



## IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE RAZA\*

Ángela FIGUERUELO BURRIEZA\*\*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Igualdad y no discriminación.* III. *La discriminación por razón de raza.* IV. *La acción de las Naciones Unidas contra la discriminación racial.* V. *Las acciones contra la discriminación racial en el ámbito europeo.* VI. *La discriminación racial en el caso español.* VII. *Frente a la discriminación de los derechos fundamentales.* VIII. *Bibliografía.*

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Cuando nos aproximamos a la celebración de la efeméride del sesenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos conviene que nos detengamos a repensar acerca del significado y alcance de la expresión “derechos del hombre”. En el contexto histórico-espiritual del occidente democrático, dicha expresión equivale a afirmar que existen “derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que lejos

\* Texto de la ponencia presentada en la Universidad Rey Juan Carlos I (Madrid), en el marco de las Jornadas sobre el 60 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, celebradas el 20 y 21 de octubre de 2008.

\*\* Catedrática de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.

de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados".<sup>1</sup>

Si realizamos un recorrido histórico de los derechos humanos no podemos obviar un dato que demasiadas veces ha pasado desapercibido: la conciencia clara y universal de tales derechos es una conquista propia de los tiempos modernos. Así las cosas, la evolución de los derechos humanos entre las dos guerras mundiales fue un reflejo evidente de las tensiones políticas, sociales e ideológicas que caracterizaron esa época. El auge de los autoritarismos y totalitarismos eclipsó los derechos individuales y, en consecuencia, el retroceso que los mismos sufrieron a nivel no sólo europeo sino también mundial manifestó una preocupación general por asegurar, cuando finalizó la Segunda Guerra Mundial, una protección más eficaz de los derechos humanos. Por ello, en la Conferencia de San Francisco (celebrada del 25 de abril al 26 de junio de 1945) se aprobó la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

Los autores de esta Carta, y quienes pusieron en marcha los mecanismos de las Naciones Unidas, debieron enlazar con un precedente que no puede ser olvidado. Aunque la Sociedad de Naciones, cuyo Pacto constituye la primera parte del Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919, no alcanzó la efectividad deseada, no podemos dejar de reconocer el progreso que representó, a pesar de sus limitaciones, el régimen de protección de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas que comenzó a funcionar bajo sus auspicios. Pero cualquiera que sea la relevancia de la regulación internacional de ciertos derechos de la persona humana en el pasado, lo cierto es que hasta la Carta de la Organización de las Naciones Unidas no aparece un documento internacional que se dedique expresamente a reconocer derechos humanos. Aquí radica la importancia histórica de la Carta, que se limitó a formular el principio de una protección internacional de los mismos, sin desarrollarlo por medio de normas concretas.

<sup>1</sup> Cfr., al respecto, Truyol y Serra, A., "Estudio preliminar", *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 11.

Con el ánimo de subsanar la falta de una lista concreta de los derechos humanos que facilitara su efectiva protección, la organización mundial creó una comisión especial, llamada Comisión de Derechos Humanos, a la cual encargó elaborar un proyecto de “Declaración”. Éste fue discutido por la Asamblea General, integrada entonces por cincuenta y ocho Estados, y aprobado como Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948. Votaron a favor cuarenta y ocho Estados y hubo ocho abstenciones. En el preámbulo se pone de manifiesto que los derechos humanos fundamentales tienen su razón de ser en la dignidad intrínseca, en el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Por ello corresponden a todos los miembros de la familia humana derechos iguales e inalienables que deben ser protegidos por un régimen de garantías jurídicas para que el hombre no se vea obligado a recurrir a la rebelión contra la tiranía y la opresión.<sup>2</sup>

Respecto a los derechos enumerados en la Declaración y de cara al tema que nos ocupa, debemos hacer referencia al artículo 1o., donde se precisa que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y a continuación, en el artículo 2o., se dice literalmente: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Por otra parte, en el artículo 7o. se proclama que: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. En consecuencia, esa igualdad ante la ley se reconoce en el artículo 10 por lo que respecta al derecho a la tutela judicial efectiva, y en el artículo 16 en relación con el de-

<sup>2</sup> Un comentario exhaustivo de este texto puede consultarse en Verdross, A., *Derecho internacional público*, trad. de A. Truyol y Serra, Madrid, Aguilar, 1963, pp. 505 y ss.

recho a casarse y a fundar una familia, a partir de la edad núbil, sin restricción alguna *por motivos de raza*, nacionalidad o religión.

En cuanto a los derechos enumerados en la Declaración destacan los relativos a la libertad, que implican necesariamente una abstención por parte del Estado, y otros derechos, denominados de prestación, que implican una acción positiva de los poderes públicos. Éstos, a su vez, pueden ser de naturaleza procesal y política, por un lado, y los derechos sociales, que buscan garantizar la procura existencial de los seres humanos, por otro.<sup>3</sup>

Ahora bien, la Declaración no concede a los titulares de los derechos que reconoce un derecho de acción o de petición ante los órganos de la ONU para garantizar la tutela efectiva de los mismos; por ello, sigue siendo un problema conocer la obligatoriedad jurídico-internacional positiva de la Declaración, porque la Asamblea General de la ONU únicamente tiene competencia para hacer recomendaciones. No se discute la obligatoriedad moral de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero jurídicamente su significado no va más allá de proporcionar una pauta elevada de inspiración y un criterio superior de interpretación para los órganos llamados a configurar el derecho internacional positivo. La Declaración es expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU, y, en consecuencia, es fuente de un derecho superior o *higher law*, cuyos principios no pueden ser desconocidos por sus miembros. Su configuración vendrá posteriormente con un desarrollo convencional o consuetudinario, y en todo caso aplicándolo por vía judicial o arbitral.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Cfr. un desarrollo completo de la naturaleza jurídica de estas categorías de derechos en Osuna Patiño, N., *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, colección Temas de Derecho Público. De utilidad también la bibliografía allí citada, y Pérez Luño, A. E. (ed.), *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

<sup>4</sup> Cfr., en este sentido, Truyol y Serra, A., *Los derechos humanos...*, cit., pp. 30 y 31.

Con todo, y en el deseo de reforzar la Declaración y conseguir para los derechos en ella tutelados una efectiva fuerza vinculante, la Comisión de Derechos Humanos quedó encargada de elaborar una posterior definición. Así, en 1951, la Asamblea General decidió que se articulara en dos convenios, que fueron aprobados el 19 de diciembre de 1966 con el nombre de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; este último fue completado por un Protocolo facultativo. Dichos documentos son verdaderos convenios (*Covenants*) presentados a la firma y a la ratificación de los Estados y prevén mecanismos que tienden a asegurar la realización práctica de los derechos que en ellos se enumeran. Recogen los derechos enunciados en la Declaración pero introducen matices y alguna innovación. Por lo que se refiere a la cláusula de no discriminación por razón de raza, cabe destacar los artículos 2.1, 3o., 13 y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 2.2 y 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A diferencia de la Declaración, ambos convenios prevén mecanismos que tienden a asegurar la realización práctica de los derechos reconocidos. Pero esos mecanismos permanecen en el plano estrictamente internacional, siendo menor el papel de los particulares —titulares de los mismos— en su control. El Comité de Derechos Humanos que se establece en la parte IV del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos está facultado para recibir comunicaciones de quienes aleguen ser víctimas de la violación de alguno de los derechos reconocidos en dicho Pacto. Pero no se ha llegado a un auténtico control supranacional porque la decisión y las medidas correctoras dependen del Estado que ha aceptado el Protocolo. Buena prueba de la resistencia de los Estados a todo control supranacional fue el resultado de la votación de la resolución de la Asamblea General que aprobó el Protocolo Facultativo y que obtuvo un elevado número de abstenciones.

Los constitucionalistas preocupados en el análisis de la disciplina que se dedica al estudio de la libertad y de la igualdad so-

mos conscientes de que la proclamación de derechos, aunque sea realizada en textos grandilocuentes, ve reducida su relevancia si los derechos no vienen acompañados de las correspondientes garantías para su tutela efectiva; entre el amplio elenco que el derecho nos proporciona destacan, por su eficacia, las de naturaleza jurisdiccional. Pero en una sociedad globalizada y multicultural, de la era tecnológica, todo parece moverse y desarrollarse a escala mundial, menos las efectivas garantías de los derechos humanos; como sucediera en los albores del Estado liberal, el marco de referencia para las garantías de las libertades individuales sigue estando en los parámetros establecidos por el Estado-nación. Pues bien, mientras no se produzca la palingenesia del modelo de organización social y política en que se desenvuelven las democracias consolidadas de occidente,<sup>5</sup> cualquier estudio del significado y alcance de los derechos humanos en general, o de alguno de ellos en particular, requiere realizar un análisis global y pormenorizado. Por ello, en este trabajo nos vamos a ocupar de estudiar el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de raza, pero comenzaremos el análisis a nivel internacional, comentando el contenido de los textos que a dicho nivel lo reconocen, y descenderemos luego al nivel regional europeo (con sus normas e instrumentos de control), para terminar poniendo el acento en el marco del derecho español. En el caso de España, centraremos nuestro interés en el marco constitucional y en las garantías jurisdiccionales establecidas para su garantía y defensa.

<sup>5</sup> Un estudio muy completo y razonado sobre este tema lo realiza Vega García, P. de, “Mundialización y derecho constitucional: para una palingenesia de la realidad constitucional”, *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (en conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador florentino Donato Giannotti)*, Bogotá, UNAM, IEC, Carlos Restrepo Piedrahita, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, 1998, t. II, pp. 1509 y ss. No debe dejar de consultarse la amplia bibliografía citada a la hora de explicar la reducción que actualmente sufren los espacios políticos.

