

Capítulo XXI

La minoría gitana*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

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 muerte¹». Casi cuatrocientos años después, los estereotipos subsisten vigorosos y, con ellos, como su estela natural, también los prejuicios y una honda y arraigada discriminación social contra la comunidad gitana. El artículo 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 nuestro 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 artículo 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,

* Por Fernando REY MARTÍNEZ.

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 rapta en la cuna por unos gitanos desalmados.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dejando en la penumbra, nuevamente, a la minoría étnica española más numerosa (entre medio millón y un millón de personas, teniendo en cuenta, además, la creciente inmigración de gitanos, sobre todo del Este europeo), la más antigua en suelo español y la que es víctima de los peores prejuicios, la gitana. El considerando duodécimo de la Decisión n° 771/2006 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, que establece 2007 como el Año europeo de la Igualdad de oportunidades para todos, califica a la población romaní en la Unión Europea como «el grupo étnico más desfavorecido de la Unión Europea», señalando las discriminaciones que aún pesan sobre él en materia de empleo, educación y servicios sociales.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

La normativa nacional sobre prohibición de discriminación racial la encabezan, obviamente, los artículos 9.2² y 14³ de la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre discriminación racial dista, a nuestro juicio, de ser brillante. De momento, se compone de dos sentencias. La discriminación racial no está en la agenda del Tribunal Constitucional.

El *leading-case* de la prohibición constitucional de discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es, hasta ahora, la discutible STC 13/2001, 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 STC 126/1986 calificó la discriminación racial como «perversión jurídica»⁴; en la STC 214/1991, resolviendo el famoso caso de Violeta Friedman, rechazó que, bajo el 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

2. «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».
3. «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de [...] raza».
4. 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».

Capítulo XXI. La minoría gitana

carácter racista o xenófobo, pues, entre otras razones, es contraria a la dignidad humana (art. 10.1 CE)⁵; y en la STC 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 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 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

5. «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».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

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 nuestro 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 creemos, 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 la validez de tal posibilidad. La argumentación de la Sala se derivó, inconsistentemente, hacia las discriminaciones «encubiertas», confundiénolas 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, en ciertos contextos, con una dosis mayor de sospecha por parte de los poderes públicos. Si se suma a esta interpretación el hecho de acoso policial desproporcionado que, en ocasiones, sufre específicamente la comunidad gitana en España, según demuestran los Informes anuales de la Fundación Secretariado Gitano⁶, se obtiene un panorama, como mínimo, inquietante.

Tan sorprendente decisión ha sido, como cabía esperar, declarada por el Comité de Derechos Humanos (Comunicación n° 1493/2006), de 27 de julio de 2009, contraria al artículo 26, leído conjuntamente con el artículo 2.3 PDCP. El Comité no impide efectuar controles de identidad genéricos con el fin de proteger la seguridad ciudadana o para controlar la inmigración

6. P. ej., respecto del Informe de 2007, ver pp. 51 y ss.

Capítulo XXI. La minoría gitana

ilegal, sino que tales controles se realicen con las características étnicas como el único indicio de su posible situación irregular en el país, que es precisamente lo que sucedió en el caso en examen. A juicio del Comité, «la responsabilidad del Estado está claramente comprometida [...]. El Comité no puede sino concluir que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal». El Estado español está obligado a proporcionar a la Sra. Williams un recurso efectivo, incluidas las disculpas públicas, además de adoptar medidas para evitar que sus funcionarios incurran en el futuro en un caso como el presente.

La segunda Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 69/2007, también presenta flancos vulnerables a la crítica y también ha sido cuestionada por un organismo internacional, en este caso nada menos que por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una mujer gitana, María Luisa Muñoz, la Nena, contrajo matrimonio en 1971 bajo la ceremonia del rito tradicional gitano. El matrimonio mantuvo una relación continuada de convivencia hasta el fallecimiento del marido el 25 de diciembre de 2000. De esta relación tuvieron seis hijos, según consta en el Libro de Familia, así como en la cartilla de afiliación a la seguridad Social. Tras el fallecimiento del esposo, la Nena solicitó la concesión de la pensión de viudedad al INSS, siéndole ésta negada, tras lo cual interpuso demanda, que fue estimada en la instancia, pero rechazada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El Tribunal Constitucional desestima el amparo planteado contra esta última Sentencia. Recuerda el Tribunal, en primer lugar, que la discriminación racial tiene «carácter odioso» y es una «perversión jurídica», contraria tanto al artículo 14 CE como al artículo 14 CEDH. Igualmente, destaca que la prohibición del artículo 14 CE comprende no sólo la discriminación «directa o patente» derivada del «tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras», sino también la «encubierta o indirecta», consistente en aquel «tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo». Nuevamente, pues, el Tribunal insiste en el error conceptual de confundir las discriminaciones «directas» con las «patentes» y las «indirectas» con las «encubiertas». Las discriminaciones «dirc-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tas» son diferentes de las «indirectas», pero unas y otras pueden ser tanto «patentes» como «encubiertas».

Más en concreto, la Sentencia recuerda su doctrina consolidada de que por lo que se refiere a los presupuestos legales para acceder a la prestación de viudedad, «no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia». El legislador dispone de «un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales, habida cuenta de que el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge superviviente, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido». Aplicando esta doctrina al caso, el Tribunal concluye que «no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia», y que «la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio», y, en consecuencia, «no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación a la recurrente por no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente».

El Tribunal descarta «la concurrencia de un supuesto trato discriminatorio por motivos sociales», ya que ninguna vulneración del artículo 14 CE se deriva de la limitación de dicha prestación a la concurrencia de vínculo matrimonial. Tampoco aprecia la existencia de un trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos, derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con el vínculo matrimonial a los efectos de dicha prestación y de que se les haya aplicado el mismo tratamiento jurídico que a las uniones *more uxorio*. En primer lugar, la pretensión de la recurrente de que resulta discriminatorio que se les dé el mismo trato que a las uniones *more uxorio*, por existir diferencias relevantes con ellas como es la tradición y la base étnica, supone una invocación del artículo 14 CE basada en lo que se ha denominado «discriminación por indiferenciación». Al respecto el Tribunal reitera que «resulta ajeno al núcleo de protección del artículo 14 CE la "discriminación por indiferenciación", al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la

Capítulo XXI. La minoría gitana

desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual».

En segundo lugar, la exigencia legal de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad y la interpretación efectuada por la resolución del Tribunal Superior de Justicia de que sólo cabe apreciar dicho presupuesto en relación con las formas legalmente reconocidas de acceder al matrimonio y no respecto de otras formas de convivencia, incluyendo las uniones conforme a los usos y costumbre gitanos, en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino «una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, las cuales ni en su forma civil ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco concurre en ellas una forma encubierta de discriminación de la etnia gitana».

