

**LA PROHIBICIÓN
DE DISCRIMINACIÓN RACIAL
O ÉTNICA EN LA UNIÓN
EUROPEA Y EN ESPAÑA.
EL CASO DE LA MINORÍA
GITANA**

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS PECULIARIDADES DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL O ÉTNICA. 2.1. *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.* 2.2. *La relativa ineficacia del derecho vigente contra la discriminación racial.* 2.3. *La discriminación racial es la más odiosa.* 3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. 4. CONCLUSIÓN: ES NECESARIA UNA NUEVA ESTRATEGIA DE LUCHA JURÍDICA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. ANEXOS ESTADÍSTICOS.

LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN RACIAL O ÉTNICA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA. EL CASO DE LA MINORÍA GITANA

POR

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

1. INTRODUCCIÓN

La terrible frase que 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

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.

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 suficiente 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 étnica 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, se recordarán las obligaciones que deberá asumir nuestro Estado según lo dispuesto por la Directiva 43/2000. Finalmente, 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 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 stirpe biológica y con él se alude a

² D.O.C.E. L 180/22, de 19 de Julio de 2000.

«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 en 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 nacionalsocialis-

³ Luca y Francesco CAVALLI-SFORZA: *Quiénes somos. Historia de la diversidad humana*, Crítica, Barcelona, 1994, pág. 247.

⁴ Ver: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.^a F. FERNÁNDEZ: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 182 ss.

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

⁶ Luca y Fransceso CAVALLI-SFORZA: «Quiénes somos...», *op. cit.*, pág. 247.

⁷ De hecho, el Diccionario de la Lengua de la R.A.E. 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».

mo 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 «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. En esto coinciden la mayoría de los autores que se han ocupado de estos asuntos⁸ y también ha sido advertido sagazmente por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su Sentencia *Saint Francis Coll v. Al-Khazraji* (1987): «Los tratamientos particulares que han sido generalmente escogidos para caracterizar las razas han sido criticadas por tener un significado biológico escaso. Se ha demostrado que las diferencias entre individuos de la misma raza son a menudo más grandes que las diferencias entre individuos de razas diferentes. Estas observaciones y otras han llevado a muchos científicos a concluir que las diferenciaciones raciales tienen una naturaleza en su mayor parte socio-política más que biológica».

Por todo 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, etc.⁹

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 dema-

⁸ Por todos, ver: M.^a Dolores MANCHADO, *op. cit.*, pág. 213: «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».

⁹ V. STOLCKE, «¿Es el sexo para el género como la raza para la etnicidad?», *Mientras Tanto*, n.º 48, págs. 87-133, citado por M.^a Dolores MANCHADO, *op. cit.*, pág. 214: «Las diferencias de sexo y raza son construidas ideológicamente como hechos biológicos significativos en la sociedad de clases, naturalizando y reproduciendo las desigualdades».

siado 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.

2. 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 descubrirse en relación con la discriminación étnica y, más concretamente, respecto de la minoría gitana? En mi opinión, son destacables tres ideas: (1.^a) está muy arraigada en el tiempo y afecta a numerosos espacios de la existencia; (2.^a) 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; (3.ª) por último, la discriminación racial es la más odiosa de todas por las razones apuntadas y porque es estigmatizante.

2.1. 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

La historia de los gitanos en España es la historia de una infamia, un continuo y dramático relato de persecución y hostigamiento político y social. Se tiene constancia de su presencia en la Península desde el año 1425, cuando el Príncipe aragonés Alfonso, más tarde conocido como el rey «Magnánimo», otorga una carta de paso a un grupo de gitanos en Barcelona¹⁰. En el Informe que, en el seno del Congreso de los Diputados, la Subcomisión para el estudio de la problemática del pueblo gitano evacuó el 17 de diciembre de 1999¹¹, se trata una breve descripción histórica de la presencia de los gitanos en nuestro país, a la que nos remitimos. Recordaremos aquí tan sólo que los intentos de asimilación a la cultura dominante se produjeron casi desde el mismo comienzo de su llegada. Así, ya en 1499 se promulga la Primera Pragmática antigitana de nuestra historia, que obligaba a los gitanos, para instarles a llevar una vida sedentaria, a asentarse con oficios conocidos en las distintas poblaciones peninsulares o, en caso contrario, a ser expulsados. Durante los sucesivos reinados de los Austrias la política discriminatoria contra el pueblo gitano continuó siendo la tónica dominante¹².

¹⁰ Parece ser que el Camino de Santiago fue una vía de penetración significativa de gitanos del norte de Europa, pero la entrada masiva de gitanos procedentes del Mediterráneo oriental se produjo a partir de 1480 tras la caída de Constantinopla en 1453.

¹¹ B.O.C.G. Congreso de los Diputados VI Legislatura (serie D, General, n.º 520). El Pleno del Congreso creó, mediante Resolución de Presidencia de 26 de junio de 1996, dicha Subcomisión, en el marco de la Comisión de Política Social y Empleo, para el estudio de la problemática del pueblo gitano.

¹² «Carlos I ordenó la promulgación de nuevas disposiciones represivas en distintos momentos de su vida como Rey de las Españas. Así, entre otras, se promulgaron Reales Pragmáticas y Decretos en 1525, 1528, 1534, 1539, 1545, 1548 y 1551 entre otras fechas. Todas estas normas perseguían el mismo fin que sus antecesores los Reyes Católicos, a saber, preservar la unidad territorial, cultural y religiosa y reprimir cualquier brote diferenciador. No obstante, a pesar de la dureza

En el siglo XVII la situación de los gitanos en España empeoró: se les obligó a abandonar sus oficios habituales y a dedicarse exclusivamente a la agricultura; a residir en ciudades de más de mil habitantes, prohibiéndoles la tenencia y la venta de ganado, bajo pena de expulsión del Reino (Pragmática de 20 de octubre de 1619, de Felipe III); también se les prohibió (por Felipe IV) toda exhibición externa de dato distintivo de su forma de vida y cultura, incluso, el de utilizar su propia lengua; Carlos II (Pragmática de 1695) les intenta confinar en un número determinado de pueblos y localidades del Reino; se les obligaba a comparecer ante las justicias correspondientes para hacer constar su filiación, oficio y propiedades (en caso contrario, eran castigados a galeras si eran hombres y a cien azotes si eran mujeres).

Con el siglo XVIII, y el establecimiento de los Borbones en España, la política de homogeneidad cultural continuará en parecidos términos o peores. El Informe destaca la Pragmática de 1717, en la que se trataba de conseguir la asimilación de las etnias minoritarias en el Reino de España obligando a los gitanos a residir en determinados lugares de los que no podían desplazarse sin autorización de la justicia. En 1738 se dictará una nueva Pragmática que pretende controlar los movimientos de los grupos gitanos en la península. Se insiste en señalar las ciudades y villas concretos en que debían asentarse las familias gitanas. Durante el Reinado de Fernando VI un gran número de familias gitanas, se calcula que en torno a 14.000 personas, fueron internadas en las minas de Almadén y en los arsenales de Cartagena, Cádiz y El Ferrol, medida de internamiento que duró hasta Carlos III, que en 1765 permitió volver a sus casas a estos colectivos. Carlos III promulgó la Pragmática de 19 de septiembre de 1783, que estaría vigente hasta la Ley de 1878 bajo el reinado de Alfonso XII. La norma establecía la igualdad de los gitanos con los demás súbditos, aunque para ello se pretendiera hacer olvidar sus raíces, pues se prohibía la utilización del término «gitano», por considerarlo una injuria grave. En 1749 se produce un acontecimiento que se recuerda como hito histó-

de estas normas contra los grupos gitanos, no consiguieron el efecto deseado de controlar su población y obligarles a llevar una vida sedentaria. Felipe II continuó la misma política que su progenitor, con la peculiaridad de ampliar el ámbito al que iban dirigidas estas disposiciones discriminatorias, incluyendo en su marco a los vagabundos y, en general, a todos aquellos que practicaban la mendicidad o no tuvieran domicilio u oficio establecido o conocido. Con todo, en su Reinado se produjo un fuerte aumento del sentimiento xenófobo de la población produciéndose, consecuentemente, un aumento de la crispación contra los gitanos» (Informe, cit., págs. 1 s.).

rico de la xenofobia ancestral contra los gitanos, la «Gran Redada»: en una sola noche fueron detenidos miles de ellos, que permanecerían en prisión durante años¹³.