## II. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El constitucionalismo de la segunda posguerra se destaca porque elevó la dignidad de la persona humana a la categoría de núcleo axiológico constitucional y valor jurídico supremo del conjunto del ordenamiento jurídico, con carácter prácticamente general y en ámbitos socioculturales muy diferentes. Los horrores de la Segunda Guerra Mundial impactaron a toda la humanidad e inspiraron el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, que literalmente dice: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

A partir de aquí, en el artículo 1o. de dicha norma se proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Esos derechos humanos son inherentes a la dignidad del ser humano, se fundamentan en ella y a la vez son la clave de bóveda de toda la comunidad humana; entrañan, pues, la libre autodeterminación de toda persona a la hora de actuar en el mundo que la rodea.<sup>6</sup>

El constituyente español de 1978 consideró que la dignidad humana y los derechos inviolables que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 de la norma suprema). Entre los derechos inviolables se halla “la igualdad” (artículo 14 de la Constitución Española), que se proyecta como condición jurídica requerida por la propia idea de ser humano. La igualdad, que trasciende el plano de la práctica y se mezcla con el de la ética, significa paridad en cuanto al tratamiento de la dignidad humana y por ello equivalencia en cuanto a los derechos fundamentales se refiere. Éstos, que son corolario de la dignidad humana, permiten que en el ámbito de

<sup>6</sup> Cfr. Fernández Segado, F., “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, Milán, año L, núm. 2, mayo-agosto de 2003.

su ejercicio todos los seres humanos sean igualmente tratados por el derecho.<sup>7</sup>

Ahora bien, son múltiples las manifestaciones del principio de igualdad jurídica a comienzos del siglo XXI. Los distintos Estados del occidente democrático reconocen, en sus ordenamientos jurídicos, a la igualdad como un parámetro fundamental en el plano de la ética, de la política, del derecho, de la economía o de la sociedad. Se trata de un valor normativo y axiológico que inspira el desarrollo de los Estados sociales de derecho para avanzar hacia una mayor integración social, política, jurídica y económica. Pero no podemos olvidar que como categoría fundamental posee un carácter multiforme y complejo que la convierte en un concepto controvertido y polisémico.<sup>8</sup> Su utilidad como valor relacional es importante porque vivimos en sociedades profundamente desiguales en todas sus facetas, y porque en este mundo globalizado lo natural son las desigualdades que el sistema genera, creando un elevado número de excluidos y discriminados; lo artificial será la igualdad jurídica, que debe ser creada por el mundo del derecho. En ese proceso creativo, que implica el paso de la desigualdad real a la igualdad jurídica, desempeñan un papel relevante el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales.

Cuando la dogmática jurídica discute en la actualidad sobre los derechos fundamentales, el principio general de la igualdad ocupa un lugar destacado; se trata de uno de los derechos más invocados y recurridos y es la piedra angular de un elevado número de resoluciones judiciales. Teniendo en cuenta su escasa densidad normativa —no en vano se trata de una cláusula abs-

<sup>7</sup> Cfr. Recasén Siches, L., *Tratado general de filosofía del derecho*, México, UNAM, 1965, pp. 569 y ss. También Gálvez Montes, F.J., “Comentario al artículo 14”, en Garrido Falla, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 272 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. Aguilera Portales, R. E., “La multidimensionalidad de la igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental”, en Figueruelo, A. et al. (ed.), *Irregularidad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Granada, Comares, 2007, pp. 15 y ss.

tracta— nos hallamos ante un principio jurídico muy fecundo, cuya importancia es decisiva en el momento de su concreción.<sup>9</sup> Sólo a partir de un juicio de comparación podremos concluir si dos situaciones concretas pueden ser tratadas de forma igual o de manera diferente; la dificultad aparece cuando partimos de un juicio sobre la realidad pero carecemos de algún criterio empírico que nos permita sostener que dos situaciones concretas son idénticas cuando colocamos en el mismo plano categorías distintas. La coherencia del sistema normativo tampoco basta para expresar el contenido normativo de la igualdad, porque si se identifica con la prohibición de discriminaciones materiales, un análisis último obliga a efectuar un juicio de la realidad social y jurídica que le sirva de fundamento y con ello se impone el control de la adecuación al principio de igualdad de la diferencia de trato que se establece en el contenido de las leyes. Los parámetros para ello utilizados son los principios de *racionalidad*, de *razonabilidad* y de *proporcionalidad de la ley*.<sup>10</sup>

Cuando la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) fue aprobada, el principio de igualdad a nivel mundial, europeo y del derecho comparado ya había alcanzado cierto desarrollo, acorde con las manifestaciones de valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la CE), principio de igualdad formal ante la ley y derecho subjetivo (artículo 14 de la CE), al mismo tiempo que informa un buen número de derechos específicos recogidos en el texto constitucional.

El artículo 14 constitucional, cuyo contenido queda prácticamente definido desde el anteproyecto de la Constitución Española, dice así: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda

<sup>9</sup> Cfr. Villacorta Mancebo, L. Q., *Principio de igualdad y Estado social*, Cantabria, Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2006, pp. 12 y ss. Del mismo autor: “Aspectos de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 71-72, 2008, pp. 643 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. Suárez Pertierra, G., “Comentario al artículo 14 de la Constitución Española”, en Alzaga, Óscar (dir.), *Constitución Española de 1978. Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1984, t. II pp. 280 y ss. También Gálvez Montes, F.J., “Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, pp. 276 y ss.

prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El precepto transcrita cuenta con un doble contenido, pues, en principio, contiene una declaración general de igualdad ante la ley y a continuación recoge una cláusula donde se prohíbe la discriminación en determinadas circunstancias. Esos supuestos de no discriminación vienen a ser un reforzamiento del principio general y han ido apareciendo a lo largo de la historia cuando han sido objeto de reivindicaciones sociales y jurídicas. La prohibición de discriminación no significa la proscripción de elementos distintivos que pudieran afectar a sujetos; lo que la norma constitucional prohíbe es la discriminación, pero no la diferenciación entre situaciones objetivamente distintas. La diferenciación se distingue de la discriminación porque la primera se fundamenta en unos motivos de carácter subjetivo que no se dan en la segunda.<sup>11</sup>

Los beneficiarios del derecho a la igualdad y al trato no discriminatorio no son únicamente los españoles, sino que este derecho corresponde a todos los grupos humanos y no sólo a quienes gozan de personalidad jurídica; de ahí que en la Constitución Española queden prohibidos las distinciones fundadas en el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, etcétera. Titulares, en cambio, son únicamente las personas físicas o jurídicas que tienen jurídicamente reconocida la capacidad para obtener tutela jurisdiccional. Esa tutela procede no sólo cuando la discriminación afecta a una persona en particular sino también cuando el trato desigual le perjudique en cuanto miembro de un grupo. Viene al caso el artículo 9.2 de la Constitución Española, que ordena a los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...”.

<sup>11</sup> Cfr. Giménez Glück, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 33 y ss.

Poniendo en relación los artículos 14 y 9.2 de la Constitución podemos sostener la equiparación de los individuos y de los grupos sociales, que encuentra su importancia en el papel que en la actualidad desempeñan los colectivos sociales en relación con la consecución plena de la libertad y de la igualdad.<sup>12</sup>

Pero no sólo los españoles son titulares del derecho a la igualdad. También los extranjeros gozan de un estatus especial en virtud de la normativa constitucional y de la interpretación que de ella ha realizado su máximo intérprete. Es cierto que en el artículo 13.1 de la CE se dice que: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Al respecto, el Tribunal Constitucional consideró que existe una serie de derechos que al estar directamente vinculados con la dignidad humana (artículo 10.1 de la CE) no permiten que se realice un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros; aquí se ubican el derecho a la libertad y a la seguridad personal, los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad y a la libertad ideológica. También el derecho a la tutela judicial efectiva y *el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social* (entre otras, la STC 137/2000, del 29 de mayo).

En relación con lo antes dicho, los extranjeros, a pesar del sentido literal del artículo 14 de la CE, son titulares del derecho a la igualdad en los términos fijados por el legislador nacional e internacional. Su estatus es doble respecto al principio de igualdad ya que, por un lado, en los supuestos específicos de las cláusulas de no discriminación que la Constitución señala (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión...) el régimen jurídico es el mismo que el de los españoles, porque se trata de un derecho que afecta a la dignidad humana. Por otra parte, en el resto de los supuestos

<sup>12</sup> Cfr. Gálvez Montes, F.J., “Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, pp. 276 y 277. El autor destaca además que la discriminación jurídica comprende tanto la cometida por órganos estatales como la realizada por personas privadas. En el mismo sentido, Giménez Glück, D., *Juicio de igualdad..., cit.*, pp. 168 y 169.

disfrutan del derecho constitucional a la igualdad en virtud de lo establecido en las leyes y en los tratados internacionales; es decir, los no nacionales pueden alegar que han sufrido violaciones en sus derechos constitucionales siempre que se sientan discriminados y cuando en el derecho interno o el internacional consideren que la diferenciación establecida es discriminatoria.<sup>13</sup>

A la voluntad soberana del legislador le corresponde en un Estado democrático reflejar la voluntad de la mayoría, pero debe respetar los límites que el texto constitucional fija al reconocer una serie de derechos cuyo contenido esencial no puede ser limitado. La cláusula general de igualdad ante la ley no obliga a que todos seamos tratados por igual en las normas jurídicas. Ante lo inviable de la literalidad de la fórmula se impone una construcción alternativa: el juicio de igualdad implica un juicio de racionalidad en la clasificación legislativa y un juicio de proporcionalidad de la diferencia de trato. Estos juicios han de tener siempre presentes las clasificaciones legislativas que dan lugar a un juicio estricto de igualdad: sexo, raza, opinión, religión, nacimiento... y el resto de los derechos fundamentales.<sup>14</sup>

La doctrina no es unánime a la hora de entender la virtualidad jurídica de las cláusulas específicas de no discriminación. Entre las distintas manifestaciones destaca la postura conservadora que defiende que dichas cláusulas suponen un endurecimiento del juicio de igualdad al margen de quién sea el perjudicado o el beneficiario. Frente a esta idea, otros autores mantienen una postura progresista, minoritaria en España, y sostienen que los rasgos especialmente sospechosos de discriminación tratan de

<sup>13</sup> Cfr. Giménez Glück, D., *Juicio de igualdad...*, cit., pp. 37 y ss.; Borrajo Iniesta, I., “El status constitucional de los extranjeros”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, vol. II, p. 697; Asensi Sabater, J., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, Edijus, 2001.