Tampoco es discriminatorio el reconocimiento de efectos civiles al vínculo matrimonial contraído conforme a los ritos de determinadas confesiones religiosas, pero no de los celebrados de acuerdo con los usos y costumbre gitanos; de modo que la negativa del órgano judicial a hacer una aplicación analógica de los mismos, no implica, directa o indirectamente, discriminación étnica. Siendo evidente que «las formas confesionales reconocidas legalmente de celebración del matrimonio tienen como fundamento exclusivo consideraciones religiosas», ello «impide conceptualmente establecer un término válido de comparación con las uniones que, como la alegada por la recurrente, tienen su fundamento en consideraciones étnicas».

El legislador podría, «en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales», pero en tanto lo hiciera, el sistema actual no puede considerarse discriminatorio.

Razonando de modo extremadamente formalista, el Tribunal niega, pues, que la denegación de la pensión de viudedad en este caso tuviera connotación alguna de discriminación racial. A la Sentencia le acompaña un voto discrepante del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien compara este caso con los de la STC 199/2004, que declaró vulnerado el derecho

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

a la igualdad del viudo de una funcionaria, tras acreditar la existencia de una relación conyugal con ella, aunque no su matrimonio. Por otra parte, la integración y el reconocimiento de derechos de las minorías es una de las prioridades del Consejo de Europa. Sin embargo, «la jurisprudencia de este Tribunal no se ha ocupado hasta ahora de la protección de los usos, prácticas o costumbres de una etnia o colectividad caracterizada, o cuándo la no consideración como válidos o susceptibles de protección constitucional de los actos realizados por personas pertenecientes a minorías que reclaman respeto por su tradición cultural debe entenderse discriminatoria». Según este Magistrado, «resulta claramente desproporcionado que el Estado español que ha tenido en cuenta a doña María Luisa, y a su familia gitana al otorgarle libro de familia, reconocimiento de familia numerosa, asistencia sanitaria con familiares a su cargo para ella y para sus seis hijos y ha percibido las cotizaciones correspondientes a su marido gitano durante diecinueve años, tres meses y ocho días quiera desconocer hoy que el matrimonio gitano resulta válido en materia de pensión de viudedad».

Las tesis de este voto particular han sido aceptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 8 de diciembre de 2009, *María Luisa Muñoz* contra España. La Sentencia de Estrasburgo falla a favor del derecho a la pensión de La Nena al considerar que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) en combinación con el derecho al respeto de los bienes del artículo 1 del Protocolo Adicional Primero.

El Tribunal europeo se niega a considerar que el no reconocimiento de la forma tradicional del matrimonio gitano como matrimonio con efectos civiles suponga una violación del derecho a contraer matrimonio del artículo 12 CEDH, o una forma de discriminación racial prohibida por el artículo 14 de ese mismo Convenio. El matrimonio civil estaría abierto en España a los gitanos de idéntica forma que a los no gitanos. La Sentencia no puede leerse, por tanto, como un reconocimiento jurídico al matrimonio gitano, asunto que se remite a la legislación interna de cada país.

La Sentencia no tiene, por tanto, un efecto general u objetivo que previsiblemente pueda desplegarse en muchos otros casos posteriores; más bien se trata de un fallo que intenta ofrecer una solución más justa a un caso concreto.

El Tribunal estima que la denegación de la pensión de viudedad es una diferencia discriminatoria porque supone un trato distinto respecto de otras situaciones que deben ser tenidas como equivalentes en lo que concierne a los efectos de la buena fe matrimonial, como son la existencia de buena fe

Capítulo XXI. La minoría gitana

en los matrimonios nulos (art. 174 LGSS) o el precedente de la STC 199/2004, en la que el Tribunal sí entendió que existía el derecho a la pensión de viudedad en el caso de un matrimonio celebrado conforme a las disposiciones legales (por el rito matrimonial católico), pero no inscrito en el Registro Civil por motivos de conciencia. Aquí está el punto. Las autoridades españolas han tratado a María Luisa Muñoz de modo distinto a cómo han tratado otras situaciones comparables a la suya, de buena fe matrimonial. Según el Tribunal, la buena fe de la demandante respecto de la validez de su matrimonio contraído según la tradición gitana, se prueba en el hecho de que las autoridades españolas fueron reconociendo en diversos documentos la validez o la apariencia de validez al menos de ese matrimonio: el libro de familia, el título de familia numerosa, la cartilla de la Seguridad Social, documentos oficiales todos ellos. Afirma con vigor la Sentencia: «Resulta desproporcionado que el Estado español que ha conferido a la demandante y su familia [...] (todos esos documentos oficiales), no reconozca ahora los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad». También tiene en cuenta el Tribunal que en el año 1971, cuando se unieron, sólo había un rito válido, el católico (para eximirse del cual había que apostatar previamente). En realidad, la clave de las diferencias entre las Sentencias del Tribunal Constitucional español y del Tribunal de Estrasburgo es el distinto valor que se concede como precedente a la STC 199/2004: el Tribunal español niega que exista semejanza alguna, mientras que, por el contrario, para el Tribunal europeo la diversa resolución de tal asunto supone precisamente el trato diferente y peor prohibido por el Convenio de Roma.

A todo esto el Tribunal europeo añade otro argumento, el argumento étnico. La Sentencia subraya, en primer lugar, que la creencia de la demandante en que su matrimonio era válido se demostraba también por su pertenencia a la comunidad gitana, «que tiene sus propios valores dentro de la sociedad española». El Tribunal recuerda «el consenso internacional» en el seno del Consejo de Europa «por reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y modos de vida, no sólo para proteger los intereses de los miembros de dichas minorías, sino también para preservar la diversidad cultural que beneficia a toda la sociedad en su conjunto». Si bien, sostiene la Sentencia, la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las leyes relativas al matrimonio, puede, sin embargo, influir sobre la manera de aplicar las leyes. El Tribunal recuerda la afirmación anterior de que «la vulnerabilidad de los gitanos implica prestar una atención especial a sus necesidades y modo de vida propio, tanto con carácter general como en los casos particulares». Esta afirmación es la que cuestiona el único magistrado discrepante, el Juez Myjer, para quien el Es-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tado español no sería de ningún modo responsable de la ignorancia de la señora Muñoz (más bien se trataría de un error), y el caso perseguiría más bien reconocer la validez del matrimonio gitano (tal como habrían reflejado algunos medios de comunicación).