¿Cambió sustancialmente este estado de cosas con la irrupción en España del constitucionalismo? La respuesta es que no demasiado, aunque la Constitución de Cádiz de 1812 supuso para los gitanos un avance importante ya que, al abandonar el antiguo criterio de ciudadanía española ligada a la exigencia de residencia fija, ligándola ahora con haber nacido en territorio español, reconoció su situación jurídica como ciudadanos españoles. Durante el reinado de Isabel II se publica el Decreto de 22 de agosto de 1847 en el que se obligaba a los gitanos a llevar consigo, además de los papeles personales, otro documento que identificara el número y características de sus animales y un tercero que indicaba las transacciones que había realizado con ellos. A comienzos del siglo XX se dictará el Reglamento de 24 de abril de 1905 sobre el régimen de los animales y propietarios, que disponía la detención de los gitanos si traficaban con animales y no contaban con los documentos acreditativos de su propiedad. Bajo el franquismo el pueblo gitano continuó siendo objeto de graves discriminaciones. El Informe de la Subcomisión recuerda, por ejemplo, el Reglamento de la Guardia Civil de 1943, en el que se decía que «se vigilará escrupulosamente a los gitanos, cuidando mucho de reconocer todos los documentos que tengan, averiguar su modo de vida y cuanto conduzca a una idea exacta de sus movimientos y ocupaciones... conviniendo tomar de ellos todas las noticias necesarias para impedir que cometan robos...». A lo que se ve, la frase de Cervantes con la que se iniciaba este trabajo acertaba en describir un estereotipo negativo o prejuicio que perdurará durante siglos en España: detrás de todo gitano hay un ladrón. Se puede afirmar, pues, que ha habido en España una historia secular de *racismo institucional* contra los gitanos administrado invariablemente por los poderes públicos.

Pero, en el momento presente, ¿cuál es la situación de la minoría gitana en España?, ¿cuáles son los principales escenarios de discriminación? Nuevamente, el Informe de la Subcomisión parlamentaria proporciona algunas pistas interesantes para el análisis. De hecho, por su interés, se adjuntan como anexos en este trabajo los mismos que acompañan al Informe, con datos actualizados hasta finales de 1999, y se traen a continuación las afirmaciones más significativas.

¹³ «Informe...», *op. cit.*, págs. 1 ss.

Aunque no existen datos fiables, se estima que la población gitana española supera el medio millón de personas (la tercera parte de la población gitana de la Unión Europea). Se trata de una población muy joven. Casi la mitad tiene menos de 16 años, las dos terceras partes menos de 25 años y cinco de cada cien alcanzan los 65 años. Con un alto crecimiento demográfico que supera el 5 por 100, frente al crecimiento mínimo del resto de la población española, los gitanos se duplican cada tres lustros, siendo el grupo humano más prolífico del mundo. El tamaño medio de la familia gitana es de 5,4 miembros, frente a los 3,7 de la familia media española. Se ha producido un progresivo sedentarismo de la población gitana en nuestro país, que llega a un 95 por 100, siendo el nomadismo prácticamente residual. Los principales escenarios de discriminación hacia la minoría gitana son los siguientes.

a) Cultura e identidad cultural

Uno de los rasgos más característicos de los gitanos es su identidad cultural, pero la falta de actuaciones encaminadas a la conservación y desarrollo de la cultura gitana, está poniendo en peligro su idioma, el Romanó, y los valores de sus tradiciones. El Informe propugna «reforzar los esfuerzos encaminados a la recuperación, cuidado y promoción de los valores culturales y señas de identidad de la comunidad gitana»¹⁴.

b) Vivienda

«Una gran proporción de los gitanos habita en «viviendas de un nivel indecoroso». Ocupan el 95 por 100 de las chabolas o infraviviendas de los grandes núcleos urbanos. El 80 por 100 de estas viviendas tienen menos de 50 metros cuadrados y en ellas se albergan familias cuyo promedio es del 5,4. Los asentamientos chabolistas carecen de infraestructuras y servicios básicos. El Informe destaca, además, que para aquellas familias gitanas que han accedido a viviendas normalizadas integrándose con el conjunto de la población, se producen problemas como: (1.º) el hacinamiento en determinados barrios, que con estas características de excesiva concentración de familias gitanas

¹⁴ Informe..., *op. cit.*, pág. 6.

no los hace idóneos para una auténtica integración con los restantes habitantes de las poblaciones en que se encuentran; (2.º) el deterioro más rápido de las viviendas y del entorno de éstas, lo que determina, a su vez, que no se generen espacios para la participación y socialización, tan esenciales para la cultura gitana; o (3.º) el hacinamiento que se produce en este tipo de viviendas en las que viven varias familias. Frente a esta situación, el Informe cree conveniente «impulsar el acceso a una vivienda digna en un entorno adecuado como condición esencial para la promoción e integración de las familias gitanas»¹⁵.

c) Empleo

«La situación laboral de la población gitana en España es muy peculiar si se compara con la del resto de los ciudadanos. La venta ambulante es hoy la actividad mayoritaria, seguida de la recogida de chatarra y cartonaje y el temporerismo, sobre todo en las Comunidades de Extremadura, Murcia y Andalucía. Es especialmente preocupante la situación de las mujeres y los jóvenes gitanos que acuden con muy escasa formación a un mercado laboral muy competitivo. Además de la falta de formación, se carece, en muchas ocasiones, de modelos o ejemplos en las familias para acceder a otro tipo de trabajos que no sean los tradicionales o, en el caso de las mujeres, al desempeño de puestos de trabajo que exigen actividades que chocan con los patrones culturales gitanos. El trabajo se concibe como una necesidad y no como un fin en sí mismo. El hecho de no realizar trabajos por cuenta ajena, implica muchas veces una marginación con el entorno social. Esta filosofía económica permite que la elección de actividades sea resultado de un compromiso provisional entre la necesidad de tener fuentes de ingresos y el deseo de comenzar un estilo de vida dentro de un contexto socioeconómico y cultural cambiante. Si se hiciera una clasificación de las ocupaciones del colectivo gitano dentro del mercado laboral podrían sacarse las conclusiones siguientes: (1.º) Existe un gran grupo de gitanos que para sobrevivir han buscado labores propias, fuera de los mercados formales, como son la venta ambulante o recogida de chatarra o desechos. (2.º) Hay un grupo de trabajadores gitanos que ha logrado establecerse como pequeños comerciantes, administrativos o funcionarios. Este segmento, aunque sea pequeño, tiene un crecimiento progresivo y sobre todo es importante como ele-

