

FERNANDO REY MARTÍNEZ

La prohibición constitucional de discriminación racial o étnica

A FONDO

A finales del pasado año, la FSGG realizó en 12 capitales españolas el Seminario "Discriminación y Comunidad Gitana: propuestas de actuación", en los que se contó con la participación de destacados expertos en la materia. En concreto, en el celebrado en Valladolid el 27 de noviembre, Fernando Rey Martínez, profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid, presentó la ponencia que reproducimos en esta sección.

Una versión más completa de este artículo se encuentra pendiente de publicación en la *Revista de Derecho Político de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*.

46

La terrible frase con que abre Miguel de Cervantes *La gitanilla* (1613) refleja con sinceridad uno de los estereotipos que ya desde antiguo han recaído en España sobre el pueblo gitano: "Parece que los gitanos y gitanas solamente nacieron en el mundo para ser ladrones: nacen de padres ladrones, críanse con ladrones, estudian para ladrones y, finalmente, salen con ser ladrones corrientes y molientes a todo ruedo; y la gana de hurtar y el hurtar son en ellos como accidentes inseparables que no se quitan sino con la muerte"¹. Casi cuatrocientos años después, los estereotipos subsisten vigorosos y, con ellos, como su estela natural, también los prejuicios y una honda y arraigada discriminación social. El art. 14 de la Constitución prohíbe, sin embargo, la discriminación por razón de raza y diversas normas del ordenamiento internacional, laboral y penal, a las que más tarde se prestará atención, vienen a completar el marco de la respuesta jurídica contra la discriminación. Pero, a mi juicio, ni este marco es suficiente, ni se ha reflexionado lo bastante sobre el significado y alcance de la cláusula contra la discriminación racial del art. 14 CE. La escasez de estudios doctrinales en este campo es significativa, como lo es también el hecho de que se esté empezando a analizar pero sólo desde la perspectiva de los inmigrantes de otras etnias que llegan a nuestro país, dejando en la penumbra, nuevamente, a la minoría étni-

ca española peor tratada, la gitana. El presente estudio no pretende, obviamente, cubrir el déficit académico, sino, tan sólo, proponer una posible interpretación del art. 14 CE y de la respuesta jurídica contra la discriminación racial. La Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico², cuyo plazo de transposición en los ordenamientos nacionales finaliza el 19 de julio de 2003 (art. 16), es una magnífica oportunidad para plantearse otras estrategias, más incisivas y eficaces, de lucha contra la discriminación.

Para ello se analizarán, en primer lugar, las peculiaridades de la discriminación racial frente a las otras causas que prevé el art. 14 CE (sexo, religión, ideología, nacimiento, etc.). En segundo término, y a la luz de lo expuesto, se formularán algunas sugerencias estratégicas hacia el futuro sobre la lucha contra la discriminación racial.

Pero antes de pasar a abordar los problemas planteados, se impone una aclaración propedéutica sobre cuál es el término más correcto para aludir a este tipo de discriminaciones, si lo es "racial" o, más bien, "étnico", o si los dos son válidos. La cuestión no es baladí porque el lenguaje no es neutro y, a menudo, contribuye a reforzar, o, por el contrario, a debilitar, los estereotipos discriminatorios. Pues

¹ De hecho, en esta Novela Ejemplar, Cervantes dota a su protagonista, una gitanilla llamada Preciosa, de notables virtudes (belleza, gracia, ingenio, etc.); de tantas que, en realidad, al final se descubre que no era gitana de verdad, sino una jovencilla de origen aristocrático raptada en la cuna por unos gitanos desalmados.

² D.O.C.E. L 180/22, de 19 de Julio de 2000. La publicación de esta Directiva en esta misma Revista (ver páginas 27-30) me libera de la obligación de su examen en estas líneas.

bien, el punto de partida que hay que tener en cuenta para resolver este problema es un dato de derecho positivo: la Constitución española se refiere, en su art. 14, a la prohibición de discriminación por "raza". El concepto "raza" es de estirpe biológica y con él se alude a "caracteres constantes y transmisibles, genéticamente determinados, que permiten diferenciar a unos individuos de otros dentro de una especie animal"³. La elección de esta palabra por el constituyente español, influido por diversos textos internacionales, como el art. 1 de la Carta de Naciones Unidas (1945)⁴, plantea, sin embargo, tres problemas de importancia.

El primero reside en que, desde el punto de vista estrictamente científico, hay acuerdo general acerca de que "en el género humano no existen razas en términos estrictamente biológicos"⁵. Además, la subdivisión en razas "no expresa más que una parte muy escasa de la diversidad genética propia de la especie humana"⁶. Puede plantearse, incluso, la sospecha de si la utilización de la expresión "raza" en algunos textos jurídicos no estará evocando, en ciertos casos, algo tan elemental como el color de la piel⁷. En ese supuesto, que no es inverosímil, el estatuto científico del concepto "raza" alcanzaría su cota ínfima. Así que, en primer lugar y en cualquier caso, la noción de "raza" carece de contenido científico fiable.

El segundo problema es el peligro, históricamente contrastado, de derivar de la (como se ha visto, incorrecta) científicidad del concepto "raza" cualquier tipo de ideología "racista", esto es, la convicción de que una raza determinada es biológicamente superior a las demás. A este hecho alude, por ejemplo, el párrafo sexto de la exposición de motivos de la Directiva 2000/43, antes citada, cuando afirma: "La Unión Europea rechaza las teorías que tratan de establecer la existencia de las razas humanas. El uso, en la presente Directiva, del término 'origen racial' no implica el reconocimiento de dichas teorías". En otras palabras, cuando se emplea la palabra "raza" parece estar invocándose la presencia maligna del "racismo". "Raza" es, en gran medida, una palabra contaminada porque forma parte del lenguaje acuñado por los distintos racismos, de modo eminente por el nacionalsocialismo alemán, dadas su pretensión "científica" y, sobre todo, las dimensiones de la tragedia derivada de tan funesta ideología.