Las (sensibles) frases en relación con la minoría gitana no sirven, sin embargo, en la lógica de la argumentación, más que para apuntalar la buena fe de la demandante (ya probada por otras vías, como se ha visto) Quizá no hubieran sido necesarias, en realidad, para alcanzar el mismo fallo. Y, en cualquier caso, no guardan apenas relación con el curso de la argumentación principal porque si se aprecia que se ha tratado de modo diferente sin justificación a la señora Muñoz respecto de otros casos comparables, estamos en presencia de un supuesto de discriminación general prohibida y no se aprecia de qué modo habría aquí una influencia de la vulnerabilidad de los gitanos en la aplicación de las leyes (se supone, de modo más favorable para ellos). No, no se trata de aplicar más favorablemente las leyes a los gitanos, sino de que no se les trate peor.

Así pues, el Tribunal de Estrasburgo argumenta desde la cláusula general de igualdad de trato y no desde la prohibición de discriminación racial/étnica. No le hizo falta al Tribunal ir más lejos para alcanzar el fallo. El conflicto planteaba, sin embargo, interesantes posibilidades de interpretación a partir de las categorías del Derecho Antidiscriminatorio (sobre todo si, como sostuvo el Tribunal español, se está de acuerdo en que la STC 199/2004 no es un supuesto comparable). En efecto, podría argumentarse que la denegación de la pensión en este caso constituía una discriminación por indiferenciación, una discriminación indirecta por razón de etnia y una discriminación múltiple.

En definitiva, retomando nuestra argumentación principal, si alguien tuviera que responder a la pregunta de si existe en España discriminación étnica a la vista de los catálogos de decisiones judiciales, tendría forzosamente que responder negativamente. Cuando estos casos han llegado a instancias internacionales la decisión ha sido justo la contraria. Este hecho es profundamente revelador del estado de cosas. Nuestro Tribunal Constitucional no es una excepción: se echa en falta un mayor pulso en la lucha contra la discriminación por motivos étnico/raciales en el conjunto de la política criminal de nuestro país.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

El marco normativo contra la discriminación racial en España se encuentra integrado por diversas normas, además de las nacionales, también por

otras de carácter internacional. 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 DUDH⁷, art. 2.1 PIDCP⁸ y art. 14 CEDH⁹), 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° 111 de la OIT, o regionales, como el Convenio Marco n° 157 del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales, ratificado por España el 1 de febrero de 1995).

1.4. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

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 étnico¹⁰, cuyo plazo de transposición en los ordenamientos nacionales finalizó el 19 de julio de 2003 (art. 16), supuso una magnífica oportunidad para plantearse entre nosotros otras estrategias, más incisivas y eficaces, de lucha contra la discriminación, pero finalmente sólo mereció en España una perezosa y rutinaria transposición, nada menos que en la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y sociales, sin apenas debate parlamentario ni diálogo con las organizaciones sociales. Esta Ley prevé la creación del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico, cuya composición y competencias debían haber sido desarrolladas por Real Decreto en los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley, pero se ha hecho finalmente casi cuatro años después. En otro lugar de este estudio se analiza críticamente esta norma.

El 29 de junio de 2000 se aprobó, con fundamento en el artículo 13 TCE¹¹, sin que pueda olvidarse tampoco el posterior artículo 21 CDF¹² como

7. «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color [...]».
8. «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 [...]».
9. «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 [...]».
10. DOCE L 180/22, de 19 de julio de 2000.
11. «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».
12. «Se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de [...] raza, color, orígenes étnicos o sociales [...]».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

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 25 de noviembre de 1999¹³, 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 noventa¹⁴ 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 racismo¹⁵. El 27 de abril de 2005, aprobó una importante Resolución sobre la situación de la población romaní (muy importante en algunos de los nuevos Estados miembros) en la Unión Europea. 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 Racismo¹⁶ 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 racismo¹⁷. El Consejo adoptó el 15 de julio de 1996 la Acción Común 96/

13. 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 n° 2000/750/CE del Consejo) por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001 a 2006).
14. 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 condenando la intolerancia, el racismo, la xenofobia y el antisemitismo.
15. P. ej., 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» (DOCE C 150, de 31 de mayo de 1993, p. 127).
16. DOCE 237, de 15 de agosto de 1996, p. 1.
17. 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) análisis y evaluación de la discriminación, con el objetivo de confeccionar una imagen precisa de las causas de discriminación y de identificar las mejores métodos de combatirlas; 2) desarrollo de la capacidad para luchar contra la discriminación, alentando el inter-

Capítulo XXI. La minoría gitana

443/JAI relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia¹⁸. 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 artículo 5 TCE¹⁹. 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 noviembre 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

cambio 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) sensibilización sobre la lucha contra la discriminación (cfr. Comunicación de la 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, p. 9).

18. DOCE L 185, de 24 de julio de 1996, p. 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.
19. En el párrafo 28 del preámbulo 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 TCE (de modo que la Directiva «se limita a lo estrictamente necesario para alcanzar dichos objetivos», no excediendo «de lo necesario para ese propósito»).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

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 racial²⁰.

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 debiera haberse tenido en cuenta, a nuestro 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 discriminación *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 antidiscrimi-

20. 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, p. ej., 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.

Capítulo XXI. La minoría gitana

minatorio 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 resultado del examen²¹. 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 artículo 4 de la Directiva 2000/43 (que exige «objetivo legítimo» y «requisito proporcionado»), una garantía

21. Estos preceptos han sido interpretados por el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones, ver REY, 2005, pp. 73 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

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 estricta²².

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 artículo 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 nuestro juicio, sin embargo, el principio de igualdad de trato no sólo no impide tales medidas o acciones positivas, sino que, mucho más aún, 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 artículo 4, constituiría una suerte de excepción «negativa», aunque también lícita bajo ciertas condiciones. El punto débil de esta construcción es, según creemos, la asimilación teórica que parece desprenderse de la Directiva entre «prohibición de discriminación» e «identidad de trato». La prohibición de discriminación 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.

22. 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».

Capítulo XXI. La minoría gitana

Como se ha indicado, las acciones positivas no son un límite a la prohibición de discriminación²³, 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 artículo 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 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»²⁴; g) «la

23. 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 [...]».

24. El Reglamento (CEE) n° 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–).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

educación» y h) «el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda». De este artículo 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 artículo 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 empleo²⁵ 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 artículo 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 la imagen y los medios de comunicación o la participación de las minorías en los procesos de toma de decisiones.

El apartado segundo del artículo 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 miembros²⁶.

El Capítulo I, dedicado a las «Disposiciones Generales», se cierra con un precepto, el artículo 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 discrimi-

25. De hecho, las semejanzas con la tantas veces citada Directiva 76/207 son flagrantes, especialmente en la redacción de los incisos a) y c).
26. 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».

nación 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. 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 asociaciones, 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. 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 artículos 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 país²⁷.