<sup>14</sup> Cfr. Figueruelo Burrieza, Á., “La igualdad compleja en el constitucionalismo del siglo XXI (especial referencia a la no discriminación por razón de sexo)”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 38: *Los derechos sociales del siglo XXI*, enero de 2008, pp. 37 y ss.

impedir su utilización para perjudicar a grupos o colectivos que a lo largo de la historia han sido preteridos y marginados y que por esa situación de infravaloración no son capaces de defender sus intereses en el ámbito de las relaciones sociales y jurídicas. Así, para que las leyes puedan favorecer a esos colectivos se debe aplicar un juicio de mínimos, pues las cláusulas de no discriminación se crearon por la sospecha de que el legislador perjudicara a esos grupos desventajados.

Entre ambas teorías destaca otra que nos parece más acertada y que defiende una línea mixta que sostiene que las cláusulas específicas de no discriminación cumplen la función de proteger a determinados colectivos que por su situación histórica y social no pertenecen al grupo dominante que participa en la elaboración de las normas jurídicas. Por ello se debe endurecer el juicio de igualdad; la cláusula general de igualdad supone una presunción a favor del legislador y las cláusulas específicas de no discriminación cohesionan a ciertos colectivos que han sido históricamente discriminados por aquellos rasgos que les caracterizan. Si dichos rasgos se utilizan para desfavorecer a esos grupos se origina una fuerte presunción de inconstitucionalidad de la norma.<sup>15</sup>

Las cláusulas específicas de no discriminación están redactadas de forma neutra. Se alude al sexo, a la raza, al nacimiento, a la religión y opinión; no se usan los términos mujeres, minorías, hijos extramatrimoniales y colectivos que comparten ideologías y religiones minoritarias. Por ello no se puede tratar de la misma forma a los grupos socialmente favorecidos y a los desfavorecidos

<sup>15</sup> Además de esta garantía sometida al control del Tribunal Constitucional, el principio de igualdad, en su vertiente de derecho subjetivo, otorga a quienes han sufrido la discriminación en dicho derecho fundamental a la interposición de un recurso ordinario de amparo en principio, y de forma subsidiaria un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Cf., al respecto, Laporta, F. J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, núm. 67, 1985, pp. 5 y ss. El autor señala que el principio de igualdad es un enunciado normativo de carácter general y abstracto que no tiene una estructura diferente a la de las normas concretas. También Giménez Glück, D., *El principio de igualdad...*, cit., p. 35.

y tampoco cualquier medida a favor de estos últimos debe ser sometida a juicio de mínimos. La propia norma constitucional española, junto a la corrección de la desigualdad de los colectivos desfavorecidos, enumera de forma neutra y bidireccional aquellos rasgos que deben ser utilizados de tal manera que no quepan en clasificación legislativa alguna cuando esos colectivos alcancen la igualdad material. Por ello, la Constitución permite que nuestro alto tribunal realice un juicio estricto para las normas que perjudican a estos colectivos y un juicio intermedio para aquellas que los benefician. Este juicio intermedio da cobertura a la teoría de las acciones positivas y el endurecimiento del test de igualdad de la diferenciación en la norma, por la utilización del rasgo prohibido encuentra su apoyo normativo en el principio de igualdad material que reconoce el artículo 9.2 de la CE. Este principio quedará integrado en el juicio de igualdad como la finalidad que, con base en la Constitución, sirve para justificar dicho trato desigual.<sup>16</sup>

### III. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE RAZA

Se puede definir el concepto de discriminación como toda distinción perjudicial a pretexto de hechos no imputables al individuo y que deben ser irrelevantes desde el punto de vista social

<sup>16</sup> Cfr. Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986. Estos autores, seguidos por otros muchos laboralistas, han estudiado el derecho antidiscriminatorio y se decantan por defender una tesis dualista, separando claramente el principio de igualdad y el de no discriminación. Frente a la tesis dualista otros autores apuestan por la existencia de una única cláusula de igualdad y que los rasgos del artículo 14 constitucional tienen una simple naturaleza enunciativa. Cfr. Jiménez Campo, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 9, 1984, pp. 84 y ss.

La postura mixta la defiende D. Giménez Glück en su muy bien argumentado trabajo: *El principio de igualdad..., cit.*, pp. 172 y ss. Ideas muy parecidas defiende López Guerra, L., “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución”, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 25 y ss.

y jurídico o con el pretexto de pertenecer a categorías colectivas genéricas.<sup>17</sup>

Entre las categorías sospechosas de discriminación que el ordenamiento jurídico reconoce se encuentra la raza. Son muchas las normas internacionales, comunitarias y nacionales que se ocupan de prohibir este tipo de discriminación. Pero acercándonos al tema, con el ánimo de un estudio detallado, vemos que no se ha reflexionado seriamente sobre la cláusula constitucional que prohíbe la discriminación racial. Es muy escasa la doctrina que se pronuncia sobre este tema, el cual goza de una gran labilidad porque permite encubrir bajo otras apariencias dicho tipo de marginación; por ejemplo, como discriminación de minorías étnicas o culturales, o la discriminación por razón de la nacionalidad.<sup>18</sup>

El que la discriminación por razón de raza haya tenido un reconocimiento menor por parte de la doctrina se debe a que ha permanecido en la creencia errónea de que en nuestro ámbito geopolítico no se daban este tipo de problemas. Sin embargo, los problemas del desempleo, del descenso de la natalidad, el aumento de la inmigración... han hecho aparecer en los países industrializados estas cuestiones, y atendiendo a los mismos se olvidan otros que históricamente hemos tenido enquistados en nuestro país, como es el caso gitano, minoría étnica maltratada desde su llegada a nuestro país (hace más de quinientos años).<sup>19</sup>

A las dificultades teóricas para delimitar el tema se añaden otras de carácter técnico que hacen más difícil articular una verdadera protección jurídica frente a este tipo de discriminación.

<sup>17</sup> Esta definición nos la proporciona Recaséns Siches, L., *Tratado general de filosofía del derecho*, cit., p. 591.

<sup>18</sup> Cfr., en este sentido, Rey Martínez, F., “La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 57, 2003, pp. 63 y ss. También Asís Roig, A. E. de, “Discriminación por razón de raza”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 5, 1988, pp. 9 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. Rey Martínez, F., “La prohibición de discriminación...”, op. cit., pp. 64 y ss.

Entre ellas destaca el problema de discernir si estamos ante una categoría específica de discriminación o si estamos ante un supuesto reforzado de protección de la igualdad. El artículo 14 de la Constitución Española reúne en una sola norma jurídica la protección de la igualdad y la prohibición de discriminación. Esto puede inducir a pensar que ambas categorías se fusionan en una sola (no obstante, consideramos que se puede mantener la diferencia entre el principio de igualdad y las categorías sospechosas de discriminación, aunque éstas obtienen su protección procesal por medio de las garantías jurisdiccionales de dicho principio igualitario).<sup>20</sup>

El concepto de discriminación ha sido desarrollado principalmente en el ámbito del derecho internacional, que lo considera como un tratamiento diferenciado y peyorativo de una persona o grupo de personas. También se aprecia en las peculiaridades que presentan las técnicas de protección frente a la discriminación que atenta contra la dignidad humana; entre ellas se mencionan: la apreciación de la discriminación, la necesidad de un examen conjunto de las circunstancias concurrentes, las fórmulas de protección y la lucha contra esas situaciones.

De la definición utilizada y de las peculiaridades reseñadas podemos destacar que la discriminación se caracteriza porque: *a) supone una diferenciación de trato frente a la norma común que actúa contra el sujeto discriminado; b) la diferencia de trato afecta a seres humanos o grupos, en cuanto sujetos pasivos, y en cuanto a los sujetos activos traspasa el ámbito de las relaciones públicas y permea el de las relaciones entre particulares, y c) el resultado de la discriminación se traduce en una privación arbitraria de derechos sufrida por alguna de las categorías señaladas como sospechosas de discriminación.*<sup>21</sup>

En la práctica se debe hacer mención especial al sentido colectivo de los destinatarios de las cláusulas antidiscriminatorias.

<sup>20</sup> Asís Roig, A. E. de, “Discriminación por razón de raza”, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

<sup>21</sup> Rodríguez-Piñero, F. y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación...*, *cit.*, pp. 165 y ss.

Así, aunque en sede procesal la protección se realiza de forma individual, es la pertenencia a uno de esos grupos o colectivos lo que permite apreciar el carácter discriminatorio de una medida. De esta forma, es dicha pertenencia a un grupo la que otorga una protección especial a las minorías o grupos que se enmarcan en las categorías sospechosas de discriminación y se justifica la ampliación de la legitimación respecto a organizaciones que colaboren en la defensa de los derechos de los colectivos marginados.<sup>22</sup>

Cada una de las categorías sospechosas de discriminación, que las normas jurídicas recogen e intentan proteger con el principio de igualdad ante la ley (que encierra la cláusula general de la igualdad), tiene sus propias características. En el caso de la raza se trataría de dar un trato diferencial y peyorativo a los miembros de una comunidad racial. Pero como el concepto de raza es insostenible científicamente y no se limita a especies biológicas basadas en caracteres genéticos permanentes, debemos atenernos a la existencia de una comunidad históricamente diferenciada por su origen geográfico, por su lengua, cultura, etcétera. Todas estas variables se pueden intercambiar entre sí y pueden llegar a impedir, en algunos casos, apreciar la existencia de auténticas situaciones discriminatorias.

También es de tener en cuenta que en los casos de discriminación por razón de raza nos hallamos ante uno de los supuestos en los que la apreciación de sentido adquiere una importancia especial, ya que nos encontramos en un supuesto específico en que las situaciones individuales no pueden ser entendidas ni resueltas sin tener en consideración el grupo racial objeto de la discriminación. Por ello, las soluciones individuales no pueden llevar normalmente a la recuperación de la situación de equiparación; así lo ha demostrado la lucha, a lo largo de los últimos siglos, por los derechos de la minoría racial.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Asís Roig, A. E. de, *Discriminación por razón de raza...*, cit., p. 13.

<sup>23</sup> Cfr., al respecto, las opiniones de Asís Roig, A. E. de, *Discriminación por razón de raza...*, cit., y la amplia bibliografía española sobre el tema que allí se cita y que sirve para fundamentar sus argumentos.