¹⁵ Informe..., *ibidem*, pág. 7.

mento de referencia para otros gitanos. (3.º) Un tercer grupo de gitanos mantiene una serie de trabajos tradicionales, adaptándolos a las necesidades actuales de la sociedad (cesteros, caldereros, anticuarios, etc.). En consecuencia, el gran obstáculo que tiene el colectivo gitano en el mercado laboral de nuestros días es precisamente el paso de lo informal a lo formal. La gran habilidad y destreza natural para el comercio no se ve correspondida por la capacidad para realizarla de modo reglado, organizado, mercantil y empresarial, debido sobre todo a su escasa cualificación y profesionalización. Lo anterior determina las graves dificultades que tienen los gitanos para acceder al empleo debido sobre todo a las siguientes circunstancias. Las profesiones de las que han vivido tradicionalmente están en recesión, muchas de ellas resultan inviables para las nuevas generaciones. Son muy pocos los gitanos que acceden a la oferta de formación profesional normalizada, sobre todo por falta de adaptación de estos cursos a las características y circunstancias de los gitanos. Las condiciones de vida, junto a determinados hábitos culturales, inciden negativamente a la hora de acceder al empleo»¹⁶.

d) Educación y formación

La realidad escolar y educativa no es muy diferente. «El 70 por 100 de los adultos gitanos carecen de instrucción. El 60 por 100 de los niños en edad escolar no acuden regularmente a clase, la mayoría de la población gitana no alcanza el primer nivel de cualificación profesional y es muy escaso el número de jóvenes gitanos en centros de enseñanza media y universitaria. La lengua, historia y cultura gitanas están prácticamente ausentes de los currícula escolares. Asimismo, las Administraciones educativas deberían velar para que los niños gitanos no se concentren en un solo centro educativo, posibilitando mediante los medios adecuados el acceso a colegios privados en igualdad de condiciones, y romper así la dinámica gitano-colegios públicos. Los programas de apoyo y seguimiento escolar parecen muy positivos, no debiéndose limitar exclusivamente a actividades relacionadas con el absentismo escolar. Deberían, también, marcarse prioridades en la planificación de estos programas, como son la incorporación de los niños y niñas gitanos a edad temprana y la transición de primaria a secundaria. Es necesario evaluar estos programas de

¹⁶ Informe..., *op. cit.*, pág. 8.

seguimiento escolar, en primaria y secundaria, y de absentismo escolar, entre otros aspectos. Igualmente, la formación del profesorado se hace prioritaria, así como la vigilancia de los libros de texto que se utilizan en los centros, en cuanto a los mensajes negativos que pudieran emitir sobre los gitanos»¹⁷.

e) *Salud*

«Se observa una mayor incidencia de determinadas enfermedades en grupos gitanos, una menor esperanza de vida de los hombres y aún menor de las mujeres, y la existencia de unos grupos de riesgo como son los niños y los ancianos. Algunos de los problemas de salud más significativos serían la nutrición inadecuada, malformaciones infantiles, insuficiente cobertura de vacunación, inasistencia a los centros de salud, drogodependencia, sobre todo más notable en la juventud. En cuanto a la mujer, son alarmantes los datos que se apuntan respecto a su situación de salud: envejecimiento prematuro, tendencia a la depresión y enfermedades mentales, altas tasas de fecundidad en edades prematuras». El Informe postula, a la vista de esta situación, «mejorar los programas de prevención, promoción, educación y recuperación de la salud, trabajando en el medio familiar y comunitario, contando con la participación activa de los gitanos, como agentes de su propia salud. En este sentido, habría que reforzar el trabajo con las mujeres gitanas, dado su importante papel en la educación de los hijos. Y también una mejor formación de los profesionales sanitarios que, en muchas ocasiones desconocen la cultura gitana, sus costumbres y hábitos»¹⁸.

f) *Acción social*

La Subcomisión concluye que «la situación de exclusión social en que se encuentran muchos colectivos gitanos exigiría por parte de todas las Administraciones públicas una política social activa que tuviera en cuenta sus especiales rasgos culturales y étnicos. Esta política debería desarrollar medidas de sensibilización para mejorar la imagen social de la comunidad gitana. Asimismo, sería conveniente hacer

¹⁷ Informe..., *ibidem*, pág. 8 s.

¹⁸ Informe..., *ibidem*, pág. 9.

llegar a los medios de comunicación social la idea de que cuiden los mensajes que se transmiten sobre la población gitana, debiendo promocionar los elementos enriquecedores y positivos de la cultura gitana. Confeccionando un código deontológico respecto al pueblo gitano elaborado por los profesionales de la información. Parece igualmente conveniente promover el acceso de los colectivos gitanos a la información, así como a aquellos foros sociales y representativos donde se debaten cuestiones que les afecten directamente»¹⁹.

g) Mujeres

El Informe realiza una mención especial para las mujeres gitanas, las cuales «han mantenido en el colectivo un lugar y una actividad muy concreta por tradición y costumbre, desarrollada en el entorno estrictamente familiar. El papel social ha sido el de ser la transmisora de los valores y las costumbres de la cultura gitana. La situación de la mujer gitana en la actualidad ha sufrido un proceso de evolución, aunque más lento que en el resto de la sociedad, debido sobre todo a sus condiciones sociales y familiares. Las mujeres gitanas tienen una baja cualificación educativa y profesional lo que dificulta su acceso al mercado laboral». Se hace, pues, conveniente, a juicio de la Subcomisión, «un apoyo técnico y financiero, así como de información en los foros de mujeres por parte de los centros de mujeres de las distintas Administraciones y de apoyo para que las gitanas que han estudiado sirvan de modelo de referencia a otras mujeres gitanas»²⁰.

h) Medios de comunicación

«La rápida e importante entrada de los medios audiovisuales en las comunidades gitanas se encuentra en estrecha relación con que éstos transmiten sus contenidos de modo oral y visual al igual que se ha hecho tradicionalmente en la cultura gitana. Los medios de comunicación modifican los hábitos de la población, pero en el caso de las comunidades gitanas esta interpenetración de los medios es mucho más profunda, cambiando sus conductas y perdiendo parte de sus tra-

¹⁹ Informe..., *ibidem*, pág. 9.

²⁰ Informe..., *ibidem*, pág. 9.

diciones culturales. Por ello, en la era de las comunicaciones, los medios audiovisuales pueden ser un instrumento enormemente positivo en la promoción del pueblo gitano dada la capacidad de penetración que tienen en el mismo. La potenciación de espacios en los medios de comunicación con contenidos gitanos, así como medios gitanos en sentido estricto, frecuencias de radio y publicaciones, por ejemplo, ayudarán a una mayor comprensión de la problemática gitana por parte de la sociedad mayoritaria y de la comunidad gitana»²¹.

i) Racismo

Los prejuicios racistas, constata el Informe, «afectan de manera muy importante a los gitanos, por lo que es conveniente adoptar medidas contundentes encaminadas a combatir el racismo y la discriminación en nuestra sociedad»²². Este punto, verdaderamente central en cuanto explicativo del resto, ha sido aludido de forma demasiado esquemática por la Subcomisión, a mi juicio. Si bien es preciso reconocer que en los distintos escenarios de discriminación, el Informe, junto con una breve descripción de las principales agresiones que sufre la minoría gitana, recoge algunos objetivos que pueden servir, en su momento, para concretar algunas acciones positivas.

j) Participación

«La escasa participación de los gitanos en la elaboración y aplicación de las políticas encaminadas a superar su situación de discriminación es una causa de la falta de eficacia de estas actuaciones». Parece conveniente, afirma la Subcomisión, «promover esta participación que haría más eficientes las medidas adoptadas y favorecerían la incorporación de los gitanos a la vida social normalizada»²³. A esto habría que añadir que muy pocos miembros de la minoría gitana han ocupado cargos públicos, tan sólo un Diputado en el Congreso y dos Concejales²⁴.