27. Como se sabe, el artículo LPL 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».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

3. 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. 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. De diálogo social. Los Estados deberán adoptar «las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores 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. 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

Capítulo XXI. La minoría gitana

o de la salvaguardia de los derechos individuales», y que, como competencias mínimas, deberá: «prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación», «realizar estudios independientes sobre la discriminación» y «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 deroguen 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 régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva (art. 15)²⁸ 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)²⁹. 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)³⁰. El Informe «facilitará, entre

28. 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».
29. 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).
30. 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).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

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)³¹. El legislador comunitario es consciente de la *doble discriminación* (racial y sexual) que afecta a las mujeres y pretende que la aplicación del derecho antidiscriminatorio racial tenga en cuenta correctamente la dimensión de género³². En el Derecho antidiscriminatorio europeo se empieza a acuñar el interesante concepto de las «discriminaciones múltiples». El concepto de discriminación múltiple (los anglosajones hablan de discriminación interseccional) dista de ser claro, pero parece evocar todas aquellas situaciones en las que dos o más factores o rasgos de discriminación interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación. Un ejemplo puede ser el de las mujeres de minorías étnicas, doblemente discriminadas por su género y su etnia, de una manera específica, diferente y más grave, que la que sufren los varones de su mismo grupo étnico. En realidad, para que el concepto de discriminación múltiple sea operativo como objetivo de políticas públicas y como criterio de interpretación jurídica, es imprescindible acotarlo con precisión. En este sentido, habría que descartar, en primer lugar, la discriminación múltiple para describir las situaciones en las que una persona es discriminada sucesiva y no simultáneamente, en diversas relaciones sociales, por diversos rasgos sospechosos (género, etnia, discapacidad, etc.) Admitido que se trata de una discriminación en la que concurren diversos rasgos al mismo tiempo, tampoco tendría excesivo interés comprender en su contenido cualquier manifestación de este tipo, entre otras razones porque la lista de posibles combinaciones sería demasiado larga (p. ej., mujeres de minorías étnicas, mujeres discapacitadas, mujeres homosexuales y transexuales, mujeres mayores, mujeres dentro de confesiones religiosas, discapacitados de minorías étnicas, mayores discapacitados, jóvenes homosexuales, etc.), sobre todo si se toman en consideración no sólo dos rasgos, sino tres o más. Si todo es discriminación múltiple, nada lo es, en realidad. Un concepto demasiado extenso pierde inevitablemente intensidad.

Aunque esta cuestión apenas ha sido estudiada (entre otras cosas porque

-
31. 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».
 32. 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.

el concepto es todavía más doctrinal y político que normativo y judicial), y, por tanto, todavía tampoco hay acuerdo en la literatura sobre el sentido y alcance de la discriminación múltiple, la utilidad del concepto pasaría por su utilización sólo en los supuestos en los que concurren dos o más rasgos sospechosos configurando una discriminación específica que no sufren ni los miembros del grupo mayoritario, ni (y esto sería realmente lo peculiar del concepto) los miembros de la mayoría «privilegiada» del grupo minoritario. En otras palabras, la discriminación múltiple sólo debería utilizarse para identificar los casos en los que exista «una minoría (invisible y peor tratada) dentro de la minoría». No es casual, en este sentido, que el concepto haya sido acuñado en la literatura feminista afro-americana de los Estados Unidos en relación precisamente con las mujeres de las minorías étnicas, que sufrirían una discriminación común a la de los varones de la minoría pero también una discriminación por parte de éstos. Esta visión más estricta del concepto de discriminación múltiple provocaría una lista más corta de supuestos, empezando, como se ha dicho, por las mujeres de las minorías étnicas (piénsese en España en las mujeres gitanas y en las mujeres inmigrantes sin recursos). Otro ejemplo podría ser el de los homosexuales (tanto mujeres como varones) de las minorías étnicas. O el de las mujeres mayores en algunas situaciones, etc.

1.5. MARCO LEGAL

Un fenómeno reciente destacable es el reconocimiento expreso de la comunidad gitana en varias de las últimas reformas de Estatutos de Autonomía. El artículo 42 del Estatuto de Cataluña fue el primero: «Los poderes públicos deben velar por la convivencia social, cultural y religiosa entre todas las personas en Cataluña y por el respeto a la diversidad de creencias y convicciones éticas y filosóficas de las personas, y deben fomentar las relaciones interculturales mediante el impulso y la creación de ámbitos de conocimiento recíproco, diálogo y mediación. También deben garantizar el reconocimiento de la cultura del pueblo gitano como salvaguarda de la realidad histórica de este pueblo». El artículo 10.3.21 del Estatuto de Andalucía establece que la Comunidad Autónoma, en defensa del interés general, ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos: «La promoción de las condiciones necesarias para la plena integración de las minorías y, en especial, de la comunidad gitana para su plena incorporación social». Por su parte, el artículo 23.2 del Estatuto de Aragón dispone que «Los poderes públicos aragoneses promoverán las condiciones necesarias para la integración de las minorías étnicas y, en general, de la comunidad gitana». Por último (hasta ahora), el artículo 16.23 del Estatuto de Castilla y León establece como prin-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cipio rector de las políticas públicas de la Comunidad «la no discriminación y el respeto a la diversidad de los distintos colectivos étnicos, culturales y religiosos presentes en Castilla y León, con especial atención a la comunidad gitana, fomentando el entendimiento mutuo y las relaciones interculturales».

Son interesantes las coincidencias entre los textos, pero también sus matices diferenciales. Andalucía y Aragón, por ejemplo, subrayan más la idea de integración socio-económica, mientras que Cataluña y Castilla y León prestan más atención (sin olvidar las políticas de inclusión) a las políticas de reconocimiento de la diversidad cultural y de diálogo entre grupos. En cualquier caso, estos preceptos pueden dar lugar a interesantes desarrollos normativos en el futuro a los que habrá que estar atentos.

Por lo que respecta al orden penal, con carácter general el artículo 22.4 CP 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. 510³³), la discriminación en los servicios públicos (art. 511³⁴) y la discriminación profesional o empresarial (art. 512³⁵). El cuadro se completa con el artículo

33. «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».
34. «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».
35. «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 inhabili-

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».

Los Informes anuales sobre «Discriminación y Comunidad Gitana» de la Fundación Secretariado Gitano advierten, sin embargo, de la escasa aplicación práctica de estos tipos penales³⁶. Las sentencias que los aplican se pueden contar con los dedos de una mano³⁷. Pueden ser razones explicativas, entre otras, la inexistencia de una clara voluntad de política criminal de perseguir estas conductas (sobre todo, por policías y fiscales); la escasa sensibilidad y desconocimiento de los jueces; la percepción de que quizás estos delitos contemplen sanciones demasiado severas; los déficits del derecho de defensa que en la práctica sufren las víctimas de discriminación; etc. En bastantes ocasiones, conductas que podrían encajar perfectamente en los tipos penales se tramitan, sin embargo, como faltas (vejaciones, etc.) Esto trae como consecuencia que las víctimas acudan al juicio sin abogado, lo que les coloca en una clara situación de inferioridad frente a los acusados, y también que, si finalmente se llega a condenar, no se imponga a los culpables una pena lo suficientemente disuasoria para que no vuelvan a repetir su conducta.