El tercer problema, que guarda una íntima relación con el segundo, es que, en realidad, como ha demostrado la derivación "racista" del pseudo-lenguaje científico, en "raza" lo determinante no es el (presunto) hecho biológico en sí, la existencia de razas, sino la construcción de una ideología discriminatoria a partir de tal hecho. Por ello suele argumentarse en la literatura que hubiera sido mucho más precisa la utilización en el texto constitucional del término "etnia" o "grupo u origen étnico", en el sentido de

grupo con cierta identidad cultural, que el de "raza", pues permitiría subrayar el carácter ideológico-político, más que "científico", de las discriminaciones racistas. Y es que existe un paralelismo entre las expresiones "sexo" y "género" en el ámbito de la lucha contra la discriminación de las mujeres, y el de "raza" y "grupo étnico" respecto de la discriminación de gitanos, etc⁸.

A pesar de los problemas que rodean a la palabra "raza", su uso es, según creo, indeclinable, porque el lenguaje de la Constitución y de diversos textos internacionales lo imponen, pero, además, existe otro motivo no menor. La alusión a discriminaciones étnicas es demasiado general y poco expresiva para caracterizar los ataques a la dignidad de aquellos miembros de grupos o minorías que no sólo tienen una identidad cultural propia, distinta a la mayoritaria y con la que puede entrar en conflicto en ciertos casos, sino también ciertos rasgos morfológicos o físicos diferenciales que, aunque no permiten sostener científicamente que se trate de una raza autónoma, sí posibilitan agresiones específicamente racistas, dada su alta y permanente visibilidad. Por ejemplo, no será idéntica la discriminación que puedan sufrir algunos españoles dentro del mismo territorio nacional, en determinados ambientes, debida a su procedencia regional, pues no siempre se conocerá ese hecho, habrá otros muchos convecinos que carecerán del prejuicio, etc. que la que pueda recaer sobre una persona gitana en cualquier parte del país. En otras palabras, mientras haya "racismo" en la sociedad será difícil prescindir de la expresión "raza" para describir, precisamente, las agresiones más incisivas de discriminación étnica. Y, por tanto, quizás pueda afirmarse no tanto que discriminación "racial" y "étnica" son la misma cosa, siendo más preciso el segundo término que el primero, sino más bien que, en cierta medida, la relación es de género (discriminaciones étnicas) a especie (discriminaciones raciales). En cualquier caso, y en el marco del análisis efectuado, en este estudio se utilizarán de modo fungible las expresiones "raza" y "etnia", prefiriendo la primera para describir el tipo de discriminación que afecta a los miembros de la minoría gitana.

Las peculiaridades de la discriminación racial o étnica.

Las respuestas jurídicas contra las distintas discriminaciones sospechosas que se albergan en el art. 14 CE (o puedan irse deduciendo, pues el art. 14 CE es una cláusula abierta) han de ser necesariamente distintas, pues diferentes son las situaciones en las que se encuentran los grupos sociales en desventaja allí contemplados. Es preciso construir el derecho anti-discriminación concreto desde las coordenadas de la situación fáctica peculiar de cada grupo vulnerable. En este sentido, ¿qué peculiaridades podrían des-

3 Luca y Francesco Cavalli-Sforza: *Quiénes somos. Historia de la diversidad humana*. Barcelona: Critica, 1994, p.247.

4 Ver: M. Rodríguez-Piñero y M^a F. Fernández: *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986, pp. 182 ss.

5 M^a Dolores Machado Ruiz: *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 del Código Penal*. Valencia: Tirant, 2002, p. 210.

6 Luca y Francesco Cavalli-Sforza: *Quiénes somos...*, ob.cit., p. 247.

7 De hecho, el *Diccionario de la Lengua de la RAE* define como una de las acepciones de la palabra "razas" la de "grupos de seres humanos que por el color de su piel y otros caracteres se distinguen en raza blanca, amarilla, cobriza y negra".

8 V. Stolcke, "¿Es el sexo para el género como la raza para la etnicidad?", *Mientras Tanto*, n^o 48, pp. 87-133, citado por M^a Dolores Machado, ob.cit., p. 214: "Las diferencias de sexo y raza son construidas ideológicamente como hechos biológicos significativos en la sociedad de clases, naturalizando y reproduciendo las desigualdades".

cubrirse en relación con la discriminación étnica y, más concretamente, respecto de la minoría gitana? En mi opinión, son destacables tres ideas: (1ª) está muy arraigada en el tiempo y afecta a numerosos espacios de la existencia; (2ª) es llamativa la *esquizofrenia* que resulta de una abundante normativa protectora, sobre todo de carácter internacional, coexistente con escasas decisiones judiciales en la materia (algunas de ellas, como se verá, discutibles además) y, en general, con escasos avances reales en la igualdad entre gitanos y no gitanos; (3ª) por último, la discriminación racial es la más odiosa de todas por las razones apuntadas y porque es estigmatizante.

La discriminación racial es de las más arraigadas en el tiempo y de las más extensas respecto de los espacios sociales a los que afecta.