Otro problema que guarda relación con los anteriores se halla en el peligro de derivar del concepto “raza” cualquier ideología racista basada en el convencimiento y la defensa de la superioridad de una raza respecto a las demás. Por este motivo, la expresión raza es un término contaminado que forma parte del acervo lingüístico acuñado por los distintos racismos que han existido en nuestra historia más reciente. En este contexto, lo importante no es el hecho biológico en sí —la existencia de razas— sino la construcción de una ideología discriminatoria a partir de ese hecho. Pensamos que hubiera sido más precisa la utilización en las normas jurídicas de la expresión “etnia” o “grupo étnico”, entendido como grupo social con identidad cultural, porque permite poner el acento en el carácter ideológico-político del grupo. No faltan autores que reconocen la existencia de un cierto paralelismo entre las expresiones sexo y género en el tema de la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres, y el de raza y grupo étnico cuando se habla de la discriminación de colectivos en situaciones de especial vulnerabilidad.<sup>24</sup>

El *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española define la expresión “raza” con varias acepciones; una de ellas precisa que se entiende por raza los “grupos de seres humanos que por el color de su piel y otros caracteres se distinguen en raza blanca, amarilla, cobriza y negra”. En esta definición se hace alusión únicamente al color de la piel. Esto es tan elemental que el estatuto científico del concepto raza alcanzaría niveles mínimos y su contenido científico dejaría de ser fiable, porque hay acuerdo general que desde el plano científico en el género humano no existen

<sup>24</sup> Cfr. Rey Martínez, F., “La prohibición de discriminación...”, *op. cit.*, pp. 65 y ss. El autor recoge las ideas de Manchado Ruiz, Ma. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002. Esta autora señala que: “El rasgo fundamental del racismo a lo largo de la historia ha sido que las diferencias, reales o inventadas, son irrelevantes. Es el afán de segregar por prejuicios o intereses lo que construye las diferencias y la discriminación del que se percibe diferente” (p. 213). También Stolke, V., “¿Es el sexo para el género como la raza para la etnicidad?”, *Mientras Tanto*, núm. 48, pp. 87-133.

razas en términos estrictamente biológicos. Pero al trasladar esa expresión a los textos normativos internacionales, comunitarios y nacionales, vemos cómo se va consolidando su manejo; mientras haya racismo en la sociedad será difícil erradicar la expresión raza para describir las agresiones causadas para producir discriminaciones étnicas. Éstas son demasiado genéricas para caracterizar los ataques a la dignidad de aquellas personas que tienen una identidad cultural distinta a la mayoritaria y también unos rasgos físicos perfectamente diferenciables que, aunque no puedan ser calificados como “raza”, sí permiten agresiones racistas dada su visibilidad clara y precisa. Quizá sea acertado sostener que aunque discriminación racial y étnica no son la misma cosa, y es más preciso el segundo término que el primero, la relación puede ser de género a especie. El género serían las discriminaciones étnicas y la especie las discriminaciones raciales.<sup>25</sup>

En el sentido que en el *Diccionario* de la Real Academia Española se da al término raza fue redactada la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América en 1868. Aquí nació la citada discriminación como consecuencia del desenlace de la Guerra de Secesión, que duró desde 1861 a 1865. La Constitución recogió la igualdad entre razas con la intención de que los Estados sureños no mantuvieran discriminaciones legales contra los negros. Por su parte, la enmienda decimotercera prohibía la esclavitud en el territorio de los Estados Unidos y la decimoquinta señalaba que el derecho de sufragio no podía ser limitado por razón de raza. La ventaja de la enmienda decimocuarta sobre las otras dos radica en su carácter general, de tal manera que, aunque en su origen se halla la discriminación por razón de raza, a lo largo del siglo XX ha sido utilizada como cláusula general de igualdad.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Cfr., en este sentido, la opinión de Rey Martínez, F., “La prohibición de discriminación...”, *op. cit.*, pp. 66 y 67.

<sup>26</sup> La decimocuarta enmienda, en su sección primera, dice: “Todas las personas nacidas o nacionalizadas en Estados Unidos, y sujetas, por tanto, a su jurisdicción, son ciudadanos de Estados Unidos y del estado donde residan. Nin-

El contenido de dicha enmienda, por su carácter constitucional, no vinculaba a los particulares, sólo a los poderes públicos, y de entre éstos sólo se podían fiscalizar los actos de los poderes públicos de los estados; el Estado Federal no estaba vinculado y podía seguir discriminando a la minoría negra. De ahí que a pesar de que en la decimocuarta enmienda se prohibía expresamente la discriminación contra la minoría negra en las leyes, su aplicación en la realidad legislativa del país fue prácticamente nula hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Dicha enmienda fue burlada cotidianamente por los estados bajo la ficción legal de “separados pero iguales”, formulada por la sentencia del Tribunal Supremo *Plessy v. Ferguson*. El espíritu antidiscriminatorio de la enmienda se apreció gracias a la sentencia del Tribunal Supremo *Korematsu v. United States*, que por vez primera aplicó la técnica del juicio estricto a las diferenciaciones normativas basadas en la raza. Aunque verdaderamente revolucionaria en este tema fue la sentencia *Brown v. Board of Education* que versó sobre la separación de negros y blancos en las escuelas públicas.

Coincidiendo con su relanzamiento en los Estados Unidos de América, la cláusula de no discriminación por razón de raza, de una forma reiterada y constante, comienza a ser introducida en los textos internacionales y en Europa a partir de los años cuarenta del pasado siglo XX.

#### IV. LA ACCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, los Estados que firmaron la Carta de Naciones Unidas en 1945 mantuvieron su

gún estado podrá promulgar ni promover ley alguna que limite los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco ningún Estado podrá cercenar la vida, libertad o propiedad de ninguna persona sin el procedimiento debido; ni podrá denegar a persona alguna bajo su jurisdicción la igualdad ante la ley”. Cf. Meyer, Hermine Herta, *The History and Meaning of the Fourteenth Amendment*, Nueva York, Vantage Press, 1977. En esta obra se expone detalladamente todo el proceso de elaboración de la decimocuarta enmienda.

fe en la dignidad de la persona humana y en sus derechos. Era preciso un gran esfuerzo para fijar las reglas de conducta en las que se inspiraban todos los pueblos y todas las naciones. A este espíritu obedece la ONU (Organización de las Naciones Unidas), cuyo objetivo principal es la protección y promoción de los derechos humanos. Fue la Asamblea General de la ONU la que aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la que se reconoce que el respeto de los derechos inalienables de todos los seres humanos constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. En su seno se establecieron seis órganos principales: la Asamblea General, la Secretaría, el Consejo de Seguridad, la Corte Internacional de Justicia, el Consejo de Administración Fiduciaria y el Consejo Económico y Social.

Siguiendo el mandato de los artículos 57 y 63 de la Carta de la ONU se crearon varios organismos especializados que aunque son autónomos colaboran con la ONU y entre sí a través del mecanismo coordinador del Consejo Económico y Social. Dentro de los organismos especializados, tanto la OIT (Organización Internacional del Trabajo) como la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) han tenido una actuación decisiva en materia de derechos humanos.

En las declaraciones, pactos y convenciones que se han ido elaborando desde la creación de las Naciones Unidas, los Estados han aceptado que todos los miembros de la familia humana tienen derechos iguales e inalienables y se han comprometido a defender y garantizar esos derechos. Una de las dificultades principales para el pleno ejercicio de los mismos la hallamos en la persistente discriminación racial. Debido a la injusticia que ésta supone y a los peligros que representa, su eliminación se ha convertido en una meta de las Naciones Unidas. Ante la preocupación internacional por la discriminación racial, la Asamblea General de la ONU —en 1963— aprobó oficialmente la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de la cual destacan cuatro aspectos principales:

- 1) Cualquier doctrina que mantenga la diferenciación o superioridad racial es científicamente falsa, moralmente condenable, injusta y peligrosa para la sociedad y no hay ningún fundamento para defenderla ni en la teoría ni en la práctica.
- 2) La discriminación racial y las políticas públicas basadas en el odio racial violan los derechos humanos y ponen en peligro las relaciones entre los pueblos, la cooperación entre las naciones, la paz y la seguridad internacionales.
- 3) El perjuicio causado por actos discriminatorios, fundados en la raza, revierten no sólo sobre quienes son objeto de ella sino también sobre quienes los practican.
- 4) Uno de los objetivos fundamentales de la ONU es la consecución de una sociedad universal libre de todas las formas de segregación y discriminación raciales que son factores de odio y división.

En 1965, la Asamblea General proporcionó a la comunidad mundial un instrumento jurídico al aprobar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, por la cual se fijan las medidas que los Estados acuerdan adoptar (una vez ratificada la Convención) para eliminar la discriminación racial. Gracias a esa Convención los Estados partes se comprometen a no incurrir en actos o prácticas de discriminación racial contra personas, grupos o instituciones y a tratar de conseguir que las autoridades e instituciones públicas hagan lo mismo. Tampoco defenderán o apoyarán la discriminación racial practicada por personas u organizaciones públicas o privadas. Revisarán las políticas públicas y derogarán o reformarán las normas que permitan la discriminación racial. Prohibirán la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones y estimularán organizaciones y movimientos multirraciales e integracionistas dirigidos a eliminar las barreras entre las razas.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Para un desarrollo amplio de estos temas puede verse el trabajo de Barreiro, Clara, *Derechos humanos*, Barcelona, Salvat, 1980.

Esta Convención entró en vigor en 1969 después de haber sido ratificada por 27 Estados. Es la Convención más antigua de las que la ONU ha aprobado sobre derechos humanos y es la que ha sido ratificada por un mayor número de Estados. Además de definir las obligaciones de los Estados partes, gracias a ella se creó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Fue el primer órgano creado por las Naciones Unidas para vigilar y examinar las medidas adoptadas por los Estados para cumplir con las obligaciones que les competen en virtud de un acuerdo concreto sobre derechos humanos. Su introducción en el texto de la Convención se debió a la Tercera Comisión de la Asamblea General de la ONU, con la intención de disponer de medios eficaces para hacerla cumplir.

En la Convención se establecen tres procedimientos para que el Comité pueda examinar las medidas de naturaleza jurisdiccional o administrativa que adopten los Estados para cumplir con sus obligaciones en la lucha contra la discriminación racial. El primer procedimiento exige que todos los Estados que han ratificado la Convención presenten informes periódicos al Comité. En segundo lugar, la Convención establece la posibilidad de que un Estado presente denuncias contra otro. Y el tercer procedimiento prevé que una persona o grupo de personas que aleguen ser víctimas de discriminación racial pueden presentar una denuncia al Comité contra su Estado, siempre que éste sea parte en la Convención y haya declarado reconocer la competencia del Comité para recibir tales denuncias. Se compone de dieciocho expertos de gran prestigio moral y reconocida imparcialidad y se trata de un órgano autónomo con vínculos claros con las Naciones Unidas. Debe presentar informes sobre sus actividades a la Asamblea General a través del secretario general y mantiene un diálogo con la Tercera Comisión de la Asamblea General, incluyendo acuerdos de cooperación también con la OIT y con la UNESCO.