En sede laboral, el artículo 4.2.c) ET 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 artículo 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 artículos 175 y siguientes LPL. Por su parte, el artículo 8.12 LISOS tipifica entre las infracciones muy graves del empresario las decisiones unilaterales que impliquen discriminación.

tación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años».

36. Últimamente, Informe de 2007, pp. 27 ss.

37. Informa de algunos de ellos BILBAO, 2006, pp. 162 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La LE también regula la prohibición de discriminación racial de los extranjeros específicamente en el capítulo IV del Título I, en el artículo 23.

2. FUNDAMENTO: NECESIDADES ESPECÍFICAS DE LA MINORÍA GITANA Y PECULIARIDADES DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL O ÉTNICA

Las respuestas jurídicas contra las distintas discriminaciones sospechosas que se albergan en el artículo 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 cada Derecho Anti-discriminatorio específico 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 nuestra opinión, son destacables tres ideas: 1) está muy arraigada en el tiempo y afecta a numerosos espacios de la existencia; 2) 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 discutibles, además) y, en general, con escasos avances reales en la igualdad entre gitanos y no gitanos; 3) por último, la discriminación racial es la más odiosa de todas por las razones apuntadas 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 Barcelona³⁸. 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 1999³⁹, se traza una breve descripción histórica de la presencia de los

38. 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.

39. *BOCG*, Congreso de los Diputados VI Legislatura (serie D, General, n° 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.

Capítulo XXI. La minoría gitana

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 dominante⁴⁰.

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 nú-

40. «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 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., pp. 1 y ss.).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mero 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 histórico de la xenofobia ancestral contra los gitanos, la «Gran Redada»: en una sola noche fueron detenidos miles de ellos, que permanecerían en prisión durante años⁴¹.

¿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 al hecho de 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.

41. *Informe*, cit., pp. 1 y ss.

Capítulo XXI. La minoría gitana

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. 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 % 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 %, 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»⁴².
- b) Vivienda. «Una gran proporción de los gitanos habita en "viviendas de un nivel indecoroso"». Ocupan el 95 % de las chabolas o infraviviendas de los grandes núcleos urbanos. El 80 % 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) el hacinamiento en determinados barrios, que con estas características de excesiva concentración de familias gitanas no los hace idóneos para una auténtica integración con los restantes habitantes de las poblaciones en que se encuentran; 2) el deterioro más rápido de las viviendas y del entorno de éstos, lo que determina, a su vez, que no se generen espacios para la participación y socialización, tan esenciales para la cultura gitana; o, 3) el hacinamiento que

42. Idem, p. 6.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

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»⁴³.

- 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 cartón y el temporero, 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) 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) 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 elemento de referencia para otros gitanos; 3) 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, organi-

43. *Ibidem*, p. 7.

zado, 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»⁴⁴.

- d) Educación y formación. La realidad escolar y educativa no es muy diferente. «El 70 % de los adultos gitanos carecen de instrucción. El 60 % 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 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»⁴⁵.
- 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

44. *Ibidem*, p. 8.

45. *Ibidem*, pp. 8 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

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»⁴⁶.

- 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 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»⁴⁷.
- 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, de-

46. *Ibidem*, p. 9.

47. *Ibidem*, p. 9.

bido 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»⁴⁸.

- 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 tradiciones 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»⁴⁹.
- 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»⁵⁰. Este punto, verdaderamente central en cuanto explicativo del resto, ha sido aludido de forma demasiado esquemática por la Subcomisión, a nuestro 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

48. *Ibidem*, p. 9.

49. *Ibidem*, pp. 9 y ss.

50. *Ibidem*, p. 10.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

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»⁵¹. 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 Concejales⁵².

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. La existencia de un marco jurídico antidiscriminatorio no es por sí solo suficiente para erradicar la discriminación; ésta existe e impide a la comunidad gitana el ejercicio pleno de su ciudadanía; sigue siendo uno de los grupos peor valorados socialmente; la discriminación se manifiesta sobre todo en la existencia de barreras en el acceso y disfrute de los derechos y prestaciones; la comunidad gitana es sólo parcialmente consciente de las discriminaciones, que asume como algo natural o inevitable.

La terca realidad de la discriminación 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 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 jurídico ha originado una jurisprudencia especialmente interesante en cantidad, aunque sí en calidad, con las objeciones que se apuntarán en su momento. En el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se pueden encontrar tres sentencias destacables.

51. *Ibidem*, p. 10.

52. AGUILERA, 2004, p. 25. En total, se han presentado 15 candidatos gitanos a ocupar concejalías y 2 a cargos en Parlamentos territoriales, pero, 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.

Capítulo XXI. La minoría gitana

- a) 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»⁵³.
- b) 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) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 7 de noviembre de 2002, que más tarde conoció (y desestimó) en amparo el Tribunal Constitucional en los términos ya conocidos. En instancia había recaído Sentencia por la que se reconoció a la actora, de etnia gitana, una pensión de viudedad por el fallecimiento de su consorte, con el que había contraído en su día matrimonio por el rito gitano. El Instituto Nacional de la Seguridad Social formuló recurso de suplicación y la Sala del TSJ lo estimará, revocando la Sentencia de instancia. El TSJ argumenta que «no es posible entender que haya existido discriminación alguna en la negativa ad-

53. DE ASÍS, 1982, pp. 16 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ministrativa 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»⁵⁴.

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 otro lugar hemos calificado la jurisprudencia del TEDH sobre discriminación racial como caracterizadora de un «derecho de baja intensidad»⁵⁵ que alcanzó su punto más bajo con la Sentencia *DH y otros* contra la República Checa, de 7 de febrero de 2006, que tuvo un notable impacto mediático en su momento⁵⁶, al resolver de modo discutible un asunto de discrimina-

54. 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 LGSS la condición de "cónyuge" del causante al beneficiario de la pensión de viudedad».