Es sabido que en España ha existido una historia secular de racismo institucional y social contra los gitanos⁹. La realidad del pueblo gitano en España es la de una minoría que ha sido perseguida sistemáticamente durante siglos por los poderes públicos y por la mayoría no gitana de la sociedad. Sobre los gitanos siguen cayendo estereotipos racistas y siguen sin tener acceso real y efectivo a bienes sociales básicos como la educación, la vivienda, la salud, el empleo, etc. en los mismos niveles que el resto de la población. Esta terca realidad contrasta con la creciente producción normativa que pretende luchar contra la discriminación hacia los gitanos, tema que constituye la siguiente tesis que cumple analizar.

La relativa ineficacia del derecho vigente contra la discriminación racial.

El marco normativo contra la discriminación racial en España se encuentra integrado por diversas normas, tanto de carácter internacional como nacional. Existen, en efecto, sin aludir al Derecho Comunitario (lo que merecería un capítulo aparte), diversos textos internacionales que prohíben el racismo, ya sea declaraciones generales sobre derechos humanos (art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), ya textos específicos (generales, como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, o el Convenio nº 111 OIT, o regionales, como el Convenio Marco núm. 157 del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales, ratificado por España el 1 de febrero de 1995).

La normativa nacional sobre prohibición de discriminación racial la encabezan, obviamente, los arts. 9.2¹⁰ y 14¹¹ de la Constitución y tiene también manifestaciones en el orden penal y en el laboral. Por lo que respecta al primero, con carácter general el art.

22.4 del Código Penal identifica la motivación racista como circunstancia agravante de cualquier delito y, más específicamente, en el capítulo de delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales, se castigan tres tipos de delitos por discriminación, racial entre otras, la provocación a la discriminación (art. 510), la discriminación en los servicios públicos (art. 511) y la discriminación profesional o empresarial (art. 512). El cuadro se completa con el art. 314 que, en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores, sanciona, con pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de seis a doce meses, a "los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su... pertenencia a una etnia, raza o nación... y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado".

En sede laboral, el art. 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores consagra el derecho de los trabajadores a "no ser discriminados para el empleo, o una vez empleado, por razones de... raza... dentro del Estado español". El art. 17.1 ET veta las discriminaciones existentes en preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario. Como es sabido, este último precepto sanciona las discriminaciones con la nulidad y consiguiente carencia de efectos del acto o precepto en que la discriminación se funde. Cualquier discriminación racial en las relaciones laborales puede atacarse por la vía procesal de la tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales prevista en los arts. 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral. Por su parte, el art. 8.12 del R.D. Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y sanciones en el orden social, tipifica entre las infracciones muy graves del empresario las decisiones unilaterales que impliquen discriminación.

La Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social también regula la prohibición de discriminación racial de los extranjeros específicamente en el capítulo IV del Título I, en el art. 23.

A este marco normativo sucintamente descrito hay que añadir que desde 1988 se puso en marcha el denominado Programa de Desarrollo Gitano con el objetivo de fomentar la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos y ciudadanas y, en cumplimiento de la Proposición no de Ley de 5 de octubre de 1985 del Congreso de los Diputados, de llevar a cabo un plan de intervención para el desarrollo social y la mejora de la calidad de vida del pueblo gitano en España. Consecuentemente, desde 1989 se ha venido consignando en los Presupuestos Generales del Estado una partida para dicho Plan con el fin de financiar proyectos de intervención social integral con comunidades gitanas, cuya gestión corresponde al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La colaboración con las Comunidades Autónomas se lleva a cabo a través de la cofinan-

⁹ Son de sobra conocidos los hechos históricos principales y los escenarios de discriminación. Me remito a cualquier otro número de esta misma Revista y al Informe que, en el seno del Congreso, la Subcomisión para el estudio de la problemática del pueblo gitano emitió el 17 de diciembre de 1999 [ver GPyC, nº4].

¹⁰ "Corresponde 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; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

¹¹ "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... raza"

ciación de estos proyectos para lo cual, la Administración central ha suscrito numerosos convenios-marco de colaboración. Por su parte, las Comunidades Autónomas, con competencias constitucionales en la materia, han ido elaborando programas y planes específicos para la promoción e integración de las poblaciones gitanas residentes en sus respectivos territorios.

El complejo normativo descrito no ha ido dando, sin embargo, los frutos esperados. En este punto quizás convenga llamar la atención sobre el hecho de que ni siquiera dicho entramado ha originado una jurisprudencia especialmente interesante en cantidad, aunque sí en calidad, con las objeciones que se apuntarán en su momento. En el ámbito de la jurisdicción ordinaria, tan sólo he podido encontrar tres sentencias destacables.

a) Primera, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de enero de 1988. Esta decisión viene a confirmar una anterior de instancia que declaraba la nulidad de varios actos del Ayuntamiento de Madrid que habían segregado del resto urbano a unas cuatrocientas chabolas (habitadas por unas tres mil personas, la mayoría de etnia gitana), mediante "una zona rodeada por una franja o foso infranqueable de tres metros de ancho por uno de profundidad y con una sola salida permanentemente custodiada por efectivos de la Policía Municipal". La Sentencia estimó que se había conculcado el "principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución con las diversas actuaciones administrativas, ya que se ha sometido a todos los habitantes de la zona de chabolas pertenecientes a la etnia gitana... a unas medidas discriminatorias de cerco, control, etc., so pretexto de prevención de actividades delictivas..." Conducta ésta "discriminatoria, basada en prejuicios, que la Constitución condena y prescribe y que se traduce, además, en un desigual trato gravísimo para dicha comunidad, que incide en su menor calidad de vida y escasísima alfabetización y mucho más agravado por la crisis económica que el resto de la población española". Conducta "discriminatoria apoyada en la raza, sin justificación por ello"¹².