Después del Año Internacional de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial (1971), las Naciones Unidas

instituyeron dos decenios de la lucha contra el racismo y la discriminación racial (1973-1983 y 1983-1993). Bajo los auspicios de la ONU se celebraron en 1978 y 1983 conferencias mundiales para combatir el racismo y la discriminación racial. En estas iniciativas ha participado estrechamente el Comité, que es un órgano permanente que cuenta con una gran aceptación. Así, ha publicado estudios en relación con las conferencias y los decenios en los que se analizan las medidas adoptadas para tratar de eliminar la discriminación racial en el plano internacional: enseñanza, educación, cultura, medios de comunicación... Los problemas principales a los que debe hacer frente son: la negativa o el retraso de algunos Estados partes a presentar los informes periódicos (deben hacerlo cada cuatro años), que son el elemento clave para la tarea de vigilancia del Comité, y la dificultad de obtener los medios financieros para cubrir los gastos de sus miembros, que corren a cargo de los Estados partes y no se cubren con el presupuesto ordinario de las Naciones Unidas. Los Estados partes tardan a veces demasiado tiempo en hacer efectivas las sumas adeudadas.<sup>28</sup>

En línea con la normativa anterior, el 30 de noviembre de 1973 fue aprobada la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid. Fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 3068. Su entrada en vigor, de acuerdo con el artículo XV de dicha norma, tuvo lugar el 18 de julio de 1976. Gracias a esta Convención, los Estados partes declaran que el apartheid es un crimen contra la humanidad y que las políticas y prácticas de segregación y discriminación racial son crímenes que violan los principios del derecho internacional, y en particular los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, que busca el respeto universal de los derechos y libertades de todos los seres humanos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma

<sup>28</sup> Cfr. Gros Espiell, H., *Estudios sobre derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto de Derechos Humanos, 1985.

o religión... El crimen del apartheid incluye las políticas y prácticas de segregación y discriminación racial tal y como se practican en el África meridional y comprende todos los actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo al que opriime sistemáticamente.

En esta Convención los Estados partes se obligan a adoptar toda clase de medidas necesarias para reprimir e impedir el crimen de apartheid y las políticas segregacionistas similares y a castigar a las personas culpables de tal crimen y acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la Convención, al margen de que esas personas residan o no en el territorio del Estado en que se han cometido los actos, sean nacionales de ese Estado o sean personas apátridas. Conocerá de esas causas un tribunal competente de cualquier Estado parte en la convención que tenga jurisdicción sobre esas personas o cualquier tribunal penal internacional cuya jurisdicción haya sido reconocida por los Estados partes en la Convención.

La UNESCO es un organismo especializado, con sede en París, creado el 4 de noviembre de 1946 con el propósito fundamental de “contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales que sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo” (artículo I de su Constitución).

Desde su fundación ha tomado como bandera el combate al racismo y a toda forma de discriminación mediante la adopción de una serie de instrumentos internacionales como: la Declaración sobre los Principios Fundamentales Relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional, a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el Apartheid y la Incitación a la Guerra, del 28 de noviembre de 1978.

También aprobó declaraciones sobre la raza y los prejuicios raciales en 1950, 1951, 1964, 1967 y 1978, así como sus diferentes recomendaciones.

Merecen especial consideración las declaraciones sobre la raza y los prejuicios raciales porque han sido el resultado de investigaciones que la UNESCO ha patrocinado y proceden de un Comité de Expertos reunidos a título personal con el fin de proponer y recomendar la adopción general de un programa de difusión de hechos científicos, destinados a hacer desaparecer lo que se suele llamar prejuicios raciales. La primera reunión de expertos se celebró en 1950 y obtuvo como resultado la Declaración sobre la Raza de ese mismo año, en la que se rechaza la idea de que dentro de la especie humana existen diferencias fundamentales basadas en la raza, y condenan las teorías que defienden la superioridad de unas razas sobre otras. La segunda reunión se celebró en 1951 y llegó a las mismas conclusiones que la primera. La tercera reunión de expertos deja a un lado el aspecto biológico y antropológico del problema y se fija en la situación económica y social de las distintas comunidades.

El tema del racismo se aborda con mayor amplitud aún en la IV reunión, que tuvo lugar en 1967, y se define al racismo como “las creencias y actos antisociales basados en la falacia de que las relaciones discriminatorias entre grupos puedan justificarse por motivos biológicos”. Se aprecia en esta reunión el origen social del problema y se recomienda a todos los países que emprendan acciones educativas y en materia económica y social para formar en la igualdad y así erradicar el racismo. La Conferencia General de la UNESCO de 1978 culminó este camino con la V Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales. Los estudios del Comité de Expertos y de otros científicos especialistas rechazaron las tesis realistas y demostraron la unidad de la especie humana. El esfuerzo realizado aparece recogido en la citada Declaración que ofrece una definición más completa de racismo. Éste viene a ser “toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho a

dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los principios morales y éticos de la humanidad” (artículo 2o.).

La Declaración queda estructurada en diez artículos que muestran la firme convicción de que todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen idénticos orígenes. Así queda condenado el racismo, la discriminación racial y el crimen del apartheid; los Estados son los responsables en la aplicación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por todos los individuos y grupos humanos en condiciones de plena igualdad en dignidad y derechos.<sup>29</sup>

## V. LAS ACCIONES CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL ÁMBITO EUROPEO

La Comunidad Económica Europea nació con una clara vocación económica y no política. De ahí la inexistencia durante muchas décadas de declaraciones expresas de derechos y la tutela pretoriana de los mismos llevada a cabo por el Tribunal de Luxemburgo. Ese déficit democrático se hizo notar también en el ámbito de la discriminación racial, en el que hasta fechas recientes no han existido normas vinculantes. En 1986 las instituciones europeas hicieron una Declaración Conjunta contra el Racismo y la Xenofobia, donde condenaron todo tipo de manifestación de intolerancia racial e instaron a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar la igualdad de razas en el territorio de la Unión. También el artículo 13 del TCE, en la redacción dada por el Tratado de Ámsterdam, faculta al Consejo para adoptar acciones para luchar contra la discriminación de origen racial o

<sup>29</sup> Un desarrollo amplio de estos temas puede verse en Lefait, Philippe, *Science and Racism*, Ginebra, UNESCO, 1982. También en Genovés, Santiago, *Razas, racismo y el cuento de la violencia*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992.

étnico, a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo y por unanimidad.

El Consejo, aprovechando esa facultad, aprobó la Directiva 2000/43/CE, del 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. Este texto normativo ha sido traspuesto a la normativa estatal española mediante una enmienda del Grupo Popular en el Senado al Proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que acompaña al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2004. La importancia de esta Directiva no se discute porque prohíbe directamente la discriminación directa, indirecta y el acoso por razón de origen racial o étnico; se ocupa de definir estos conceptos y excluye de su objeto la diferencia de trato por motivos de nacionalidad; permite las acciones positivas; regula la inversión de la carga de la prueba, y concede un soporte normativo a la jurisprudencia previamente elaborada por la mayoría de los tribunales constitucionales de los Estados miembros.<sup>30</sup>

Sin duda alguna, lo más innovador de esta Directiva es la previsión de la creación por parte de los Estados miembros de un organismo que se encargue de prestar asistencia a las víctimas de la discriminación racial, de realizar estudios y de publicar los correspondientes informes; hay países, como España, que aún no han procedido a dar respuesta a esta exigencia.<sup>31</sup>

La Carta Europea de los Derechos Fundamentales fue proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000. Actualmente se trata de un texto normativo de carácter programático que alcanzará su obligatoriedad jurídica cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa, quizá a lo largo de 2009. Mientras tanto, su objetivo de lograr subsanar el déficit democrático de la Unión Euro-

<sup>30</sup> Un estudio pormenorizado y crítico sobre los contenidos de esta Directiva puede verse en el trabajo de Rey Martínez, F., “La prohibición de discriminación...”, *op. cit.* En el tema que nos ocupa son de interés las pp. 91-103.

<sup>31</sup> Para una crítica a este tema véase la opinión de Giménez Glück, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional, cit.*, pp. 190 y 191.

pea se logra a través de la función de los operadores públicos. En su artículo 21, en el marco del capítulo III que regula “La igualdad”, se prohíbe, en su apartado 1, “toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. En el apartado 2 se añade: “Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos tratados”.<sup>32</sup>

En marzo de 2007, y bajo la presidencia alemana, los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea firmaron la Declaración de Berlín con ocasión de celebrar el cincuenta aniversario de la firma de los Tratados de Roma. En dicho texto se proclama que “el ser humano es el centro de todas las cosas, que su dignidad es sagrada y que sus derechos son inalienables”. Estos derechos son los mismos para mujeres y hombres. Y porque la Unión Europea se funda en la igualdad de derechos y la convivencia solidaria hay que luchar juntos defendiendo las libertades y los derechos ciudadanos, incluso en el combate contra sus enemigos. *Nunca más debe dejarse una puerta abierta al racismo y a la xenofobia.*

La Unión Europea deberá seguir promoviendo la democracia, la estabilidad y el bienestar allende sus fronteras. Sólo así Europa será un futuro común.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Cfr. nuestro estudio Figueruelo Burrieza, Á., “La protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 315 y ss. Véase la bibliografía allí citada. También Figueruelo Burrieza, Á., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la función de los operadores públicos”, *Letras Jurídicas (Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana)*, Xalapa, Veracruz, México, año 2, núm. 5, 2002, pp. 15 y ss.