55. REY, 2007, p. 279.

56. Incluso el *New York Times* le dedicó un editorial (11 de marzo de 2006). Según este periódico, «a pesar de todas las dificultades a la que se tienen que enfrentar los musulmanes, el grupo que sufre más abusos en Europa sigue siendo, y con diferencia, el de los gitanos». El editorialista se muestra muy crítico con la Sentencia (recordando maliciosamente, de paso, que «la mayoría del Tribunal está compuesta principalmente por representantes de países del Este») y le pide al Tribunal que aprenda la lección dada por Estados Unidos: «Hace algunas décadas, Estados Unidos aprendió, mediante un doloroso proceso, que las políticas gubernamentales y las actitudes sociales podían ser cómplices de que se mantuviera en la misma situación a una clase sometida y que la discriminación podía existir a pesar de que las leyes parecieran justas. Europa no ha aprendido la lección. Desde hace ya un tiempo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se viene mostrando reacio a prohibir prácticas discriminatorias en ausencia de pruebas de la intención de discriminar, permitiendo así que la discriminación se oculte bajo otro nombre. El Tribunal debería aprovechar la oportunidad para actualizar y revertir una decisión que ha dejado a las relaciones raciales europeas bastante atrasadas con respecto a la realidad que se vivía en Estados Unidos en 1954». El *New York Times* exagera, obviamente, porque el Tribunal de Estrasburgo no marca el estándar máximo de protección de los derechos en Europa, sino, justamente, el mínimo (y por ello no ostenta una posición equivalente a la del Tribunal Supremo Federal norteamericano). Pero acierta en su tesis de la «discriminación oculta», que yo preferiría llamar más técnicamente «indirecta». Sobre esto me remito a la argumentación del presente capítulo.

Capítulo XXI. La minoría gitana

ción racial en relación con el derecho a la educación de dieciocho niños gitanos. En efecto, el Tribunal consideró contrario al artículo 14 del Convenio el envío de estos niños a colegios especiales para discapacitados mentales sin perspectiva educativa alguna (práctica sistemática allí, puesto que el 75 % de los niños gitanos van a este tipo de centros, según datos aportados por el propio gobierno checo). Por fortuna, la Gran Sala revocó la Sentencia citada mediante la decisión *DH y otros* contra la República de Chequia, de 13 de noviembre de 2007. Esta última Sentencia marca un hito en la protección de las minorías raciales por parte del Tribunal de Estrasburgo. Esta institución se toma en serio por primera vez con carácter general la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) revocando la citada Sentencia de Sala del mismo Tribunal, de fecha 7 de febrero de 2006.

La Sentencia de 2006, ahora revocada, no es, sin embargo, sorprendente porque la aproximación del TEDH al concepto de prohibición de discriminación en general del artículo 14 del Convenio y a la racial en particular había sido hasta el momento, aun reconociendo algunos avances⁵⁷, más bien rutinaria, contenida, formalista y con tendencia a ser *race-blind*, esto es, indiferente al factor racial. La igualdad entre grupos étnicos no parece estar entre los núcleos principales de interés del Tribunal, cuya jurisprudencia en este punto, hasta la Sentencia de 2007, es llamativamente pobre desde un punto de vista técnico. En efecto, la lectura que, con carácter general, hace el Tribunal de la cláusula anti-discriminatoria del artículo 14 del Convenio venía siendo la siguiente:

1. Discriminar es «tratar de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones sustancialmente similares». La Sentencia que el Tribunal últimamente cita como *leading-case* de esta doctrina es *Willis* contra Reino Unido, de 11 de septiembre de 2002⁵⁸. En un célebre caso, *Thlimmenos* contra Grecia, de 6 de abril de 2000, el Tribunal parece acoger también la denominada «discriminación por indiferenciación», es decir, la existencia de discriminación cuando los Estados no traten de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas cuyas situaciones son sustancialmente distintas. Por tanto, habría discriminación cuando no

57. Particularmente destacable es el giro de tendencia que supuso la STEDH *Nachova y otros* contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005 en relación con las agresiones racistas de agentes públicos.

58. Un asunto en el que el Tribunal estimó lesionado el derecho de propiedad privada (art. 1 del Protocolo Adicional Primero) en relación con la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14) por el hecho de que las pensiones de viudedad se concedieran a las mujeres pero no a los varones.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

se trata jurídicamente igual a los iguales, pero también cuando no se trata de modo distinto a los desigualmente situados. Sin embargo, esta última doctrina, que exigiría tratar jurídicamente mejor a cualquiera que, en una situación comparable, esté de hecho peor (y, por tanto, que consagraría un principio, por así decir, *activo* del Estado social y de la igualdad de oportunidades) no parece estar consolidada en el Tribunal, pues sólo la aplicó en el citado asunto *Thlimmenos*, creemos que únicamente para alcanzar una solución justa en ese caso⁵⁹. Más allá de él, no le aventuro un gran futuro.

2. Los Estados miembros disfrutaban de «un cierto margen de apreciación» a la hora de valorar si, y con qué alcance, las diferencias en otras situaciones similares justifican una diferencia de trato, pero la decisión final sobre su conformidad con las exigencias que establece el Convenio pertenece al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
3. El artículo 14 del Convenio no tiene existencia independiente, puesto que sólo puede ser alegado junto con otro de los derechos reconocidos en el Convenio; aunque no es necesario que el Tribunal estime una violación de éste para poder apreciar la existencia de discriminación (esto es, tiene una cierta autonomía que podríamos llamar de «segundo grado», una vez apreciada la vinculación de la prohibición de discriminación con cualquier otro derecho del Convenio). La aplicación del artículo 14 es, además, «subsidiaria»⁶⁰ en relación con los demás derechos del Convenio porque si el Tribunal constata la vulneración de éstos, no es preciso que examine su lesión respecto de la prohibición de discriminación. El Tribunal afirma que el artículo 14, aunque no tenga existencia independiente, «juega un importante papel complementario» del resto de derechos (*Timishev* contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005).

Así, pues, en apretada síntesis, podríamos contraer la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la prohibición de discriminación del artículo 14 a la siguiente fórmula: discriminación como diferencia jurídica de trato

59. El asunto era bastante claro. Al señor Thlimmenos se le impedía legalmente el acceso a la función pública de censor jurado de cuentas porque había sido condenado penalmente con anterioridad; pero lo había sido porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave y, por tanto, habría violación del art. 14 del Convenio en relación con el derecho de libertad religiosa del art. 9.

60. ROCA, 2006, p. 693. Así lo viene expresando el Tribunal desde *Airey* contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979.

Capítulo XXI. La minoría gitana

no razonable/aplicación amplia y muy generosa de la doctrina del margen estatal de apreciación/y función complementaria y subsidiaria del artículo 14.

No compartimos en absoluto esta interpretación de la cláusula anti-discriminatoria del artículo 14 del Convenio de Roma, que calificaríamos como «de baja intensidad», aunque hay que reconocer su coherencia interna. Al no distinguir el concepto general de «igualdad» (como razonabilidad jurídica del trato diferente) del de prohibición de discriminación por determinados rasgos sospechosos (raza, sexo, etc.), ante los cuales no debería bastar el criterio de la razonabilidad, sino que el juicio debería tornarse más exigente (proporcionalidad, escrutinio estricto, etc.), o dicho con otras palabras, al no distinguir entre discriminación en sentido amplio y en sentido estricto, adoptando en principio un criterio judicial de examen muy deferente hacia la autoridad que establece la diferencia de trato, es lógico que el Tribunal tienda a «inhibir» su juicio a favor de dicha autoridad nacional y que no le asigne a la prohibición de discriminación más que un valor secundario o subsidiario, meramente relacional, respecto del resto de derechos del Convenio.