²¹ Informe..., *ibidem*, págs. 9 s.

²² Informe..., *ibidem*, pág. 10.

²³ Informe..., *ibidem*, pág. 10.

²⁴ Pedro AGUILERA: «La participación política en la comunidad gitana», *Gitanos, pensamiento y cultura*, n.º 4, pág. 25. En total, se han presentado 15 candidatos gitanos a ocupar concejalías y 2 a cargos en Parlamentos territoriales, pero,

La realidad del pueblo gitano en España es, por tanto, 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 la que siguen recayendo estereotipos racistas y que sigue 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.

2.2. 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 por el momento al Derecho Comunitario, diversos textos internacionales que prohíben el racismo, ya sea declaraciones generales sobre derechos humanos (art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁵, art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶ y art. 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales)²⁷, 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 n.º 111 OIT, o regionales, como el Convenio Marco núm. 157 del Consejo de Europa

de los 17 tan sólo resultaron elegidos dos. De esos 17 candidatos, 13 fueron presentados por partidos políticos de centro/izquierda y tan sólo 4 por partidos de centro/derecha. Se demuestra, una vez más, la mayor cercanía (aunque tampoco puede calificarse precisamente como de excesiva en este punto) del pensamiento de izquierdas hacia el discurso de la igualdad.

²⁵ «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color...».

²⁶ «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color...».

²⁷ «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de... raza, color...».

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. 9.2²⁸ y 14²⁹ 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)³⁰, la discriminación en los servicios públicos (art. 511)³¹ y la discriminación profesional o

²⁸ «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».

²⁹ «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... raza».

³⁰ 1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

³¹ 1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este Artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

empresarial (art. 512)³². 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. 23³³.

³² Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años.

³³ Art. 23. Actos discriminatorios.

1. A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

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 cofinanciación 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 no especialmente interesante en cantidad, aunque sí en

2. En cualquier caso, constituyen actos de discriminación: a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad. b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad. c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad. d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad. e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

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»³⁴.

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

³⁴ Esta Sentencia es analizada por Agustín E. Asís en «Discriminación por razón de la raza», *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1982, págs. 16-27.

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»³⁵.

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»³⁶;

³⁵ 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.

³⁶ 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».

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 xenófobo, pues, entre otras razones, es contraria a la dignidad humana (art. 10.1 CE)³⁷; 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 «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

³⁷ «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».

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 efectuar 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 diversos atenuantes derivados 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 desalentadoras³⁸. 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 períodos 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 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 insta-

³⁸ Sentencias *Beard*, *Coster*, *Chapman*, *Jane Smith* y *Lee* contra el Reino Unido, todas ellas de 18 de enero de 2001.

larse 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.

2.3. 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»³⁹. Fernando Villarreal y Daniel Wagman han analizado minuciosamente las «dinámicas de la discriminación racial»⁴⁰. 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»⁴¹. 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 juerguistas incapaces de trabajar), ni vienen normalmente sino a «legitimar el corpus de estereotipos negativos»⁴². 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»⁴³. En los prejuicios sociales contra la minoría gitana, suelen operar, según los autores citados, fenómenos como «las profecías que se autocumplen»⁴⁴, «la negación de la exis-

³⁹ *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard Univ. Press, 2000, pág. 407.

⁴⁰ *Gitanos y discriminación. Un estudio transnacional*, Fundación Secretariado General Gitano, Madrid, 2001, págs. 53 ss.

⁴¹ VILLARREAL Y WAGMAN, *ibidem*, pág. 54.

⁴² *Ibidem*, pág. 53.

⁴³ *Ibidem*, pág. 54.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 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.

tencia de la discriminación»⁴⁵, «la culpabilización de la víctima»⁴⁶, «la construcción de categorías grupales formalmente no étnicas»⁴⁷ y de «chivos expiatorios»⁴⁸. Villarreal y Wagman identifican como «barreras estructurales» la «falta de capacidad de los gitanos para hacerse oír», la carencia «de espacios de contacto y diálogo entre gitanos y no gitanos» y la «segregación para evitar conflictos»⁴⁹.

Otro rasgo característico de la discriminación racial, apuntado por A. de Asís Roig, es el de su «labilidad»: en efecto, «es fácil encubrir bajo otras apariencias... este tipo de marginación, hasta tal punto que hacen difícilmente perceptible esa discriminación desde el punto de vista concreto aunque pueda sentirse desde el punto de vista social»⁵⁰. En mi opinión, la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2001, antes analizada, es un magnífico ejemplo de ello.

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 motivación⁵¹, como sostiene, por ejemplo, Kathleen M. Sullivan⁵². 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 gene-

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 55.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 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.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 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».

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 56. Para culparles de problemas sociales (tráfico de drogas, inseguridad vecinal) o de ser receptores oportunistas de una porción muy grande de ayudas sociales.

⁴⁹ *Ibidem*, págs. 57 s. Respecto a la segregación, los escenarios típicos son la vivienda y los colegios.

⁵⁰ «Discriminación...», *op. cit.*, pág. 10. La discriminación racial posee «una extrema intercambiabilidad» con otros rasgos (como la lengua, la nacionalidad, la extranjería, etc.) «que impiden en algún caso descubrir la existencia de verdaderas situaciones de diferenciación racial» (pág. 15).

⁵¹ No es lo mismo, obviamente, el «paternalismo romántico» que la trágica historia del racismo, con el episodio de la esclavitud incluido.

⁵² «Constitutionalizing Women's Equality», *California Law Review*, vol. 90, 2002, pág. 744.

ralmente 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.)⁵³. 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»⁵⁴.

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. Karst⁵⁵. 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 aquéllos 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 re-

⁵³ *Ibidem*, pág. 742. «Muchos de ambos grupos han sido sometidos a prejuicios sociales y estigmas cuando ellos se excedían de los roles socialmente asignados».

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 743. Citando a John HART ELY, SULLIVAN recuerda que «el contacto entre hombres y mujeres no puede ser mayor» (*Democracy and Distrust*, 1980, pág. 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» (pág. 743).

⁵⁵ «Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment», *Harvard Law Review*, vol. 91, nov. 1977, págs. 1-68.

caen 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. Ely⁵⁶. 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 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 acompaña⁵⁷. La

⁵⁶ «Equal Citizenship under the XIV Amendment», *Harvard Law Review*, vol. 91, nov. 1977, págs. 69 ss.

⁵⁷ *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, MacGraw-Hill, Madrid, 1995; «Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional» (en colaboración con J. M.^º BILBAO), en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Aranzadi y BCH, 1999, págs. 243-339; «El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», *Género y Derechos Humanos*, Mira, Zaragoza, 2002, págs. 79-104.