<sup>33</sup> Un estudio amplio sobre los contenidos de la Declaración de Berlín y su significado y alcance puede verse en Granell Trías, F., “La Declaración de Ber-

Al analizar las acciones contra el racismo en Europa, no podemos dejar de aludir al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE del 10 de octubre). Los gobiernos signatarios de este Convenio son miembros del Consejo de Europa y siguen la estela de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos que en ella se enuncian. Por ello se adhieren a esas libertades fundamentales en cuanto base de la justicia y la paz en el mundo y se comprometen a tomar las medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de alguno de los derechos enunciados en la Declaración Universal. En esa línea, reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción una serie de derechos y libertades que se contiene en el título I de dicho Convenio. El artículo 14 prohíbe la discriminación y dice así: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

El título II del Convenio, artículos 52 a 59, regula la composición, competencias y funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano de naturaleza jurisdiccional encargado de otorgar la correspondiente tutela efectiva a los derechos reconocidos en el Convenio.

Hasta fechas recientes la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 del Convenio había sido entendida por el Tribunal de Estrasburgo como que discriminar significa “tratar de modo diferente, sin justificación objetiva y razonable a personas situadas en situaciones sustancialmente similares”. También hay discrimina-

lín a los cincuenta años de los Tratados de Roma”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, núm. 26, 2007, pp. 47 y ss.

ción cuando los Estados no traten de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas cuyas situaciones son sustancialmente distintas. Así las cosas, habría que tratar jurídicamente mejor a cualquier persona que en una situación comparable se halle peor situada. Nos encontramos de este modo ante el principio de igualdad material en cuanto activo del postulado del Estado social de derecho.<sup>34</sup>

La jurisprudencia de este Tribunal sobre la prohibición de discriminación del artículo 14, aunque tiene coherencia interna, ha sido calificada como “de baja intensidad” porque no distingue el concepto general de igualdad del de interdicción de discriminación por determinados rasgos sospechosos, entre los que se encuentra la raza y ante los cuales no debería bastar el criterio de la razonabilidad, sino que el juicio debería completarse con los criterios de la proporcionalidad o escrutinio directo.<sup>35</sup> El propio Consejo Europeo ha intentado superar los contenidos del artículo 14 del Convenio y de su interpretación por parte del Tribunal Europeo a través de la aprobación del Protocolo número 12, que fue abierto a la firma el 4 de noviembre de 2000 y que ha entrado en vigor el 4 de octubre de 2005. En España lo hizo el 10. de abril de 2005. Este Protocolo reconoce una prohibición de discriminación amplia que no queda reducida a los derechos reconocidos en el Convenio y en sus protocolos. En el Informe Aclaratorio oficial de este Protocolo se destaca la escasa operatividad actual del artículo 14 del Convenio, así como la singularidad de que no reconozca un principio general de igualdad, a diferencia de lo que sucede con el resto de los textos internacionales sobre la ma-

<sup>34</sup> La jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos puede consultarse en el exhaustivo y completo estudio al respecto que realiza Carmona Cuenca, E., “La prohibición de discriminación (art. 14 CEDH y Protocolo 12)”, en García Roca, J. y Santolaya, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2005, pp. 665 y ss.

<sup>35</sup> Cf. las opiniones críticas sobre este aspecto de Rey Martínez, F., “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 79, 2007, pp. 280-285.

teria. También se pone de manifiesto su incapacidad para distinguir los diversos tipos de discriminación y la débil interpretación que el Tribunal de Estrasburgo ha realizado de dicha disposición en relación con las discriminaciones raciales y sexuales.<sup>36</sup>

Llama, pues, la atención la intensa actividad desarrollada por el Consejo de Europa a favor de la igualdad entre mujeres y hombres y en contra del racismo y la xenofobia y la escasa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en estas importantes materias. Así, el artículo 1o. del Protocolo número 12 dice expresamente: “El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones públicas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación”. A partir de este Protocolo se sientan las bases para un desarrollo más completo de la prohibición de la discriminación sexual, racial, etcétera, en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Debemos confiar en la erradicación de la discriminación racial porque estigmatiza a las víctimas que la sufren y las convierte en minorías aisladas y sin voz. En los Estados Unidos de América el derecho antidiscriminatorio halla su origen en la lucha contra la discriminación racial.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> También sorprende que la tutela frente a las discriminaciones raciales haya sido tan escasa y vacilante porque, como señala R. Dworkin, este tipo de discriminación es la más odiosa de todas porque expresa desprecios, es profundamente injusta y desestructura las vidas de sus víctimas... porque les priva de las oportunidades que otros tienen abiertas y les daña en sus proyectos y en las esperanzas que puedan concebir. Dworkin, R., *Sovereign Virtue, the Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000, p. 407.

<sup>37</sup> La teoría del estigma se debe a Karst, Kenneth L., “Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment”, *Harvard Law Review*, vol. 91, 1977, pp. 1-68. Por ello, y con base en esta teoría, no faltan autores que defienden que las normas contra la discriminación racial deben ser más incisivas que en otro tipo de discriminaciones. Cf. Rey Martínez, F., *La discriminación racial en la jurisprudencia...*, cit., p. 285.

No ha sido muy abundante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de discriminación racial. Hay trabajos doctrinales<sup>38</sup> que se han ocupado de su estudio y las agrupan en torno a distintos escenarios de conflicto. Así, agresiones racistas por agentes de la autoridad, donde los ataques van dirigidos contra miembros de las minorías étnicas, casi siempre gitanos. En los asuntos Velikova contra Bulgaria, del 18 de mayo de 2000, y Anquelova contra Bulgaria, del 13 de septiembre de 2002, el Tribunal se enfrentó a las alegaciones de móviles racistas en las muertes de algunas personas gitanas en dependencias policiales. En el caso Bekos y Kontropoulos contra Grecia, del 13 de diciembre de 2005, se trató de actos de brutalidad policial durante la detención por móviles racistas. Otro escenario de conflicto son las agresiones racistas vecinales y la deficiente tutela judicial posterior que se aprecia en el caso Moldovan y otros contra Rumania, con fecha 12 de julio de 2005, donde también la comunidad gitana sufrió los actos discriminatorios. La discriminación en fronteras se aprecia en el asunto Timishev contra Rusia, del 13 de diciembre de 2005, donde el Tribunal examina la negativa a admitir chechenos en una frontera rusa.

En 2001 el Tribunal de Estrasburgo pronunció cinco sentencias (casos Beard, Coster, Chapman, Jane Smith y Lee contra Reino Unido) sobre expulsiones de terrenos de su propiedad de una serie de caravanas en las que vivían miembros de la etnia gitana. Sólo se alegaban razones urbanísticas para dichas expulsiones. La discriminación racial y la imparcialidad judicial en juicio por jurados pueden apreciarse en las sentencias Remli contra Francia, del 30 de marzo de 1996, Gregory contra Reino Unido,

<sup>38</sup> Cfr. Rey Martínez, F., *La discriminación racial en la jurisprudencia..., cil.*, pp. 285 y ss. De forma detallada y crítica el autor de este trabajo comenta los escenarios de conflicto en materia de discriminación racial y pone de relieve que en este tema, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha sido “por lo común de baja intensidad, muy desigual y sin un marco conceptual convincente”. Especialmente crítico se manifiesta con la sentencia del caso Ostrava, que afortunadamente ha sido corregida por la sentencia de la Grand Chamber del 13 de noviembre de 2007.

del 25 de febrero de 1997, y Sander contra Reino Unido, del 9 de mayo de 2000. El discurso racista y la libertad de información se aprecian en la sentencia Jersild contra Dinamarca, del 23 de septiembre de 1994.

Todos estos conflictos se resolvieron de forma más o menos acertada; lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de discriminación racial ha ido ganando en intensidad, por lo que se refiere a la protección de minorías étnicas, a partir de la sentencia Nachova de 2005. Sin embargo, un paso atrás en estos avances lo supuso el caso D.H. y otros contra la República Checa, con fecha 7 de febrero de 2006. En este conflicto, el Tribunal Europeo desestimó una demanda contra dicho Estado que había sido presentada por dieciocho gitanos de nacionalidad checa por haber sido discriminados por motivos de raza en el ejercicio de su derecho a la educación. Los demandantes habían sido ubicados en escuelas especiales de Ostrava, dirigidas a niños con dificultades de aprendizaje que no podían acudir a escuelas ordinarias. Los padres de los demandantes, que habían aceptado que sus hijos asistieran a dichas escuelas especiales, solicitaron posteriormente la reconsideración de esa decisión porque desconfiaban del examen psicológico realizado para medir la capacidad intelectual de sus hijos y porque no se les había informado de las consecuencias que se derivaban para los mismos por haberse formado en una escuela especial. La solicitud fue denegada por defecto de forma y frente a dicha denegación plantearon demanda constitucional, alegando violación de sus derechos en el sistema educativo por segregación racial. El Tribunal de Estrasburgo analizó la posible violación del artículo 14 del Convenio en relación con el derecho a la educación del artículo 2º. del Protocolo Primero y después de recordar la jurisprudencia general que ha mantenido sobre el artículo 14 (discriminación como diferencia de trato no razonable y amplio margen de apreciación estatal) concluye que aunque los datos estadísticos sobre la educación de los niños gitanos en la República Checa son preocupantes y que su ecuación no es perfecta, las medidas que se

han adoptado contra los demandantes no son discriminatorias y que el envío de los niños gitanos a escuelas especiales no es resultado de un prejuicio racial. En consecuencia, no se ha producido violación del artículo 14 en relación con el artículo 2o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El juez Costa formuló un voto concurrente a la decisión de la mayoría y el juez Cabral Barreto redactó un voto discrepante en el que se pronuncia a favor de reconocer que dicha violación sí se había producido; fundamenta su razonamiento jurídico en el tema de las discriminaciones positivas que se originan cuando los Estados no tratan de modo diferente a personas cuyas situaciones son significativamente distintas sin una justificación objetiva y razonable. Previamente, el Tribunal siempre se había enfrentado a asuntos donde se trataba de discriminaciones directas evidentes. En el caso Ostrava aparece por vez primera un asunto de discriminación indirecta porque se aplica un criterio jurídico neutro y no sospechoso (capacidad intelectual de los niños no fundada en la raza) que produce un resultado perjudicial para la minoría gitana, en comparación con el grupo social mayoritario. Pareciera que sobre este asunto se proyecta la sombra alargada de la doctrina Plessy (separados pero iguales) emanada del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la sentencia pronunciada en 1896.