Recordaremos ahora la necesidad de distinguir entre igualdad en general y prohibición de discriminación por ciertos rasgos como la raza o la etnia, de afirmar el valor sustantivo o autónomo y no meramente relacional de la prohibición de discriminación en sentido estricto y, en coherencia con ello, de endurecer el examen judicial cuando una discriminación de este tipo sea invocada, adoptando un estándar más exigente que el de mera razonabilidad y parcialmente diferente según el rasgo sospechoso en presencia (sexo, raza, orientación sexual, etc.) y el concreto escenario social de conflicto planteado.

El propio Consejo de Europa ha intentado levantar el freno que supone el vigente artículo 14 del Convenio y su interpretación por parte del Tribunal Europeo a través de la aprobación del Protocolo n° 12⁶¹, que reconoce una prohibición de discriminación amplia y no como la vigente, circunscrita a los derechos expresamente reconocidos en el Convenio o sus protocolos. El artículo primero de este Protocolo reza: «El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situa-

61. Abierto a la firma el 4 de noviembre de 2000 (en la significativa fecha del quincuagésimo aniversario del Convenio) y que ha entrado en vigor el 4 de octubre de 2005 (en España el 1 de abril de 2005).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ción⁶²». En el Informe Aclaratorio oficial de este Protocolo, se pone de manifiesto la escasa operatividad actual del artículo 14 del Convenio⁶³, su incapacidad para distinguir los diversos tipos de discriminación y la escasamente significativa interpretación por parte del Tribunal Europeo de dicha disposición, sobre todo en materia de las discriminaciones raciales y sexuales. En efecto, es llamativa la esquizofrenia que resulta, por un lado, de la intensa actividad desplegada por el Consejo de Europa a favor de la igualdad entre mujeres y hombres y en contra del racismo y la xenofobia y, de otro lado, de la magra jurisprudencia del Tribunal Europeo precisamente en estas sensibles y críticas materias. A partir del Protocolo n° 12, se ponen las bases, por fin, para un desarrollo serio y sin cortapisas de la prohibición de discriminación racial, sexual, etc. también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero en tanto lo nuevo no termina de nacer y lo viejo no acaba de morir, nos encontramos todavía con la estrecha jurisprudencia actual del Tribunal sobre el artículo 14 del Convenio.

Otro punto verdaderamente sorprendente y criticable de esta jurisprudencia radica en que, así como el Tribunal ha venido protegiendo hasta cierto punto la discriminación por orientación sexual, o, sobre todo últimamente, por sexo, o por nacimiento, e incluso por nacionalidad⁶⁴, la tutela frente a las discriminaciones raciales ha sido, sin embargo, escasa, con vacilaciones importantes y con Sentencias tan discutibles la del caso Ostrava.

Antes de la Sentencia Ostrava, se pueden distinguir seis escenarios de conflicto: agresiones racistas por agentes de la autoridad; agresiones racistas vecinales y deficiente tutela judicial posterior; expulsión de caravanas; discriminación en frontera; discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados; y discurso racista y libertad de información. Veamos:

62. Como se ve, se mantiene la inercia en el sistema de protección del Consejo de Europa de ir en esta materia un par de pasos por detrás de lo que podríamos denominar «estándar actual de protección de los derechos», ya que se opta por incluir la misma lista que hoy rige en el art. 14 del Convenio, sin añadir otros rasgos sospechosos como la orientación sexual, la edad o la discapacidad. Aunque la lista es abierta, obviamente, la presencia explícita en ella despliega efectos interpretativos directos de relevante significado.

63. Así como la singularidad de que no reconozca un principio general de igualdad (discriminación en sentido amplio), a diferencia del resto de textos internacionales comparables. Bien es cierto que el Tribunal lo halló implícito muy pronto, como «igualdad de trato», desde la seminal Sentencia del caso lingüístico belga de 23 de julio de 1968 (y que, más aún, puede decirse que viene otorgando al art. 14 –en principio, una cláusula de discriminación en sentido estricto– no ese significado, sino el de mera cláusula general de igualdad o de discriminación en sentido amplio; se produce aquí una paradoja interesante).

64. Ver ROCA, 2006, pp. 675-678.

Capítulo XXI. La minoría gitana

1. *Agresiones racistas por agentes de la autoridad.* Por desgracia, éste sigue siendo todavía el principal escenario de conflicto derivado de la discriminación racial. Tanto por número de Sentencias, como, peor aún, por la gravedad de los ataques dirigido contra los miembros de las minorías étnicas, casi siempre gitanos. En un asunto, *Bekos y Koutropoulos* contra Grecia, de 13 de diciembre de 2005, se trata tan «sólo» de actos de brutalidad policial durante la detención por móviles racistas (afectando por tanto, al derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes del art. 3 del Convenio), pero en todos los demás los gitanos fueron asesinados por los agentes de la autoridad de países del Este (resultando una lesión, por consiguiente, no sólo de la protección jurídica de la vida del art. 2 del Convenio, sino también de este derecho en combinación con la prohibición de discriminación racial del art. 14). En esta serie de casos hay un «antes» y un «después» marcado por el memorable voto particular del magistrado Bonello en la Sentencia *Anguelova* contra Bulgaria, de 13 de septiembre de 2002 y la posterior Sentencia *Nachova y otros* contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005.

Antes del caso *Nachova*, en los asuntos *Velikova* contra Bulgaria, de 18 de mayo de 2000, y *Anguelova* contra Bulgaria, de 13 de septiembre de 2002, el Tribunal se enfrentó a las alegaciones de móviles racistas en las muertes de algunas personas gitanas en dependencias policiales, argumentando del mismo modo: exigiendo una prueba de tales actitudes «más allá de una duda razonable». Un estándar de prueba tan astringente condujo, sin remisión, a que el Tribunal no apreciara discriminación racial (en conexión con la protección jurídica de la vida del art. 2 del Convenio, que sí se consideraba lesionado): «El material ante nosotros no permite al Tribunal apreciar, más allá de una duda razonable, que el asesinato... y la carencia de una investigación significativa fueran motivados por un prejuicio racial». Y eso que el Tribunal, en ambos casos, observó que la alegación por los demandantes del asesinato por móviles racistas «se basaba en razones serias» y que el Estado demandado, Bulgaria, no había ofrecido una explicación plausible a la muerte de las víctimas y a la omisión en la investigación posterior de ciertos aspectos que podrían haber iluminado los hechos.