b) Segunda, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 29 de agosto de 1998, que confirma una Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia que había condenado a un individuo, como autor de un delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales, a la pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de compraventa de vehículos en establecimiento abierto al público. El condenado se había negado a vender un coche a la víctima alegando: "yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos ni a moros".

c) Tercera, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 7 de noviembre de 2002. En instancia había recaído Sentencia por la que se reconoció a la actora, de etnia gitana, una pensión de viudedad por el fallecimiento de su consorte, con el que había contraído en su día matrimonio por el rito gitano. El Instituto Nacional de la Seguridad Social formuló recurso de suplicación y la Sala del TSJ lo estimará, revocando la Sentencia de instancia. El TSJ argumenta que "no es posible entender que haya existido discriminación alguna en la negativa administrativa a reconocer la prestación solicitada cuando la entidad gestora se ha limitado a dar cumplimiento a la legalidad vigente, conforme a la que dicha forma de matrimonio no es una de las reconocidas por el Estado"¹³.

Estas tres decisiones, sobre todo las dos primeras, que reaccionan contra gruesas discriminaciones directas, no plantean mayores dificultades interpretativas. El problema es, más bien, la escasez de Sentencias en relación con las conductas sancionables que (cabe suponer) se cometen habitualmente. Será difícil encontrar políticas de ghetto tan abiertas como la que motivara la primera sentencia, así como racistas tan elocuentes y sinceros como el delincuente del segundo caso. A esto hay que añadir la paradoja de que las decisiones judiciales más importantes, las del Tribunal Constitucional español y las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son, precisamente, las más opinables. En efecto, el *leading-case* de la prohibición constitucional de discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es, hasta el momento, la discutible Sentencia 13/2001, de 29 de enero, que resuelve desestimando un recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación a una mujer tan sólo por ser negra. La doctrina general sobre la prohibición constitucional de discriminación racial y su "carácter odioso" que se enuncia en su fundamento jurídico séptimo es correcta. El Tribunal comienza recordando afirmaciones propias de otras Sentencias: en la Sentencia 126/1986 calificó la discriminación racial como "perversión jurídica"¹⁴; en la Sentencia 214/1991, resolviendo el famoso caso de Violeta Friedman, rechazó que, bajo el manto protector de la libertad ideológica (art. 16 CE) o de la libertad de expresión (art. 20.1 CE), pudieran cobijarse manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenofobo, pues, entre otras razones, es contraria a la dignidad humana (art. 10.1 CE)¹⁵; y en la Sentencia 176/1995, afirmó que el mensaje racista está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica. A continuación, la Sentencia 13/2001 distingue las discriminaciones "directas" o

12 Esta Sentencia es analizada por Agustín E. Asís en "Discriminación por razón de la raza", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1982, pp. 16-27.

13 Sólo el matrimonio contraído de forma civil o religiosa según prescribe el ordenamiento jurídico puede producir efectos civiles y el matrimonio gitano "no participa de la naturaleza de ninguno de ellos, exigiendo el art. 174 LSS la condición de "cónyuge" del causante al beneficiario de la pensión de viudedad". El argumento me parece inobjetable, por más que conduzca en el caso a una situación injusta, derivada, probablemente, de una profunda desinformación. El propio Tribunal se ve en la obligación de justificarse, aduciendo que una cosa es lo que de *lege ferenda* pudiera ser deseable y otra muy distinta la realidad normativa a la que se debe.

14 El Tribunal no aprecia, sin embargo, que un informe policial que hacía constar que los detenidos eran de raza gitana violara el art. 14 CE: "Es cierto que la utilización por los órganos del poder de referencias de carácter étnico, aunque sea con finalidades estrictamente descriptivas, debe ser evitada, pues puede prestarse a malos entendidos o alimentar prejuicios irracionales presentes en nuestra sociedad. No menos cierto es que ese uso no es en sí mismo discriminatorio".

15 "La dignidad como rango o categoría de la persona como tal... no admite discriminación alguna por razón de... raza. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (en el caso el *hate speech* se había realizado contra el pueblo judío) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos".

"patentes" y las "encubiertas", ambas prohibidas, en cualquier caso, por la Constitución. Por cierto que, en este punto, no se explica fácilmente (salvo, quizás, en un intento poco exitoso de originalidad) por qué el Tribunal no utiliza el término más preciso de discriminación "indirecta" (o de "impacto", frente a las de "resultado" o "directas") en vez del de discriminación "encubierta" y por qué se refiere a las discriminaciones directas como sinónimas de "patentes". Obsérvese que algunas discriminaciones directas son también "encubiertas", como ocurre, por ejemplo, en los casos de tratamientos jurídicos paternalistas o falsamente protectores, casos en los que no es fácil a priori determinar si se trata de discriminaciones directas (se trata jurídicamente mejor a un grupo en algún sentido fácticamente peor porque se le considera incapaz de protegerse por sí mismo, y por tanto, de inferior valor social) o de genuinas y legítimas acciones positivas. Pero el *locus minoris resistentiae* de la Sentencia es, sin duda, la aplicación (o, acaso mejor dicho, inaplicación) de la doctrina general acuñada al caso en examen. Porque el Tribunal asevera que "cuando los controles policiales sirven a la finalidad del requerimiento de identificación (por parte de los agentes de la autoridad, especialmente respecto de los extranjeros) determinadas características físicas pueden ser tomadas en consideración por ellos como razonablemente indiciarios del origen no nacional de la persona que los reúne". Aunque hay que tener en cuenta también el lugar, momento y modo de tal requerimiento. En el caso no habría habido discriminación "patente" porque no había una "orden o instrucción específica de identificar a los individuos de una determinada raza" y tampoco "encubierta" porque la actuación policial no fue desconsiderada ni humillante, se produjo en un lugar de tránsito de viajeros, etc. El criterio racial se utilizó "tan sólo" como "meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española".

