. No es de extrañar que la incorporación de las mencionadas garantías coincida con las cuestiones que más controversia han suscitado ya no sólo dentro del ámbito parlamentario sino también en los medios de comunicación.

### **Las complejas formas en que las discriminaciones se presentan**

La ley define una pluralidad de formas a través de las cuales las discriminaciones se presentan. En este sentido la ley sigue en buena medida el concepto de discriminación contenido en las directivas sobre igualdad de la Unión Europea, especialmente las directivas 2000/43/CE sobre igualdad racial, 2000/78/CE relativa a la igualdad en el ámbito del trabajo y las directivas 2002/73/CE y 2004/113/CE, relativas a la igualdad por razón de género. Sintetizando, todas las formas de discriminación que describe la ley se podrían reconducir al concepto de discriminación directa expresa, discriminación directa encubierta y discriminación indirecta.

La discriminación directa expresa hace referencia a los supuestos en que el presunto discriminador trata de forma desfavorable a una persona y a la vez identifica de forma expresa el motivo discriminatorio que causa el trato desfavorable. En la actualidad sería difícil encontrar discriminaciones directas expresas: por ejemplo, una inmobiliaria que denegase un contrato de alquiler alegando de forma expresa que la pareja de personas que pretenden ser arrendatarios son de etnia gitana o son del mismo sexo.

En nuestros días lo que se acostumbra a encontrar son supuestos de discriminaciones directas encubiertas y discriminaciones indirectas. En el primer caso, el discriminador tiende a encubrir el motivo real que es causa del trato diferenciado y desfavorable. El presunto discriminador enmascara la causa discriminatoria (orientación sexual, raza, ideología, etc.) a través de la alegación de un supuesto motivo lícito. Un ejemplo de este tipo de discriminación sería el caso de la persona que ejerce el control de acceso a una discoteca y niega la entrada al recinto a una persona por su vestimenta o comportamiento, cuando la causa real es la etnia, la orientación sexual o cualquier otra causa discriminatoria.

La discriminación indirecta es aún más sofisticada en tanto que el presunto discriminador establece un criterio, interpretación, disposición o práctica, todas ellas supuestamente neutras en tanto que teóricamente se podrían aplicar a todas las personas. Sin embargo, la aplicación de los mencionados criterios, prácticas, interpretaciones supone una desventaja desproporcionada para las personas que pertenecen al grupo discriminado. Un ejemplo de discriminación indirecta que se producía con frecuencia antes de la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo consistía en condicionar un derecho o una ventaja al hecho de que la pareja estuviera casada.

### **La inversión de la carga de la prueba**

Posiblemente el punto más controvertido de la ley haya sido la incorporación de la inversión de la carga de la prueba. Los estados y los poderes públicos que han querido instaurar políticas antidiscriminatorias eficaces han evidenciado que el problema más complejo al que se enfrenta cualquier política antidiscriminatoria que pretenda ser efectiva es probar la existencia de la discriminación.

Esta dificultad encuentra su origen en dos causas. En primer lugar, hoy, tal como se ha visto en el

punto anterior, las discriminaciones adoptan formas cada vez más complejas y sutiles. Por otro lado, existe una intensa asimetría de poder en la administración de la prueba entre el presunto discriminador y la presunta víctima.

Respecto a este último aspecto hay que señalar que normalmente los testigos de una discriminación mantienen una relación de subordinación con quien supuestamente discrimina. Por otro lado, quien está en posición de discriminar suele disponer de los datos y la documentación tenidos en cuenta en la decisión que ha conducido a una situación de discriminación. A lo anterior hay que añadir el hecho de que al presunto discriminador le resulta muy fácil enmascarar la discriminación alegando supuestos criterios lícitos, tal como hemos visto también en el anterior epígrafe respecto a la discriminación directa expresa.

Para compensar esta asimetría de poderes entre la presunta víctima y el presunto discriminador respecto a la prueba, la norma sólo exige a la víctima aportar hechos o indicios a través de los cuales se pueda presumir la existencia de la discriminación. Una vez verificados los indicios discriminatorios, el presunto discriminador deberá demostrar que su medida o decisión responde a una finalidad legítima y que es adecuada, necesaria y proporcional.

Por tanto, la inversión de la carga de la prueba sólo se producirá si la presunta víctima aporta indicios sólidos a partir de los cuales se pueda presumir la discriminación. Por este motivo, estaríamos más bien ante una situación de “carga compartida” de la prueba, tal como la legislación sueca y danesa definen la situación en la trasposición que realizan de la directivas europeas sobre igualdad.

A pesar de todo, a la presunta víctima no le resultará fácil aportar indicios o hechos a partir de los cuales se puede presumir la existencia de discriminación. Por ello, la ley articula toda una serie de mecanismos de prueba no tradicionales que pueden ser eficaces a la hora de fundar los mencionados indicios y así provocar la inversión de la carga de la prueba.