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 condiciones⁵⁸, 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. En cualquier caso, como ocurre con la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres, me parece que las medidas más efectivas serían los planes de acciones positivas impulsados y monitorizados por organismos públicos especializados. Sobre esto se volverá más adelante.

Como se advirtió al comienzo de este estudio, la Directiva 2000/43 obliga a los Estados Miembros de la Unión a adoptar ciertas medidas de lucha contra la discriminación racial. Se trata de una magnífica oportunidad para impulsar nuevas estrategias. Analizaremos, pues, a continuación dicha Directiva y dedicaremos un último epígrafe a valorar qué tipo de modelo podría implantarse.

3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El 29 de junio de 2000 se aprobó, con fundamento en el art. 13 del Tratado CE⁵⁹, sin que pueda olvidarse tampoco el posterior art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶⁰, la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Se trata de una importante Directiva que, en el contexto del «paquete de medidas contra la discriminación» aprobado por la Comisión el

⁵⁸ Ver: F. REY, «El derecho...», *op. cit.*, págs. 85 ss.

⁵⁹ «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar decisiones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

⁶⁰ Carta de Niza, de 7 de diciembre de 2000: «Se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de... raza, color, orígenes étnicos o sociales...».

25 de noviembre de 1999⁶¹, marca un antes y un después en la política comunitaria contra el racismo. Hasta la fecha, en efecto, no se había dictado disposición jurídica alguna sobre esta materia, aunque la lucha contra la discriminación racial hubiera entrado crecientemente desde finales de los años 90⁶² en la agenda de las políticas europeas, como lo demuestra la abundante actividad exhibida. Así, el Parlamento Europeo había adoptado varias resoluciones relativas a la lucha contra el racismo⁶³. La Comisión presentó una Comunicación sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo en diciembre de 1995, a partir de la cual el Consejo y los representantes de los gobiernos de los Estados miembros aprobaron el 23 de julio de 1996 una Resolución mediante la que se proclamó 1997 el Año Europeo contra el Racismo⁶⁴ y ese mismo año el Consejo creó un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia con sede en Viena y con la función de proporcionar a la Unión y a los Estados miembros información objetiva, fiable y comparable sobre estos fenómenos. El 25 de marzo de 1998, la Comisión adoptó una Comunicación que establecía un Plan de acción contra el racismo⁶⁵. El

⁶¹ Junto con la propuesta de Directiva 43/2000, integraban el «paquete» la propuesta de Directiva (más tarde aprobada como 2000/78/CE) relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la propuesta de Decisión (que sería luego la número 2000/750/CE del Consejo) por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001 a 2006).

⁶² Aunque ya desde el 5 de abril de 1977, con la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los derechos fundamentales, las instituciones europeas venían declarando su compromiso a favor de la defensa de los derechos humanos y condenado la intolerancia, el racismo, la xenofobia y el antisemitismo.

⁶³ Por ejemplo, en su Resolución sobre el ascenso del racismo y la xenofobia en Europa, de 21 de abril de 1993, el Parlamento afirmó que el racismo y la xenofobia hacen vacilar «los fundamentos de la democracia, la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» (D.O.C.E. C 150, de 31 de mayo de 1993, pág. 127).

⁶⁴ D.O.C.E. 237, de 15 de agosto de 1996, pág. 1.

⁶⁵ El Programa financia proyectos destinados a prevenir y combatir la discriminación debida al origen étnico o racial, a la religión o a las convicciones. Tiene un presupuesto de unos cien millones de euros y se centra en tres ámbitos: (1.º) análisis y evaluación de la discriminación, con el objetivo de confeccionar una imagen precisa de las causas de discriminación y de identificar los mejores métodos de combatirlas; (2.º) desarrollo de la capacidad para luchar contra la discriminación, alentando el intercambio de información y de buenas prácticas entre organizaciones de los diferentes países y apoyando a las redes europeas de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la lucha contra la discriminación; (3.º) sensibilización sobre la lucha contra la discriminación (*cf.* Comunicación de la

Consejo adoptó el 15 de julio de 1996 la Acción Común 96/443/JAI relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia⁶⁶. El Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) invitó a la Comisión «a presentar cuanto antes propuestas para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 13 del Tratado CE en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia». El Consejo Europeo aprobó en Helsinki (10 y 11 de diciembre de 1999) las Directrices para el empleo de 2000, subrayando la necesidad de promover las condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación contra grupos tales como las minorías étnicas.

Esta línea evolutiva de la lucha europea contra el racismo ha desembocado, por el momento, en la Directiva 2000/43, cuyo objetivo, es «establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato» (art. 1). El legislador comunitario ha tomado en cuenta expresamente el principio de subsidiariedad del art. 5 del TCE⁶⁷. Se pretende, tan sólo, establecer un marco mínimo dirigido a prohibir la discriminación basada en el origen racial o étnico y un nivel mínimo de tutela jurídica dentro de la Unión Europea para las personas que hayan sido o puedan ser víctimas de discriminación racial. La Directiva 43/2000 mantiene una estructura gemelar respecto de la otra Directiva que integraba el «paquete contra la discriminación» aprobada por la Comisión el 25 de noviem-

Comisión: Contribución a la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia, Bruselas, 1 de junio de 2001, pág. 9).

⁶⁶ D.O.C.E. L 185, de 24 de julio de 1996, pág. 5. Su principal objetivo era establecer una cooperación judicial efectiva entre los Estados miembros para facilitar la lucha contra el racismo y la xenofobia. La acción común subraya la necesidad de impedir que los autores de las infracciones en esta materia se aprovechen de su distinto tratamiento por parte de los diferentes Estados miembros, desplazándose de uno a otro para eludir las diligencias. Para lograr este objetivo, la acción común establece una lista de actividades racistas que los Estados miembros acuerdan considerar actos criminales.

⁶⁷ En el párrafo 28 del preámbulo de la Directiva se lee que el objetivo de garantizar un nivel elevado de protección contra la discriminación igual en todos los Estados miembros «no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros», por lo que «puede lograrse mejor, debido a la dimensión y repercusión de la acción propuesta, en el ámbito comunitario», eso sí, dentro del respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del art. 5 del Tratado CE (de modo que la Directiva «se limita a lo estrictamente necesario para alcanzar dichos objetivos», no excediendo «de lo necesario para ese propósito»).

bre de 1999, la Directiva del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo plazo de transposición finaliza el 2 de diciembre de 2003. Las diferencias más significativas entre ambas Directivas se reducen a tres hechos: la última Directiva citada se refiere a las discriminaciones por razón de «religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual» (art. 1); su ámbito de aplicación se refiere sólo al empleo (mientras que en el caso de la Directiva 43/2000 el ámbito, como se verá, es sensiblemente mayor); y, por último y lógicamente, porque la diferente situación de cada grupo social en desventaja requiere una respuesta jurídica parcialmente distinta, el derecho antidiscriminatorio relativo a la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, está sujeto a un mayor número de limitaciones que el que se refiere al origen racial⁶⁸.

La Directiva 43/2000 se ordena en cuatro capítulos. El primero estipula las «disposiciones generales», el segundo los «recursos y cumplimiento», el tercero «los organismos de promoción de la igualdad de trato» y el cuarto alberga las «disposiciones finales».