La Sala Grand Chamber del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia del 13 de noviembre de 2007, ha rectificado el grave error de la sentencia Ostrava y el retroceso frente a la protección en casos de discriminación racial o étnica. Se declara que se ha vulnerado el artículo 14 del Convenio, relativo a la prohibición de discriminación en relación con el artículo 2o. del Protocolo 1 Adicional al Convenio, que regula el derecho a la instrucción, derivado de la injustificada y desproporcionada escolarización de los niños gitanos en establecimientos especiales. La Gran Sala aprecia falta de justificación objetiva y razonable del gobierno checo para explicar la diferencia de trato operada con base en la necesidad de adaptar el proceso de educación por

razón de necesidades educativas específicas, relativas al nivel y a la capacidad intelectual. Así pues, cuando el efecto discriminatorio de una legislación ha sido demostrado no es necesario probar que las autoridades afectadas estaban animadas de una intención discriminatoria. En este caso, las pruebas presentadas por los recurrentes evidencian que nos encontramos ante un caso de discriminación indirecta que remite la carga de la prueba al gobierno checo, que es quien debe demostrar que esta diferencia de efectos de la legislación es resultado de factores objetivos no vinculados al origen étnico. En los casos de diferencia de trato basada en la raza, el color o el origen étnico, la noción de justificación objetiva y razonable debe ser interpretada de la manera más estricta posible.

Con este pronunciamiento de la Grand Chamber se ha vuelto a la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia del caso Nachova. Cabe esperar que la aplicación del artículo 14 del Convenio en materia de discriminación racial consolide su rumbo garantista.

## VI. LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL CASO ESPAÑOL

La Constitución Española de 1978, por lo que respecta al tema que nos ocupa, está directamente influenciada por los textos internacionales y europeos que regulan la no discriminación por razón de raza y sigue muy de cerca el contenido normativo del artículo 3º. de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y el artículo 3º. de la Constitución italiana de 1947. Ambas normas recogen expresamente la raza como una de las cláusulas específicas de no discriminación. El marco normativo contra la discriminación racial en nuestro país lo compone una serie de normas de carácter internacional,<sup>39</sup> comunitario y nacional que prohíbe

<sup>39</sup> El artículo 96 constitucional recoge la teoría monista de derecho internacional y prescribe que “los tratados internacionales válidamente celebrados,

el racismo. La normativa nacional está encabezada por los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, que, respectivamente, regulan el principio de igualdad material y formal ante las leyes. También hay manifestaciones sobre este tema en el Código Penal, en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley Orgánica 4/2000, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España.

A pesar de la abundancia normativa los resultados jurisprudenciales al respecto no dan el nivel que cabía esperar. Los pronunciamientos de jueces y tribunales no han sido satisfactorios ni en control ni en calidad sobre las discriminaciones raciales.<sup>40</sup> Debemos aclarar también que a la luz de los debates en sede constituyente y de la posterior jurisprudencia constitucional sobre el tema, con el término raza se quiso aludir al concepto de etnia, que es mucho más amplio porque se puede aplicar a cualquier grupo desventajado que se vea como diferente. No cabe duda que la minoría gitana, de nacionalidad española, tiene cierta entidad en nuestro país. También conviene resaltar que poniendo en relación la cláusula general de igualdad del artículo 14 con las categorías sospechosas de discriminación, cabe concluir que serán inconstitucionales todo tipo de desventajas legales para miembros de otras razas, aunque sean extranjeros. El régimen de éstos, en cuanto a la discriminación racial, debería ser el mis-

una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del derecho interno". Además, en el artículo 10.2 se reconoce una cláusula de internalización de los derechos humanos en virtud de la cual las normas que se refieren a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de acuerdo con los contenidos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y todos los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia que España ha suscrito. *Cfr.*, al respecto, Ruiz-Giménez Cortés, J., "Comentario al artículo 10", en Alzaga, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1984, t. II, pp. 130 y ss. También Garrido Falla, F., "Artículo 10", *Comentarios a la Constitución*, 3a. ed., Madrid, 2001, pp. 200 y ss. También Mangas Martín, A., "Cuestiones de derecho internacional público en la Constitución Española de 1978", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 61, 1980.

<sup>40</sup> Seguimos la opinión bien fundada y argumentada de Rey Martínez, F., "La prohibición de discriminación...", *op. cit.*, pp. 80 y 81.

mo que el de los españoles, porque es un derecho que afecta a la dignidad humana. Sin embargo, en la práctica, tanto el legislador como los poderes públicos han actuado en este tema de forma desigual, y así, a través de las leyes de extranjería y de las actuaciones judiciales y policiales, se ha ejercido durante años un cierto racismo institucional contra los inmigrantes. Sigue que aunque la doctrina sostiene que la cláusula específica de no discriminación por razón de raza afecta tanto a los españoles como a los extranjeros, el problema respecto a estos últimos se genera cuando el ordenamiento jurídico permite cierta diferencia de trato respecto a los no nacionales.<sup>41</sup>

Destacan algunos pronunciamientos de los tribunales ordinarios que han sido analizados con detalle por la doctrina. Así, la sentencia del 13 de enero de 1988 de la Sala 5a. del Tribunal Supremo versa sobre la adecuación al principio de no discriminación por razón de raza de la construcción de un foso alrededor de una zona de chabolas gitanas, con sólo una salida custodiada por la policía. El ayuntamiento madrileño justificaba dicha práctica en la prevención de la delincuencia y en la lucha contra el tráfico de drogas. Pero la Audiencia Provincial de Madrid y el Tribunal Supremo consideraron que este objetivo escondía una discriminación por razón de raza, constitucionalmente prohibida.<sup>42</sup>

También, el 29 de agosto de 1998 la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo dictó sentencia en la que confirma la pronunciada por la Audiencia Provincial de Murcia, que había condenado a un individuo a la pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de compraventa de vehículos por un delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales: se había negado a vender un coche a la víctima, alegando: “yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos ni a mo-

<sup>41</sup> Cfr., sobre este aspecto, Giménez Glück, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, cit., pp. 190 y ss.

<sup>42</sup> Un comentario muy completo sobre esta sentencia puede verse en Asís Roig, A. E. de, “Discriminación por razón de raza”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 1988-1989, pp. 16 y ss.

ros”. Otra sentencia destacable, a juicio de la doctrina, procede de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 7 de noviembre de 2002. En sentencia de instancia se le había reconocido a la actora, de etnia gitana, una pensión de viudedad por el fallecimiento de su consorte con el que se hallaba casada por el rito gitano. Frente a esta resolución el INSS formuló recurso de suplicación y la Sala Segunda del TSJ lo estimó, revocando la sentencia de instancia porque no aprecia discriminación, ya que, conforme a la legalidad vigente en España, el matrimonio gitano no es una de las formas legalmente reconocidas en nuestro país. Las sentencias que hemos traído a colación son una clara muestra de discriminaciones directas por razón de raza en nuestro país.<sup>43</sup>

La infrutilización de la cláusula constitucional de no discriminación por razón de raza, tanto en su perspectiva negativa (discriminación directa o indirecta ejercida por los poderes públicos) como en su perspectiva positiva (que significa adopción por parte del Estado de acciones positivas), es evidente también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, la sentencia del TC 13/2001, del 29 de enero, recaída en un recurso de amparo, rechaza las pretensiones de la recurrente que había sufrido una actuación en la que se le requirió su identificación por el mero hecho de ser negra. Previamente el alto tribunal, en la sentencia 126/86, había calificado a la discriminación racial como perversion jurídica, y en la sentencia 214/1991, en el caso de Violeta Friedman, rechazó que bajo el manto protector de la libertad ideológica y de la libertad de expresión (artículos 16 y 20.1 de

<sup>43</sup> Cfr., al respecto, Rey Martínez, F., “La prohibición de discriminación...”, *op. cit.*, pp. 80-82. También Giménez Glück, D., *Juicio de igualdad..., cit.*, pp. 198 y 199. Un estudio sobre el juicio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede verse en López Aguilar, J. F., “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución en la jurisprudencia de la justicia ordinaria. Análisis de la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista del Foro Canario*, núm. 88, 1993, pp. 117 y ss. También Balaguer Callejón, M. L., “La aplicación judicial del principio de igualdad”, *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Madrid, Servicio Jurídico del Estado, 1991, vol. I, pp. 293 y ss.

la Constitución Española) puedan mantenerse manifestaciones o expresiones de carácter racista o xenófobo que son contrarias a la dignidad humana (artículo 14 constitucional). También en la sentencia 176/1995 mantuvo que las actuaciones racistas contradicen los principios de un sistema democrático de convivencia en paz y en libertad.

Por su parte, en la citada sentencia 13/2001 se distinguen las discriminaciones directas y las encubiertas; ambas están prohibidas por la Constitución. Pero en este caso el Tribunal mantiene que si los controles policiales sirven a los agentes de la autoridad para identificar a los extranjeros, determinadas características físicas pueden ser tomadas en consideración como indicios racionales del carácter no nacional de la persona que los reúne. Rechaza la existencia de discriminación patente porque no se ha dado una orden específica de identificar a los individuos de una determinada raza y tampoco se ha discriminado de forma encubierta porque la actuación policial no fue desconsiderada ni humillante. El criterio racial fue considerado como un indicio de la posibilidad de que la recurrente no fuera española. El voto particular del magistrado González Campos sostiene que ha habido discriminación racial porque se ha aceptado la raza como criterio apropiado para la razonable selección de las personas que pueden ser sometidas a control de extranjería. La recurrente, Williams Lecraft, ha sufrido violación del artículo 14 en relación con el artículo 10.1 de la Constitución, que reconoce a la dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales.

La sentencia del TC 24/2005, del 14 de febrero, de la Sala Primera resuelve dos recursos de amparo acumulados en los cuales se reconoce violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), pero se niega que haya habido vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por jueces y tribunales. La denegación del permiso de salida al recluso, recurrente en amparo, puede incurrir en una causa de arbitrariedad en relación con la decisión previa del órgano judicial de otorgarlo, pero se ha utilizado el criterio racial úni-

camente como indicativo de que el recluso no posee la nacionalidad española. En la misma línea que la sentencia que antes hemos resaltado, se niega la existencia de discriminación racial encubierta.