En este sentido, la ley insiste en la relevancia de dos medios indiciarios. En primer lugar, la prueba estadística como medio para poder identificar especialmente las discriminaciones indirectas. A través de estadísticas se puede identificar el resultado desproporcionadamente desfavorable que puede tener un criterio, una práctica o una interpretación respecto a las personas que pertenecen a un grupo que es objeto de discriminación. Las estadísticas pueden desenmascarar el carácter discriminatorio de un criterio que el presunto discriminador calificaba como neutral.

En segundo lugar, la ley también propone el llamado “test de situación” o “situation testing”. Este mecanismo es aún desconocido en nuestro ámbito jurídico más próximo pero es utilizado de forma habitual especialmente en Bélgica, Reino Unido, Francia, Hungría y República Checa. Tiene la virtud de identificar la existencia de indicios en relación a las discriminaciones directas encubiertas. También es utilizado para identificar las áreas de vida social donde se producen discriminaciones sistémicas o estructurales. Consiste en la presentación de candidatos ficticios al presunto discriminador, simulando lo máximo posible una situación real y habitual, de modo que éste no sea consciente de que está siendo objeto de evaluación por parte de un tercero. Se trata de un instrumento que exige una metodología rigurosa tanto en su planteamiento como en su ejecución, siendo en cualquier caso necesario que no derive en la incitación a la discriminación.

La inversión de la carga de la prueba es un instrumento muy útil no sólo para probar discriminaciones concretas y puntuales, y así dar solución a casos concretos, sino también para identificar ámbitos en donde se producen discriminaciones sistémicas o estructurales.

### **El principio de coeducación**

Otra de las cuestiones que también suscitaron más controversia fue la incorporación del principio de coeducación. La ley es muy consciente de que los prejuicios se construyen socialmente y éstos son la base de la discriminación. Por ese motivo resulta esencial incidir también en los procesos de socialización que se llevan a cabo en la escuela.

La coeducación es la acción educativa que pretende potenciar la igualdad real de oportunidades y la eliminación de todo tipo de discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género. Para que ello sea efectivo, la ley impone a todos los centros educativos la obligación de velar por el respeto de la diversidad sexual y afectiva, la identidad de género y los diferentes modelos de familia.

En el mismo sentido, también se establece la obligación de que los contenidos de los materiales escolares, educativos y formativos, así como el lenguaje que se utilice, tengan en cuenta la diversidad respecto a la orientación sexual y la identidad de género.

Se establece la necesidad de que el principio de coeducación se incorpore en los planes de acción tutorial, en los reglamentos y en los planes de convivencia de los centros. Respecto de estos últimos, se deberán incorporar medidas concretas de prevención y actuación contra el acoso que puedan padecer las personas LGTBI en el medio escolar.

La ley extiende la necesidad de formar en igualdad y diversidad sexual a aquellos profesionales que por su actividad pueden incidir de una forma intensa sobre los derechos fundamentales de las personas LGTBI, como profesores, personal de cuerpos de seguridad, profesionales que trabajen en servicios sociales, etc.

### **Ley proactiva y preventiva, pero también reactiva**

En términos generales se puede decir que la ley tiene dos grandes ejes: uno proactivo y preventivo, y otro reactivo que se concreta en la articulación de un régimen de infracciones y sanciones.

Sin embargo, el elemento preventivo y proactivo es el que predomina claramente en la ley, convirtiéndose en su clave de bóveda. En este sentido, su finalidad y sus instrumentos van dirigidos a la prevención de la discriminación de las personas LGTBI así como en la promoción de la igualdad.

Desde esta perspectiva y de acuerdo con esta finalidad, la ley incide de forma transversal en sectores de la vida social, institucional y económica tales como el sanitario, medios de comunicación, familias, mercado laboral, servicios sociales, derecho de admisión, orden público y privación de libertad.

La ley establece medidas específicas que pretenden dar una respuesta adecuada a necesidades

también específicas como las que plantean los hombres y mujeres transgéneros, las personas mayores, las del mundo rural, las de etnia gitana, personas aquellas con diversidad funcional y personas que ejercen la prostitución.

La vertiente reactiva de la ley es residual y se concreta en el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones de carácter administrativo. El sistema establecido combina la necesidad de disuasión con el imperativo de la proporcionalidad. La finalidad del régimen sancionador no sólo consiste en sancionar actos u omisiones que discriminan a las personas LGTBI y disuadir de forma efectiva la realización de futuras discriminaciones sino también, en algunos casos, en desempeñar una función educativa especialmente a través de advertencias formales.

### **Democracia y minorías**

La ley 11/2014 tiene como destinatarios directos a las personas LGTBI, que se ven beneficiadas de unas garantías sin las cuales sus derechos ya reconocidos no serían efectivos en un contexto en que las discriminaciones aún subsisten. Sin embargo, beneficia a todos, en la medida en que impone a la mayoría el respeto hacia el diferente, ensancha el derecho antidiscriminatorio preexistente y ayuda, en suma, a mejorar la calidad democrática de nuestra sociedad en su conjunto.

[Francesc-Xavier Jáurena es jurista especializado en derecho público y ha participado en la redacción de la llei 11/2014 del Parlament de Catalunya]