En el Capítulo primero se explicita el marco conceptual de la Directiva en relación con la discriminación racial, importándolo claramente del que las instituciones europeas han ido acuñando en el ámbito de la discriminación sexual. El paralelismo de la respuesta jurídica antidiscriminatoria en ambos escenarios es uno de los datos más significativos a retener inicialmente de la Directiva 2000/43, y deberá tenerse en cuenta, a mi juicio de un modo determinante, en el momento de su transposición. La Directiva entiende por *igualdad de trato* «la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico» (art. 2.1). Existirá discriminación *directa* «cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable» (art. 2.2.a). Se producirá una dis-

⁶⁸ En el art. 2.5 de la Directiva se dispone que «la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que en una sociedad democrática son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos». En diversos preceptos se explicitan diversas peculiaridades respecto de cada rasgo sospechoso. Así, por ejemplo, se permite a los Estados, en el art. 3.4 exceptuar a las Fuerzas Armadas de lo previsto en la Directiva respecto de la discriminación por edad y por discapacidad.

crimación *indirecta* «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios» (art. 2.2.b). La semejanza con el derecho antidiscriminatorio por razón de sexo es notoria, pues el concepto de discriminación que se acoge procede de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, de la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba, y de la jurisprudencia del Tribunal en materia de discriminación en los ámbitos de igualdad de trato entre hombres y mujeres y libre circulación de trabajadores. La similitud llega a ser de tal magnitud que el apartado tercero del art. 2 especifica como modalidad de discriminación (cabe suponer que, normalmente, directa) la conducta del *acoso*, con la lógica salvedad de que este acoso racial no puede referirse, a diferencia del acoso sexual, al «acoso quid pro quo o de chantaje», sino tan sólo al denominado «acoso ambiental», esto es, aquel «comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

La prohibición de discriminaciones directas e indirectas no impide, sin embargo, tal y como prevé el art. 4, que los Estados miembros puedan disponer que «una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado». El límite que introduce esta disposición también es conocido en el derecho antidiscriminatorio por razón de sexo, en el que el art. 2.2 de la capital Directiva 76/207 admitía ciertas actividades profesionales excluidas para las mujeres en aquellos casos en los que el sexo es una condición determinante de la actividad profesional, en razón de la naturaleza o de las condiciones de ejercicio, y el art. 9.2 de esa misma Directiva exigía que los Estados miembros procedieran a un examen periódico de dichas actividades profesionales excluidas, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener la exclusión, comunicando a la Comisión el resulta-

do del examen⁶⁹. Por cierto que esta última previsión hubiera sido especialmente oportuna en relación con la exclusión, o restricción, o simple diferencia de trato en el acceso, promoción, etc., de ciertas profesiones por razón del origen racial o étnico, pues añadiría al juicio de proporcionalidad al que se refiere el art. 4 de la Directiva 2000/43 (que exige «objetivo legítimo» y «requisito proporcionado»), una garantía concreta a las, por definición, siempre sospechosas diferenciaciones de trato por origen racial (en cuanto presuntos límites de un derecho fundamental) y, por consiguiente, de interpretación estricta⁷⁰.

Pero no todo el derecho antidiscriminatorio se contrae en los conceptos de discriminación directa e indirecta. La Directiva alude también, como no podía ser de otro modo, a la figura de la «acción positiva». En el art. 5 se lee: «Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto». A mi juicio, sin embargo, el principio de igualdad de trato no sólo no impide tales medidas o acciones positivas, sino que, más precisamente, las reclama. El legislador comunitario parece ser deudor de un modelo conceptual subyacente que comprende las acciones positivas como una excepción «benigna» y lícita de la prohibición de discriminación (directa e indirecta), del mismo modo que la eventual diferenciación de trato respecto de ciertos requisitos profesionales, prevista en el mencionado art. 4, constituiría una suerte de excepción «negativa», aunque también lícita bajo ciertas condiciones. El punto débil de esta construcción es, según creo, la asimilación teórica que parece desprenderse de la Directiva entre «prohibición de discriminación» e «identidad de trato». La prohibición de discriminación

⁶⁹ Estos preceptos han sido interpretados por el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones, ver: Fernando REY, «El derecho fundamental...», *op. cit.*, págs. 73 s.

⁷⁰ El párrafo 18 del preámbulo de la Directiva específica, no obstante, que esta diferencia de trato sólo podrá justificarse «en muy contadas ocasiones» y que, en cualquier caso, deberán figurar tales tratos diferenciados «en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión». Por su parte, la propuesta de Directiva 2000/43 presentada por la Comisión (COM 1999, 566 final), pone dos ejemplos de actividades profesionales excluidas: «el caso de personas de un origen racial o étnico concreto que resultan necesarias en aras de la autenticidad de una representación teatral, o el caso de los asistentes sociales que proporcionan sus servicios a individuos pertenecientes a un grupo étnico específico, cuya labor de asistencia personal puede ser más eficaz si ellos mismos forman parte de dicho grupo».

no exige, sin embargo, un trato jurídico idéntico entre el grupo social en desventaja y la mayoría aventajada porque, en ese caso, el derecho operaría como un instrumento de conservación del *statu quo* más que como un punto de partida para un desarrollo futuro más igualitario. Evidentemente, es preciso distinguir el trato jurídico más favorable a un grupo social que sufra alguna desventaja en el plano fáctico (acción positiva), que es la técnica a la que estamos aludiendo ahora, de un posible trato jurídico menos favorable (como sería el previsto en el art. 4 de la Directiva), que debería calificarse, en rigor, como un límite a un derecho fundamental (el derecho a no ser discriminado por el origen racial), y, por tanto, estaría sujeto a estrictas condiciones en su establecimiento y a un control judicial astringente.

Como se ha indicado, las acciones positivas no son un límite a la prohibición de discriminación⁷¹, y, por tanto, medidas de interpretación estricta (como sí lo son, por el contrario, los tratos jurídicos menos favorables que se pudieran imponer a un grupo racial minoritario), sino que integran el propio mandato antidiscriminatorio. Y lo hacen, además, de modo principal porque las agresiones más incisivas contra los miembros de razas minoritarias no suelen provenir, en la actualidad, de discriminaciones directas, sino de las más sutiles discriminaciones indirectas y, sobre todo, de una situación socio-económica muy precaria que impide o dificulta gravemente la igualdad de oportunidades respecto de la mayoría social. En consecuencia, la figura de las acciones positivas se debe encuadrar en el mismo corazón del derecho antidiscriminatorio, que comprende, simultáneamente y con paridad de rango, la igualdad de trato (esto es, las prohibiciones de discriminaciones directas e indirectas) y la igualdad de oportunidades (con el consiguiente fomento de las acciones positivas).