Con fecha 16 de abril de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional pronunció la sentencia 69/2007. Se trata de un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia del 7 de noviembre de 2002 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, que denegó la pensión de viudedad a la recurrente por hallarse casada por el rito gitano. Esta forma de relación matrimonial no está reconocida legalmente en España. Se alega vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de raza. Entiende la Sala del Tribunal Constitucional que no hay discriminación por motivos étnicos porque la aplicación al caso del tratamiento dado a las uniones *more uxorio* no toma como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas, sino una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial, conforme a previsiones legales que de ninguna manera quedan condicionadas a la pertenencia a una raza, sino exclusivamente a consideraciones civiles o religiosas.

Frente a la decisión mayoritaria de la Sala, el magistrado Rodríguez-Zapata formula un voto particular, en nuestra opinión más progresista. Analiza las circunstancias familiares de la recurrente de nacionalidad española y encuentra que su pareja había cotizado más de diecinueve años a la seguridad social y que el matrimonio —del cual eran fruto seis hijos— se había celebrado en 1971. Eran titulares de un libro de familia expedido en 1983 y también eran beneficiarios de una cartilla de la seguridad social. A pesar de estos datos objetivos se considera que su unión no es legal y se le niega el derecho a la pensión de viudedad. El voto particular compara esos hechos probados con los resultantes de la sentencia de la Sala Segunda, del 15 de noviembre de 2004, que reconoció el derecho a una pensión de viudedad al viudo de una funcionaria que pudo acreditar una relación conyugal

—no matrimonio— que no estaba inscrita en el Registro Civil. En este caso se apreció vulneración del derecho a la igualdad. Tampoco estaba inscrito en el Registro el matrimonio gitano de la recurrente en amparo. Ante situaciones parecidas el alto tribunal ha resuelto de forma diferente, y en la opinión discrepante se resalta que se ha vulnerado el derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razón de raza (artículo 14 de la CE). Continúa el magistrado, que salva su voto, poniendo de relieve que la jurisprudencia del alto tribunal no se ha ocupado hasta el momento presente “de la protección de los usos, prácticas o costumbres de una etnia o colectividad caracterizada, o cuando la no consideración como válidos o susceptibles de protección constitucional de los actos realizados por personas pertenecientes a minorías que reclaman respeto por su tradición cultural, debe entenderse discriminatoria”. Para resolver estas cuestiones considera que son necesarias acciones positivas; no basta la neutralidad escrupulosa de una norma jurídica cuando debe responder a situaciones como la de la recurrente en amparo que pertenece a una minoría étnica y que se lamenta de la injusta consideración legal de su situación matrimonial gitana, nacida de la buena fe y celebrada conforme a las costumbres ancestrales de su raza. Situación que se equipara a la de una pareja de hecho o a la de una convivencia *more uxorio*.

## VII. FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En los temas de prejuicio, discriminación o racismo hay bastante hipocresía, y ello genera mucha confusión. Con frecuencia, cuando se pretenden condenar ciertas actuaciones discriminatorias se las califica de racistas y el efecto es impactante porque dicha acusación es socialmente infamante. Por otro lado, en nuestra sociedad nadie se considera racista y no permite ser considerado como tal. Por ello las manifestaciones de racismo se presentan, en nombre de la diferencia, como formas oportunas de protección y

conservación de la identidad o cultura de quienes las practican, las aprueban o se encuentran en el deber de justificarlas, por lo menos parcialmente. Sírvanos de ejemplo lo que en el momento presente está sucediendo en algunas zonas de Italia con la etnia gitana, y cómo los presuntos responsables de las discriminaciones racistas, por más evidente que sea el caso, rechazan con indignación la idea de que sus actuaciones sean racistas.

También la vieja Europa, en momentos de recesión económica, intenta blindar sus fronteras y protegerse de la inmigración ilegal, y por ello ha aprobado una Directiva comúnmente conocida como de retorno de los inmigrantes sin papeles. La dureza de algunos contenidos de esta norma cuestiona los principios humanitarios que hasta el presente han caracterizado la razón de ser de la Unión Europea. También los “sin papeles” son portadores de derechos que afectan a la dignidad humana y que pueden verse en peligro en este proyecto ligado a la represión, antes que al acogimiento y la integración de los extranjeros no comunitarios. Pero no podemos dejarnos llevar por la ilusión de que las soluciones al tema pueden ser fáciles; debemos evitar respuestas simplistas.

Se ha comprobado que la educación receptiva a la tolerancia y a la diversidad no es suficiente porque las mentes de los seres humanos se hallan históricamente condicionadas y predispostas a los prejuicios y a la intolerancia. La democracia procedural y la laicidad de las instituciones estatales tampoco erradican el racismo porque en los regímenes democráticos existen movimientos sociales, grupos de interés o partidos políticos que luchan por el poder y defienden programas con contenidos discriminatorios. Tampoco es ninguna solución óptima separar a los diferentes y a los potenciales contendientes creando espacios y comunidades homogéneas en raza, cultura, etnia, sexo, religión o cualquier otro criterio objetivo o subjetivo y así terminar destruyendo con homologaciones forzadas la individualidad y la diversidad que es necesario preservar.

Frente al racismo y la discriminación debemos oponer los derechos fundamentales, irrenunciables, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos. La fe en los mismos nos permite determinar en qué medida podemos reconocernos como iguales. Se trata de apostar por una igualdad que no discrimina porque instrumenta teóricamente el principio de la justicia. Sólo así primará el ser sobre el devenir como predominio de la tradición sobre la razón.

Es imprescindible abrir espacios jurídicos y políticos para afrontar la causa principal de los prejuicios y las discriminaciones: la excesiva desigualdad económica existente en el mundo. Tememos al otro, al diferente, porque estamos convencidos de que amenaza nuestro nivel de vida. Así pues, si desterramos la idea de la vida como lucha por la supervivencia entenderemos que la teoría de los derechos fundamentales responde considerando el derecho como “la ley del más débil”.<sup>44</sup> Esta idea nos lleva a defender la paz, que será más sólida cuanto más eficaces sean las garantías de los derechos. La importancia jurídica de la cultura de la paz es una de las premisas indispensables para superar las diferentes formas de discriminación y sus consecuencias más nefastas, que adoptan el nombre de racismo, limpieza étnica y genocidio.

También debemos erradicar la idea consolidada de que las diferencias raciales y biológicas que nos ubican en el ámbito de una cultura determinada consideran al individuo miembro de una comunidad o nación antes que ser humano. Para desactivar a nivel global, regional y local la base de los odios étnicos y tribales, guerras de religión, choques de civilización, nacionalismos y fundamentalismos enfrentados, es preciso renunciar al principio de que la diferencia sea ontológica y un principio constitucional. La afirmación y la protección de los derechos fundamentales como terreno común otorga en los portadores de culturas diferentes el derecho a conocerse y a tolerarse. Ello implica admitir la convivencia con base en la idea de igualdad.

<sup>44</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, R. E., “La multidimensionalidad de la igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental”, en FIGUERUELO, A. et al. (ed.), *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Granada, Comares, 2007.
- ASENSI SABATER, J., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, Edijus, 2001.
- ASÍS ROIG, A. E. de, “Discriminación por razón de raza”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 5, 1988.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., “La aplicación judicial del principio de igualdad”, *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Madrid, Servicio Jurídico del Estado, 1991, vol. I.
- BARREIRO, Clara, *Derechos humanos*, Barcelona, Salvat, 1980.
- BORRAJO INIESTA, I., “El status constitucional de los extranjeros”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, vol. II.
- CARMONA CUENCA, E., “La prohibición de discriminación (art. 14 CEDH y Protocolo 12)”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2005.
- DWORKIN, R., *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, Milán, año L, núm. 2, mayo-agosto de 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la función de los operadores públicos”, *Letras Jurídicas (Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana)*, Xalapa, Veracruz, México, año 2, núm. 5, 2002.

- , “La igualdad compleja en el constitucionalismo del siglo XXI (especial referencia a la no discriminación por razón de sexo)”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 38: *Los derechos sociales del siglo XXI*, enero de 2008.
- , “La protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 5, 2001.
- GÁLVEZ MONTES, F.J., “Comentario al artículo 14”, en GARRIDO FALLA, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 2003.
- GENOVÉS, Santiago, *Razas, racismo y el cuento de la violencia*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992.
- GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.
- GRANELL TRÍAS, F., “La Declaración de Berlín a los cincuenta años de los Tratados de Roma”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, núm. 26, 2007.
- GROS ESPIELL, H., *Estudios sobre derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto de Derechos Humanos, 1985.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 9, 1984.
- LAPORTA, F.J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, núm. 67, 1985.
- LEFAIT, Philippe, *Science and Racism*, Ginebra, UNESCO, 1982.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F., “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución en la jurisprudencia de la justicia ordinaria. Análisis de la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista del Foro Canario*, núm. 88, 1993.
- LÓPEZ GUERRA, L., “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución”, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- MANCHADO RUIZ, Ma. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- MANGAS MARTÍN, A., “Cuestiones de derecho internacional público en la Constitución Española de 1978”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 61, 1980.
- MEYER, Hermine Herta, *The History and Meaning of the Fourteenth Amendment*, Nueva York, Vantage Press, 1977.
- OSUNA PATIÑO, N., *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, colección Temas de Derecho Público.
- RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de filosofía del derecho*, México, UNAM, 1965.
- REY MARTÍNEZ, F., “La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 57, 2003.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- STOLKE, V., “¿Es el sexo para el género como la raza para la etnidad?”, *Mientras Tanto*, núm. 48.
- SUÁREZ PERTIERRA, G., “Comentario al artículo 14 de la Constitución Española”, en ALZAGA, Óscar (dir.), *Constitución Española de 1978. Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1984, t. II.
- TRUYOL Y SERRA, A., *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales. Estudio preliminar*, Madrid, Tecnos, 1984.
- VEGA GARCÍA, P. de, “Mundialización y derecho constitucional: para una palingenesia de la realidad constitucional”, *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (en conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador florentino Donato Giannotti)*, Bogotá, UNAM, IEC, Carlos Restrepo Piedrahita, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, 1998, t. II.
- VERDROSS, A., *Derecho internacional público*, trad. de A. Truyol y Serra, Madrid, Aguilar, 1963.
- VILLACORTA MANCEBO, L. Q., “Aspectos de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 71-72, 2008.
- , *Principio de igualdad y Estado social*, Cantabria, Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2006.