Más convincente me resulta, sin embargo, el Voto Particular emitido por D. Julio González Campos. Se viola la prohibición de discriminación racial (art. 14 CE) y la dignidad humana (art. 10.1 CE) cuando se acepta la raza como criterio apropiado para la "razonable selección" de las personas que pueden ser sometidas a control de extranjería. Se afecta, además, "el objeto de la integración de los extranjeros en la sociedad española" y se puede producir el efecto perverso de una discriminación entre nacionales por razón de la raza porque hay un número creciente de españoles con apariencias diferentes. A mi juicio, la actuación policial, aunque no tuviera un móvil discriminador, fue, en realidad, una discriminación directa y además patente. La señora Williams Lecraft recibió un trato distinto y perjudicial sólo en razón del color de su piel, como se acredita en la Sentencia (sólo a ella, y había muchas otras personas, entre ellas su esposo e hijo, en la estación de ferrocarril de Valladolid, le fue exigida identificación por la policía nacional). La Sentencia incurre, según creo, en una contradicción de fondo porque, por un lado, afirma que no hay discriminación directa porque no había ninguna orden o instrucción de identificar sólo a los individuos de una determinada raza y, por otro lado, concluye que es lícito tener en cuenta exclusivamente el color de la piel para efec-

tuar un requerimiento policial de identificación. Es decir, si no existía expresamente aquella orden, después de su Sentencia, el Tribunal ha legitimado no ya la explícita orden de requerir la identificación sólo a negros, etc., pero sí tal posibilidad. La argumentación de la Sala se derivó, inconsistentemente, hacia las discriminaciones "encubiertas", confundiéndolas en cierta medida con las discriminaciones "intencionadas" (parece que la policía no actuó con móvil racista, pero ello no excusa por sí mismo el reproche constitucional de la medida), mitigando la posible discriminación con diversas atenuantes derivadas del modo formalmente correcto en que se realizó. Todo ello parece ocultar que una persona fue tratada de modo distinto y peor sólo por el color de su piel y, por tanto, fue víctima de una patente discriminación directa, muy humillante por lo demás. El peligroso mensaje que ha lanzado el Tribunal es que a los negros (pero también a musulmanes, gitanos, etc.) se les puede tratar con una dosis mayor de sospecha por los poderes públicos.

Las cinco recientes Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre expulsiones, por razones urbanísticas, de los terrenos propios ocupados por caravanas de gitanos son aún más desalentadoras¹⁶. En el caso Coster, por ejemplo, el Tribunal consideró que la vida en caravana forma parte integrante de la identidad gitana, ya que se inscribe en su larga tradición de viajeros, incluso aunque se instalen durante largos periodos en un mismo lugar a fin de, por ejemplo, facilitar la educación de los hijos. Por ello el Tribunal constata que las decisiones de los servicios de ordenación del territorio negando al demandante la autorización de permanecer en el terreno de su propiedad con una caravana, es una injerencia en el derecho al respeto de su vida privada y familiar. La cuestión siguiente es determinar si está justificada o no, es decir, si está prevista por la ley (lo que sucede), si persigue uno o varios fines legítimos (en el caso también concurre en forma de protección del medio ambiente) y si es necesaria en una sociedad democrática para alcanzar tales fines. El Tribunal reconoce en este punto un cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales, que se encuentran en principio mejor situadas que él para pronunciarse sobre la situación y las necesidades locales. Y por ello, el Tribunal admite que "no está en disposición de contestar el dictamen emitido por las autoridades nacionales en este asunto, según el cual el uso particular de un terreno suscita objeciones legítimas en materia de ordenación". El Tribunal "no puede ir a todos los lugares para apreciar el impacto de cierto proyecto en una región dada en cuanto a la belleza del lugar, etc." En consecuencia, "en materia de políticas de ordenación territoriales, las autoridades nacionales gozan en principio de un margen de apreciación extenso". Y aunque el Tribunal observa que "está creciendo un consenso internacional en el seno de los Estados del Consejo de Europa para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y modo de vida...", se confiesa "no convencido de que dicho consenso sea suficientemente concreto como para que se puedan obtener directrices en cuanto al comportamiento o a las normas que los Estados consideren como deseables en una situación dada..." Y concreta esta afirmación respecto de la minoría gitana: "la vulnerabilidad de los gitanos... implica conceder una atención especial a sus necesidades y

¹⁶ Sentencias Beard, Coster, Chapman, Jane Smith y Lee contra el Reino Unido, todas ellas de 18 de enero de 2001.

a su modo de vida propio". El art. 8 del Convenio de Roma "impone, por lo tanto, a los Estados la obligación positiva de permitir a los gitanos continuar con su modo de vida". En principio, "los gitanos son libres de instalarse en cualquier emplazamiento para caravanas que tengan licencia" y "no son tratados peor que cualquier no gitano que desee vivir en una caravana". Sin embargo, "se desprende que no se ha llegado a suministrar un número adecuado de emplazamientos que los gitanos encuentren aceptables y en los que puedan instalar legalmente sus caravanas a un precio a su alcance". Pero de aquí no se deriva la obligación para el Reino Unido de "poner a disposición de la comunidad gitana un número adecuado de emplazamientos debidamente equipados". Por ello, el Reino Unido no habría violado el art. 8 del Convenio.