La Directiva traza su ámbito de aplicación en el art. 3, que, desde el punto de vista subjetivo afecta a «todas las personas... tanto al sector público como al privado», y desde el punto de vista objetivo abarca: (a) «las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de clasificación profesional»; (b) «el acceso a todos los tipos y niveles de orientación

⁷¹ Obsérvese que la redacción del art. 5 no deja lugar a dudas sobre la comprensión de las acciones positivas como un límite por parte del legislador comunitario: «el principio de igualdad de trato no impedirá...».

profesional, formación profesional, superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica»; (c) «las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración»; (d) «la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas»; (e) «la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria»; (f) «las ventajas sociales»⁷²; (g) «la educación» y (h) «el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda». De este art. 3 merece destacarse, en primer lugar, que se extiende la prohibición de discriminación también a las relaciones entre particulares y no sólo frente a los poderes públicos, lo cual debe saludarse porque la mayor parte de las agresiones discriminatorias proceden de fuente privada, aunque el art. 18 de la Directiva precisa que los destinatarios de la misma serán los Estados miembros, lo cual parece abonar la tesis de la eficacia mediata de la protección contra la discriminación racial en las relaciones entre particulares; y, en segundo lugar, que lo que podría denominarse como «ámbitos de lucha contra la discriminación» remiten principalmente, y también con buen criterio, a dos pilares: el empleo⁷³ y la educación, dos bienes, estrechamente vinculados entre sí, que son los que posibilitan un desarrollo autónomo de la propia existencia. También es significativo el inciso h) del art. 3.1, la prohibición de discriminación en el acceso a servicios y bienes disponibles para el público, como la vivienda o recursos financieros como préstamos, hipotecas, etc., porque reacciona contra una de las manifestaciones más típicas del racismo. Sin embargo, se echan en falta del catálogo algunos ámbitos particularmente sensibles, que sí están presentes habitualmente en las normas contra la discriminación sexual, como el de la imagen y los

⁷² El Reglamento (CEE) n.º 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores, obliga a los Estados miembros a conceder las ventajas sociales independientemente de la nacionalidad. Dichas ventajas son prestaciones de naturaleza económica o cultural concedidas en los estados miembros por las autoridades públicas o por organizaciones privadas del tipo de descuentos en los transportes públicos, tarifas reducidas para acceder a acontecimientos culturales, comidas subvencionadas en las escuelas para los hijos de familias con ingresos reducidos, etc. (Cfr. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnica, presentada por la Comisión —Bruselas, 25 de noviembre de 1999, COM (1999) 566 final—).

⁷³ De hecho, las semejanzas con la tantas veces citada Directiva 76/207 son flagrantes, especialmente en la redacción de los incisos a) y c).

medios de comunicación o la participación de las minorías en los procesos de toma de decisiones.

El apartado segundo del art. 3 pretende, por su parte, que la prohibición de discriminación racial no se convierta en una ventaja que permita alterar en favor del miembro de la raza minoritaria el (crecientemente limitado) régimen de entrada y residencia de nacionales de terceros países y apátridas en el territorio de los Estados miembros⁷⁴.

El Capítulo I, dedicado a las «Disposiciones Generales», se cierra con un precepto, el art. 6, que sienta el principio que podríamos denominar de «umbral mínimo de protección», según el cual «los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva», a la vez que, por el contrario, la aplicación de dicha Directiva «no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma».

El Capítulo II, cuyo *nomen iuris* es «Recursos y cumplimiento», alberga diversas disposiciones de contenido heterogéneo, aunque quizás podrían distinguirse aquellas obligaciones de carácter «procesal» (arts. 7-9) de otras de fomento de divulgación de la información y de la participación social en la lucha contra la discriminación (arts. 10-12). Entre las primeras, las disposiciones *procesales*, la Directiva obliga a los Estados:

1.º) A «velar» por «la existencia de procedimientos judiciales y administrativos, e, incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la siguiente Directiva, para todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación» (art. 7.1). Asimismo, deberán «velar» por que «las aso-

⁷⁴ El art. 3.2 reza así: «La presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas».

ciaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la presente Directiva» (art. 7.2).

2.º) A «adoptar», con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional y salvo en los procedimientos penales (art. 8.3), «las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta» (art. 8.1). Esta técnica de la inversión de la carga de la prueba procede directamente de los arts. 3 y 4 de la Directiva 97/80/CE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, y ha resultado muy útil en el campo de la lucha contra la discriminación sexual en nuestro país⁷⁵.

3.º) A «adoptar» en sus ordenamientos jurídicos «las medidas que resulten necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato» (art. 9).

Entre el segundo tipo de actuaciones antes mencionado, la Directiva establece diversos deberes de fomento a los Estados miembros:

1.º) De divulgación de la información, esto es, a que la propia Directiva, «además de las disposiciones correspondientes ya en vigor, sean puestas en conocimiento de las personas a las que sea aplicable, por todos los medios adecuados, en todo su territorio» (art. 10).

2.º) De diálogo social. Los Estados deberán adoptar «las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocuto-

⁷⁵ Como se sabe, el artículo 96 del R.D. Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral establece que: «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

res sociales, a fin de promover la igualdad de trato entre otras vías mediante el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas» (art. 11.1). El apartado segundo del art. 11 precisa que «siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración en el nivel correspondiente de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de desarrollo»

3.º) De diálogo con las organizaciones no gubernamentales. Los Estados «fomentarán el diálogo con las correspondientes organizaciones no gubernamentales que tengan, con arreglo a su legislación y práctica nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por motivos de origen racial y étnico, con el fin de promover el principio de igualdad de trato» (art. 12).

El Capítulo III contiene un solo artículo, el decimotercero, pero está llamado a jugar un papel estratégico central en la materia. Dispone el precepto que «cada Estado miembro designará uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico». Y concreta que, desde el punto de vista organizativo, dicho ente «podrá formar parte de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales», y que, como competencias mínimas, deberá: (1.º) «prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación», (2.º) «realizar estudios independientes sobre la discriminación», y (3.º) «publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación».

El Capítulo IV contiene como «Disposiciones Finales» diversas y habituales previsiones acerca del cumplimiento de la propia Directiva, ordenando a los Estados que adopten las medidas necesarias para que se derogue cualquier norma jurídica y toda disposición que figure en «contratos individuales, convenios colectivos, reglamentos internos de las empresas, estatutos de asociaciones con o sin ánimo de lucro, estatutos de profesiones y organizaciones sindicales y empresariales» contrarias al principio de igualdad de trato (art. 14); que establezcan el régi-

men de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva (art. 15)⁷⁶ y adopten todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento; y, finalmente, que adopten las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva antes del 19 de julio de 2003 (art. 16). La Directiva permite a los Estados confiar su aplicación a los interlocutores sociales, a petición conjunta de éstos, por lo que respecta a las disposiciones que correspondan al ámbito de los convenios colectivos (art. 16)⁷⁷. Por último, la Directiva ordena a los Estados miembros a comunicar a la Comisión antes de 19 de julio de 2005 y, a continuación, cada cinco años, toda la información necesaria para que la Comisión elabore un informe sobre su aplicación dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo (art. 17.1)⁷⁸. El Informe «facilitará, entre otras cosas, una evaluación de la incidencia de las medidas tomadas sobre las mujeres y los hombres», una previsión interesante que, en la línea del principio de transversalidad o *mainstreaming*, permite conectar las paralelas luchas contra la discriminación sexual y la racial (art. 17.2)⁷⁹. El legislador comunitario es consciente de la *doble discriminación* (racial y sexual) que afecta a las mujeres y pretende que la aplicación

⁷⁶ Dichas sanciones, «que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias». Los Estados deberán comunicar tales disposiciones a la Comisión «a más tardar el 19 de julio de 2003 y le notificarán sin demora cualquier modificación de aquéllas».

⁷⁷ En ese caso, «los Estados miembros se asegurarán de que, a más tardar el 19 de julio de 2003, los interlocutores sociales hayan establecido de mutuo acuerdo las disposiciones necesarias, debiendo los Estados miembros interesados tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la presente Directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia» (art. 16).

