

Discriminación por omisión

Elimina la filigrana digital ahora

BARRA LIBRE

Mar Esquembre, Ana Marrades, Santiago García

Universitat de Alicante, Universitat de València-Estudi General, Universitat Jaume I de Castelló

El derecho antidiscriminatorio y, en particular, el que aborda la discriminación contra las mujeres, cuenta con un nuevo hito judicial, una vez más con 'denominación de origen Valencia'. Se trata de la sentencia 134/2021, de 24 de febrero, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. La resolución puede crear tendencia ('leading case') si deviene firme y su doctrina es asumida por otros tribunales.

La sentencia formula en el fondo una afirmación muy simple: cuando una norma reglamentaria incumple una norma con rango legal, la primera debe anularse. La relevancia del caso procede de su aplicación sobre el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, por un lado, y en la asunción de un supuesto de discriminación todavía inédito legalmente: la discriminación por omisión. Veamos su aportación en cada caso.

La sentencia es relevante porque reconoce la plena eficacia vinculante de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo que contradice la opinión mayoritaria que deprecia su fuerza jurídica. Si las normas de este texto legal son obligatorias, también lo deben ser cuando regulan una cuestión tan discutida como las acciones positivas en favor de las mujeres. La redacción del artículo 11 no debería suscitar dudas: los poderes públicos deberán adoptarlas «para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres». La consecuencia directa es diáfana: si se trata de una regulación obligatoria, su incumplimiento merece ser sancionado. En el caso enjuiciado, mediante la declaración de la nulidad de unas ayudas públicas destinadas a la financiación de la investigación de excelencia cuyos beneficiarios han sido mayoritaria y tradicionalmente hombres.

En segundo lugar, la principal novedad de

la sentencia reside en que califica de discriminatoria la inacción de la Administración ante esa situación. No solo se discrimina por tratar de forma desfavorable por razón de sexo, sino también por no hacer nada cuando esa discriminación acontece. Esta construcción es tan innovadora como novedosa judicialmente. Es innovadora porque da carta de naturaleza en sede judicial a la idea de la discriminación por omisión, que todavía está en sus inicios, pero cuyas consecuencias son inestimables. Sus implicaciones son rotundas: si la ley obliga a los poderes públicos a adoptar acciones positivas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los varones, la inacción o pasividad de los poderes públicos ante tales desigualdades debe considerarse discriminatoria, en la medida que su inacción no evita tal desigualdad sino que la mantiene. La conclusión es sobresaliente: si la desigualdad de hecho existe en alguno de los ámbitos de actuación pública, deberán adoptarse las acciones positivas correspondientes, a riesgo de ver impugnadas sus disposiciones si no lo hacen.

Esta idea representa un auténtico salto cualitativo para nuestro derecho antidiscriminatorio. La prohibición de discriminación ya no implica solo una conducta omisiva, sino que a partir de ahora también admite exigir, con la misma intensidad, toda una serie de obligaciones de hacer. En el caso enjuiciado, adoptar de forma razonable y proporcionada acciones positivas en favor de las mujeres que corrijan una situación de hecho discriminatoria respecto de los hombres. Si la doctrina de esta sentencia se confirma, no hacerlo dejará de ser una opción válida en adelante.

Desde luego, si el camino más largo comienza con un primer paso, esta sentencia lo ha emprendido de manera imparable en el terreno de la igualdad efectiva de mujeres y hombres.