La Sentencia es acompañada por un Voto Particular suscrito por siete Jueces, entre ellos J.A. Pastor Ridruejo, que sí consideran que se ha violado el derecho a la vida privada y familiar del recurrente, pues "no se han indicado otros lugares en la región que ofrezcan emplazamientos libres en los que los demandantes hubieran podido instalarse"; por este motivo, la medida de expulsión es desproporcionada. También en este caso me resulta más consistente el voto disidente que la opinión mayoritaria. El Tribunal no cree que lesione el derecho al respeto de la vida privada y familiar la prohibición administrativa de instalarse con una caravana en una parcela de titularidad propia en atención a que se estropea el paisaje. La alternativa propuesta por el Estado era el hacinamiento de caravanas en lugares especiales, lo cual, sea dicho de paso, recuerda a otras épocas ominosas (en mi opinión, la política segregacionista es en sí misma sospechosa de discriminación), pero ni siquiera está disponible para todos los que la desean. De modo que el Tribunal reconoce que el asentamiento de gitanos en caravanas está protegido por el art. 8 del Convenio de Roma, pero ni invalida que se impida al recurrente hacerlo en su propiedad (porque el Estado tiene un amplio margen de apreciación) ni halla ilegítimo que tampoco pueda instalarse en algún lugar habilitado para ello (porque eso sería tanto como convertir los derechos del art. 8 en derechos de prestación). Resultado: el recurrente tiene un "derecho/fantasma", un derecho que no puede de ningún modo ejercer.

Se puede concluir, por tanto, que los perfiles jurídicos de la discriminación racial distan de estar claros en los casos críticos y

que, en definitiva, la desigualdad real y efectiva de la minoría gitana, pese a tanta disposición jurídica en contrario, sigue siendo un hecho tozudo, casi inmovible, lo cual obliga a replantearse las estrategias jurídicas contra la discriminación.

La discriminación racial es la más odiosa.

La discriminación racial, escribe Ronald Dworkin, "expresa desprecio y es profundamente injusta... es completamente destructora de las vidas de sus víctimas... no les priva simplemente de alguna oportunidad abierta a otros, sino que les daña en casi todos los proyectos y esperanzas que puedan concebir"¹⁷. Fernando Villarreal y Daniel Wagman han analizado minuciosamente las "dinámicas de la discriminación racial"¹⁸. En la antesala de la práctica discriminatoria subyace siempre un prejuicio que se basa en un estereotipo negativo. Un estereotipo es "la atribución a un grupo de los rasgos y responsabilidades de acciones de personas concretas"¹⁹. No siempre es negativo, como cuando se dice que "los italianos son divertidos" o "los japoneses muy trabajadores". Pero los estereotipos que recaen sobre los gitanos son particularmente negativos: los gitanos serían ladrones, violentos, conflictivos, peligrosos, seres antisociales, criminales, vagos, depredadores de servicios sociales pagados por todos. Incluso los rasgos positivos que se les atribuyen, como el de su amor hacia la libertad y su dominio del arte flamenco, ni son tan positivos, sino ambiguos, pues pueden también leerse en negativo (vagabundos y jueguistas incapaces de trabajar), ni vienen normalmente sino a "legitimar el corpus de estereotipos negativos"²⁰. Los estereotipos contra los gitanos están muy arraigados y extendidos y, en consecuencia, provocan un serio rechazo social hacia ellos, a la vez que dificultan una mínima comunicación para poder debilitarlos. Se fundamentan, además, en una imagen de los gitanos como grupo social homogéneo, lo cual es rigurosamente falso. Por otro lado, los estereotipos negativos o prejuicios "proceden de la creencia, consciente o no, explícita o no, de la superioridad de la cultura mayoritaria"²¹. En los prejuicios sociales contra la minoría gitana, suelen operar, según los autores citados, fenómenos como "las profecías que se autocumplen"²², "la negación de la existencia de la discriminación"²³, "la culpabilización de la víctima"²⁴, "la construcción de categorías grupales formalmente no étnicas"²⁵ y de "chivos expiatorios"²⁶. Villarreal y Wagman identifican como "barreras estructurales" la "falta de capacidad de los gitanos para hacerse oír",

17 *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard Univ. Press, 2000, p. 407.

18 *Gitanos y discriminación. Un estudio transnacional*. Madrid: Fundación Secretariado General Gitano, 2001, pp. 53 ss.

19 Villarreal y Wagman, *ibidem*, p. 54.

20 *Ibidem*, p. 53.

21 *Ibidem*, p. 54.

22 *Ibidem*, p. 54. Ponen el ejemplo de los profesores que asumen el prejuicio de que los estudiantes gitanos no quieren o no pueden aprender y, por tanto, hacen poco esfuerzo por enseñarles. Los elevados índices de fracaso escolar subsiguientes sirven equivocadamente como prueba de que la valoración inicial no era un prejuicio, sino el reflejo de una realidad.

23 *Ibidem*, p. 55.

24 *Ibidem*, p. 55. Los problemas que padecen los gitanos tendrían su origen en sus propios defectos y limitaciones. No es raro tampoco oír que los gitanos son también racistas. Estas posturas, como sostienen acertadamente Villarreal y Wagman, olvidan que la cultura gitana y la mayoritaria no se encuentran precisamente en pie de igualdad y que es la primera la que está marginada por la segunda y no al revés.

25 *Ibidem*, p. 56. Por ejemplo, en el caso de la educación compensatoria, o cuando se divide a los gitanos en "buenos" (los integrados) y "malos", lo cual "no se hace con ninguna otra minoría".

26 *Ibidem*, p. 56. Para culparles de problemas sociales (tráfico de drogas, inseguridad vecinal) o de ser receptores oportunistas de una porción muy grande de ayudas sociales.

la carencia "de espacios de contacto y diálogo entre gitanos y no gitanos" y la "segregación para evitar conflictos"²⁷.