⁷⁸ El informe de la Comisión, concreta el segundo apartado del art. 17, «tendrá en cuenta, cuando proceda, la opinión del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, así como los puntos de vista de los interlocutores sociales y de las organizaciones no gubernamentales correspondientes». Por último, se indica que «a la vista de la información recibida, el informe incluirá, en caso necesario, propuestas de revisión y actualización de la presente Directiva» (art. 17.2).

⁷⁹ El párrafo 14 del Preámbulo explica que la Comunidad, en aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, sobre todo si se considera que «a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples».

del derecho antidiscriminatorio racial tenga en cuenta correctamente la dimensión de género⁸⁰.

4. CONCLUSIÓN: ES NECESARIA UNA NUEVA ESTRATEGIA DE LUCHA JURÍDICA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

La Directiva 43/2000 obliga, pues, 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 campo⁸¹, 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 extranjería)⁸², de «acoso», la inversión de la carga de la prueba por discriminación racial, etc. Pero sobre todo son 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. Como se ha tenido ocasión de comprobar, ésa es precisamente la tendencia en el Derecho de la Unión Europea.

⁸⁰ En el proceso de Pekín (seguimiento de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la mujer celebrado en 1985) se reconocía que la discriminación fundada en el sexo y el racismo se influyen mutuamente y que este último sigue amenazando el normal ejercicio por las mujeres de sus derechos.

⁸¹ «Recomendaciones para la efectiva transposición de la Directiva 2000/43», FSGG, Madrid, 2002.

⁸² 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.

De modo que ese «organismo» podría ser un organismo público, dependiente de la administración⁸³, 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 responsable, 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 situaciones⁸⁴, 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 muchos 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

⁸³ 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.

⁸⁴ Por ejemplo, es llamativa la desproporción que hay entre el número de gitanos/as en prisión respecto de su porcentaje dentro de la población.

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.)⁸⁵, 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.

⁸⁵ Recuérdese lo que proponía el interesante Informe de la Subcomisión del Congreso de los Diputados respecto de las distintas áreas posibles de intervención: educación, cultura, etc. (ver *supra*, nota 11).

ANEXOS ESTADÍSTICOS⁸⁶

**DATOS DE POBLACIÓN GITANA POR COMUNIDADES
AUTÓNOMAS**

| <i>Comunidad Autónoma</i> | <i>Población gitana española 1999</i> | <i>Porcentaje de población gitana por C.A. con respecto al total de la población gitana</i> |
|---------------------------|---------------------------------------|---|
| ANDALUCÍA | 286.110 | 45,35 |
| ARAGÓN | 18.209 | 2,89 |
| ASTURIAS | 4.780 | 0,76 |
| BALEARES | 5.423 | 0,86 |
| CANARIAS | 854 | 0,14 |
| CANTABRIA | 4.021 | 0,64 |
| CASTILLA Y LEÓN | 28.339 | 4,49 |
| CASTILLA-LA MANCHA | 33.552 | 5,32 |
| CATALUÑA | 52.937 | 8,39 |
| CEUTA Y MELILLA | 2.030 | 0,32 |
| EXTREMADURA | 11.318 | 1,79 |
| GALICIA | 13.741 | 2,18 |
| LA RIOJA | 7.361 | 1,17 |
| MADRID | 59.082 | 9,37 |
| MURCIA | 33.006 | 5,23 |
| NAVARRA | 5.954 | 0,94 |
| PAÍS VASCO | 11.675 | 1,85 |
| VALENCIA | 52.455 | 8,32 |
| Total | 630.847 | 100,00 |

Fuente: Asociación Secretariado General Gitano.

⁸⁶ Estos Anexos acompañaron el Informe de la Subcomisión del Congreso de los Diputados para el estudio de la problemática del pueblo gitano (17 de diciembre de 1999).

PROPORCIÓN DE HOGARES Y PERSONAS EN LOS DISTINTOS NIVELES DE POBREZA SOBRE EL TOTAL DE HOGARES Y PERSONAS POBRES

| <i>Nivel de pobreza</i> | <i>Española en general</i> | | <i>Española gitana</i> | |
|-------------------------|----------------------------|------------------|------------------------|------------------|
| | <i>Hogares</i> | <i>Población</i> | <i>Hogares</i> | <i>Población</i> |
| Extrema pobreza | 2,8 | 4,4 | 17,8 | 21,9 |
| Pobreza grave | 9,1 | 12,3 | 26,7 | 29,8 |
| Pobreza moderada | 36,1 | 42,8 | 39,9 | 38,8 |
| Precariedad social | 52,0 | 40,5 | 15,6 | 9,5 |
| Total | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 |

Fuente: Fundación Foessa (1998).

TASAS DE ANALFABETISMO ABSOLUTO Y FUNCIONAL ENTRE LA POBLACIÓN POBRE DE MÁS DE 16 AÑOS

| <i>Población</i> | <i>Analfabetismo Absoluto</i> | <i>Analfabetismo funcional</i> | <i>Analfabetismo Total</i> |
|------------------|-------------------------------|--------------------------------|----------------------------|
| Española general | 8,9 | 45,3 | 54,2 |
| Española gitana | 25,7 | 63,5 | 89,2 |

Fuente: Fundación Foessa (1998).

PRINCIPALES ACTIVIDADES LABORALES DE LA COMUNIDAD GITANA. DATOS APROXIMATIVOS

| | <i>Descripción</i> | <i>Sectores profesionales</i> | <i>Porcentaje sobre total (*)</i> |
|--|------------------------------|--|-----------------------------------|
| Profesiones tradicionales de los gitanos | En proceso de transformación | <ul style="list-style-type: none"> • <i>Venta ambulante</i> • <i>Recogida de residuos sólidos urbanos</i> • <i>Temporerismo</i> | 50-80% |
| (Generalmente ejercidas por cuenta propia) | Profesiones liberales | <ul style="list-style-type: none"> • <i>Anticuarios</i> • <i>Comerciantes</i> • <i>Profesiones relacionadas con el mundo de las artes</i> | 5-15% |
| Nuevas profesiones entre los gitanos (Generalmente ejercidas por cuenta ajena) | No cualificados | <ul style="list-style-type: none"> • <i>Sector construcción</i> • <i>Obras públicas</i> • <i>Funcionarios no cualificados</i> • <i>Otros</i> | 10-15% |

(*) Estos porcentajes representan horquillas amplias de aproximación a los sectores de ocupación de la población gitana.

Fuente: Asociación Secretariado General Gitano.

PROPORCIÓN DE INACTIVOS SOBRE EL TOTAL DE CABEZAS DE FAMILIA, Y TASAS DE PARO Y SUBEMPLEO SOBRE EL TOTAL DE CABEZAS DE FAMILIA POTENCIALMENTE ACTIVOS

| | <i>C. F. Españoles en general</i> | <i>C. F. españoles gitanos</i> |
|-------------------|-----------------------------------|--------------------------------|
| % Inactivos | 44,0 | 24,1 |
| Tasa de paro | 39,5 | 46,8 |
| | 52,0 | 82,0 |
| Tasa de subempleo | 12,5 | 35,2 |

Fuente: Fundación Foessa (1998).

TASAS DE PARO Y SUBEMPLEO SOBRE EL TOTAL DE POBRES
POTENCIALMENTE ACTIVOS

| | <i>Población española en general</i> | <i>Población española gitana</i> |
|-------------------|--|--------------------------------------|
| Tasa de paro | 58,0 | 61,3 |
| | 70,9 | 88,4 |
| Tasa de subempleo | 12,9 | 27,1 |

Fuente: Fundación Foessa (1998).