Analizar las analogías y diferencias entre la discriminación sexual y la racial también proporciona pruebas de la mayor gravedad o severidad de esta última y su distinta motivación, como sostiene, por ejemplo, Kathleen M. Sullivan²⁸. Esta autora observa cómo, en los Estados Unidos, el derecho de igual protección de las mujeres se ha ido construyendo a partir de la prohibición de discriminación racial. De un lado, "el sexo es como la raza", "visible y generalmente un rasgo inmutable que ha sido utilizado para estereotipar y clasificar, sin atender al mérito individual, en ámbitos que afectan a los beneficios públicos y al orden social de los particulares (educación, empleo, propiedad, etc.)". Pero, por otro lado, esta analogía está sujeta a ciertas "crisis", porque "el sexo difiere de la raza de modo importante en muchos aspectos... si los jueces deben mostrar una solicitud especial por las 'minorías aisladas y sin voz', debería objetarse que las mujeres ni están aisladas, ni carecen de voz ni son minoría"³¹.

La discriminación racial es la más odiosa de todas no sólo porque, como ocurre con los gitanos, afecta a los grupos sociales peor valorados por el resto de la población, sino también porque, de un lado, (a) estigmatiza a sus víctimas y, de otro, porque (b) se vierte sobre "minorías aisladas y sin voz".

a) En el derecho antidiscriminatorio, la teoría del estigma procede de Kenneth L. Karst³². Para este autor, el corazón de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía, que garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. Enunciado de modo negativo, el derecho de igual ciudadanía prohíbe a la sociedad tratar a un individuo como un miembro de una casta inferior o dependiente o como un no-participante. En otras palabras, el derecho de igual ciudadanía protege contra la degradación o imposición de un estigma, que es la actitud con la que "los normales", "la mayoría" miran a aquellos que son diferentes. Citando a Goffman, Karst afirmará: "la persona víctima de un estigma no es del todo humano". No todas las desigualdades estigmatizan. Los efectos del estigma recaen sobre las víctimas, dañando su autoestima, de modo que la mayoría llegan a aceptar como "naturales" las desigualdades perjudiciales que reciben, pero también recaen sobre toda la sociedad, que llega a elaborar una ideología del estigma para justificarlo.

Me parece fuera de toda duda que la minoría gitana encaja a la perfección en la categoría de "casta" víctima de un "estigma". Esto determina, en mi opinión, que el derecho contra la discriminación racial pueda ser (y deba ser) más incisivo que en otro tipo de discriminaciones.

b) Pero, además, los gitanos son, en sentido estricto, "una minoría aislada y sin voz" en el proceso político. Como se sabe, la doctrina de las "discrete and insular minorities" fue acuñada por el Tribunal Supremo norteamericano en la cuarta nota de pie de página de la Sentencia *Carolene Products v. U.S.*, de 1938 (ponente: Stone) y ha sido formulada teóricamente por John H. Ely³³. Según esta teoría, la prohibición constitucional de discriminación concierne principalmente a la protección judicial de aquellos grupos minoritarios que son incapaces de defenderse en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. También desde este punto de vista se refuerza la idea de que el derecho contra la discriminación racial ha de ser particularmente serio e incisivo.

Por lo que se refiere concretamente al marco constitucional, entiendo que la prohibición de discriminación racial del art. 14 CE comprende la prohibición de discriminaciones directas (cualquier trato jurídico diferente y peor en atención a la raza), la prohibición de discriminaciones indirectas (un trato jurídico diferenciado en razón de un criterio formalmente neutro, pero que impacta adversamente sobre los miembros de la minoría racial), el mandato de acciones positivas (tratos jurídicos favorables a aquéllos que fácticamente están en desventaja) y la licitud, bajo ciertas condiciones, de las discriminaciones positivas (reserva de cuotas o de plazas en listas electorales, empleo público o privado, etc.). Todos estos conceptos han sido examinados por quien esto escribe en bastantes estudios anteriores. Permítaseme, por ello, la remisión a tales textos y a la bibliografía que allí se acompaña³⁴. La interpretación que cabe realizar de la prohibición de discriminación racial es semejante a la que he formulado respecto de la prohibición de discriminación sexual, con la salvedad de que, por las peculiaridades de aquélla, el margen para las discriminaciones positivas es mucho mayor. Entiendo, en efecto, que, bajo ciertas condiciones³⁵, sería compatible con la Constitución (otra cosa es el debate sobre su oportunidad) el establecimiento de cuotas o plazas reservadas en el acceso a listas electorales, en el acceso y promoción dentro del empleo público y privado, etc.

27 *Ibidem*, pp. 57 s. Respecto a la segregación, los escenarios típicos son la vivienda y los colegios.

28 No es lo mismo, obviamente, el "paternalismo romántico" que la trágica historia del racismo, con el episodio de la esclavitud incluido.

29 "Constitutionalizing Women's Equality", *California Law Review*, vol. 90, 2002, p. 744.

30 *Ibidem*, p. 742. "Muchos de ambos grupos han sido sometidos a prejuicios sociales y estigmas cuando ellos se excedían de los roles socialmente asignados".

31 *Ibidem*, p. 743. Citando a John Hart Ely, Sullivan recuerda que "el contacto entre hombres y mujeres no puede ser mayor" (*Democracy and Distrust*, 1980, p. 164) en la vida privada (aunque se produzcan diversas segregaciones en la vida pública). Sullivan matiza que "quizás sólo aquellas mujeres que asumen roles tradicionalmente masculinos son una 'minoría aislada y sin voz' en la medida en que se apartan no sólo de los hombres, sino también del resto de mujeres" (p. 743).

32 "Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment", *Harvard Law Review*, vol. 91, nov. 1977, pp. 1-68.

33 "Equal Citizenship under the XIV Amendment", *Harvard Law Review*, vol. 91, nov. 1977, pp. 69 ss.

34 *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid: MacGraw-Hill, 1995; "Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional" (en colaboración con J.M^a Bilbao), en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Aranzadi y BCH, 1999, pp. 243-339; "El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", *Género y Derechos Humanos*, Zaragoza: Mira, 2002, pp. 79-104.

35 Ver: F. Rey, "El derecho...", *ob.cit.*, pp. 85 ss.

Kathleen M. Sullivan observa cómo, en los Estados Unidos, el derecho de igual protección de las mujeres se ha ido construyendo a partir de la prohibición de discriminación racial

En cualquier caso, como ocurre con la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres, me parece que las medidas más efectivas serán los planes de acciones positivas impulsados y monitorizados por organismos públicos especializados.

Conclusión: es necesaria una nueva estrategia de lucha jurídica contra la discriminación racial.

La Directiva 43/2000 obliga, como se sabe, a introducir algunas modificaciones en nuestra legislación. Así, por ejemplo, y como ha puesto de manifiesto la Fundación Secretariado General Gitano, una de las principales organizaciones no gubernamentales que trabajan en este campo³⁶, será necesario introducir las categorías de "discriminación indirecta" (que es de acuñación jurisprudencial –Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991– y sólo ha sido plasmada legislativamente en la legislación de extranjería³⁷), de "acoso", la inversión de la carga de la prueba por discriminación racial, etc. Pero sobre todo es la constitución del "organismo responsable de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico", así como la elaboración de planes de acciones positivas concretas y con suficiente financiación, las dos vías principales para avanzar significativamente en el campo de la igualdad étnica. A mi juicio, el modelo de promoción de tal igualdad que debería implantarse, con las adaptaciones necesarias, es uno que ha mostrado en relativamente pocos años una gran eficacia en nuestro país: el modelo de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres. Así como en Estados Unidos se ha construido el derecho contra la discriminación sexual a partir de la prohibición de discriminación racial, en España correspondería recorrer justo el camino contrario, construir el derecho contra la discriminación racial a partir del elaborado para luchar contra la discriminación hacia las mujeres. Ésa es también la tendencia en el Derecho de la Unión Europea.

De modo que ese "organismo" podría ser un organismo público, dependiente de la administración³⁸, semejante a los que en la actualidad promueven la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, tanto en el ámbito estatal, como en los autonómicos y locales (en los municipios donde hubiera una presencia significativa de población gitana). Las tres administraciones territoriales están llamadas a colaborar entre sí y también con la iniciativa social, con los interlocutores sociales, a los que la Directiva otorga un papel importante, sobre todo en el campo de la negociación colectiva, y con las organizaciones de todo tipo que prestan servicios en este campo. La idea de transversalidad, esto es, de consideración del impacto sobre las minorías étnicas de cualquier política pública, debería presidir todo el proceso. Por supuesto, debe fomentarse el asociacionismo gitano y también las sociedades "mixtas", compuestas por gitanos y no gitanos, que fomenten el diálogo e intercambio de ideas y experiencias. La promoción de la igualdad debe huir de cualquier forma de paternalismo o asistencialismo. La minoría gitana también habrá de asumir sus responsabilidades.

Uno de los problemas principales del abordaje actual de la discriminación racial es que usualmente se reduce a ser tan sólo un capítulo de los servicios sociales a personas en situación de exclusión social en general. Evidentemente, hay que plantearse cómo solucionar los problemas de los gitanos que se hallen en tales situaciones³⁹, pero con ello ni se llega a todos los gitanos ni se destruye el corazón simbólico de los estereotipos. Por eso, la estrategia tiene que ir más allá, atacando las bases ideológicas, culturales y fácticas de la discriminación. En consecuencia, han de ser fundamentales los capítulos de educación, empleo, vivienda, medios de comunicación y promoción de la cultura gitana y de la participación social y política. La minoría gitana tiene que dejar de ser socialmente *invisible*. Hacen falta más estudios sobre la situación del pueblo gitano porque apenas se conoce nada de él con certeza. Es preciso realizar periódicos recuentos étnicos para determinar la ausencia (o, por el contrario, una concentración indeseable) de miembros de la minoría en distintos ámbitos sociales. Hay que insistir en las tareas de sensibilización a la opinión pública.

Todas las áreas citadas (educación, cultura, empleo, salud, vivienda, participación y asociacionismo, colectivos de gitanos con problemática específica, imagen y medios de comunicación, etc.) podrían componer los planes de igualdad de oportunidades entre gitanos y no gitanos, con sus correspondientes acciones positivas, evaluadas periódicamente. El organismo de igualdad sería el responsable último, aunque no el único, de que el plan se ejecutara.

La igualdad étnica es un bien para las minorías aisladas y sin voz, pero también para la sociedad en su conjunto porque será una sociedad más justa y dispondrá de una mayor diversidad cultural. ■

36 "Recomendaciones para la efectiva transposición de la Directiva 2000/43", Madrid: FSGG, 2002.

37 Art. 23.2.e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros.

38 Estos órganos se han revelado, por lo general, mucho más eficaces en su campo que otras instituciones de garantía de los derechos fundamentales como son los defensores del pueblo (estatal y regionales), que son órganos comisionados de sus respectivas cámaras parlamentarias.

39 Por ejemplo, es llamativa la desproporción que hay entre el número de gitanos/as en prisión respecto de su porcentaje dentro de la población.