A la Sentencia *Anguelova* le acompaña, como ya dije, un voto discrepante del magistrado Bonello de gran estatura técnica. Comienza observado que es «inquietante» que el Tribunal Europeo en sus más de cincuenta años de existencia no haya encontrado un solo caso de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

violación de la protección jurídica de la vida (art. 2) o frente a la tortura o los tratos inhumanos y degradantes (art. 3) inducidos por móviles racistas. «Leyendo los anales de la jurisprudencia, un observador no informado creerá que Europa carece de cualquier sospecha de racismo, intolerancia o xenofobia». La Europa proyectada por esa jurisprudencia «es un cielo de fraternidad étnica», en el cual «las gentes de los más diversos orígenes conviven sin preocupación, prejuicio o discriminación». Constata también Bonello que de modo regular el Tribunal conoce casos en los que los miembros de una minoría vulnerable son privados de su vida o sufren malos tratos, pero ni una sola vez ha encontrado relación con su etnicidad: «kurdos, musulmanes y gitanos son una y otra vez asesinados, torturados o maltratados, pero el Tribunal no está convencido de que su raza, color, nacionalidad o lugar de origen tengan algo que ver con ello». Con ironía, remata su idea: «el infortunio visita puntualmente a los grupos minoritarios en desventaja, pero sólo como resultado de una feliz coincidencia». La luz roja se enciende ahora, de modo particular, con las sistemáticas violaciones de los artículos segundo y tercero del Convenio de los gitanos en Bulgaria (y no sólo por los casos que finalmente llegan ante el Tribunal, también trae a colación Bonello informes de Amnistía Internacional, de Naciones Unidas y del propio Consejo de Europa sobre el particular).

Bonello sitúa la raíz de este «escape de la realidad» en la regla probatoria de la «duda más allá de lo razonable». A su juicio, el Tribunal, que, como regla general, debe hacer los derechos «practicables y efectivos y no teóricos o ilusorios» (*Artico* contra Italia, de 13 de mayo de 1980), no puede utilizar un estándar probatorio equivalente al que en un Estado se requiere para obtener una condena penal. Esta equivalencia convierte en «ilusoria, ineficaz e inalcanzable» a la protección contra la discriminación⁶⁵ El magistrado discrepante invita, por ello, al Tribunal a «replantear» de modo «radical y creativo» su aproximación a la materia y le propone diversas vías: la técnica de la inver-

65. Bonello sostiene que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos han establecido estándares mucho más razonables. La primera ha afirmado (en *Velásquez Rodríguez* contra Honduras, de 29 de julio de 1988) que «la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal» y el Tribunal norteamericano, como es conocido, una vez que admite la *prima facie* discriminatoria ofrecida por el demandante (los indicios suficientes de discriminación de nuestro Tribunal Constitucional), invierte la carga de la prueba, de modo que corresponde al demandado demostrar que su práctica no es discriminatoria.

sión de la carga de la prueba⁶⁶, o la estimación de la violación del derecho si el Gobierno de que se trate no proporciona la información a la que sólo él tenía acceso⁶⁷, o la presunción de que cuando un miembro de un grupo desventajado sufre daño en un asunto donde las tensiones raciales son altas y la impunidad de los ofensores estatales epidémica, la carga de la prueba de que el suceso no fue étnicamente provocado debería corresponder al Estado. Y, por supuesto, habría también violación del artículo 14 (en relación con el art. 2 o el 3) cuando el Estado no investigue adecuadamente los móviles racistas del ataque a la vida o la integridad física y moral del miembro de una minoría étnica (de modo semejante a como sucede en relación con los derechos de los arts. 2 y 3 del Convenio). Es decir, Bonello propone la acuñación judicial de una dimensión procedimental de protección de la prohibición de discriminación, semejante a la que el Tribunal ha creado en relación con los derechos a la vida y a la integridad física y moral.

Lo cierto es que el Tribunal Europeo ha hecho suyas las propuestas del magistrado Bonello a partir de la capital Sentencia *Nachova* y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005, en la que afirma que en los casos de privación de la vida en que se alegue prejuicio racista las autoridades estatales han de llevar a cabo «una investigación efectiva» sobre esta conexión; y, más concretamente, tienen «el deber adicional de adoptar las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivación racista en un incidente que implique el uso de la fuerza por los agentes estatales». En estos casos, «la carga de probar que no ha habido discriminación corresponde a las autoridades nacionales demandadas»; particularmente en casos de violencia racista, «el gobierno debe probar la ausencia de una actitud subjetiva concreta por parte de las personas afectadas⁶⁸». Añade que la «violencia racial es una ofensa particular a la dignidad humana que, a la vista de sus peligrosas consecuencias, requiere por parte de las autoridades de una vigilancia especial y una reacción vigorosa». En consecuencia,

-
66. «Una técnica que el Tribunal ha adoptado con éxito cuando la alternativa habría hecho la búsqueda de la verdad imposible», como p. ej., en los casos de desaparición de detenidos una vez conducidos a dependencias policiales, en los que corresponde al Estado ofrecer una explicación satisfactoria.
67. De modo semejante a la protección «procedimental» que el Tribunal ha creado en relación con la protección jurídica de la vida o frente a las torturas y tratos inhumanos.
68. El Tribunal concluyó que se había lesionado el art. 14 en relación con el art. 2 porque las autoridades estatales no investigaron si los hechos podrían haber sido racialmente motivados.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

«las autoridades estatales deben usar todos los medios a su alcance para combatir el racismo y la violencia racista, reforzando una comprensión de la democracia como una sociedad en la que la diversidad no es percibida como una amenaza, sino como una fuente de riqueza». *Nachova* es una Sentencia en la que, por fin, el Tribunal se toma en serio la prohibición de discriminación del artículo 14 del Convenio de Roma respecto de la violencia racial.

A esta Sentencia la acompaña, empero, el voto particular del magistrado Bratza, que no está de acuerdo completamente con la nueva doctrina y además cree que en el caso concreto no se ha justificado la animosidad racista de las muertes de las dos personas gitanas (y, por tanto, el Tribunal no debería haber hallado la violación del art. 14 en combinación con el art. 2). Y también el del voto discrepante de nada menos que siete magistrados, aunque su divergencia con la mayoría no es porque no creyeran que se había producido esa lesión del artículo 14 en relación con el artículo 2, sino porque consideraban que la carencia de la investigación estatal era sólo uno más de entre los indicios de violencia racial⁶⁹, de modo que la distinción de la dimensión procedimental empleada por la mayoría del Tribunal resultaría inadecuada.

La doctrina *Nachova* es reiterada por el Tribunal en todos los casos semejantes posteriores: *Bekos y Koutropoulos* contra Grecia, de 13 de diciembre de 2005⁷⁰ y *Ognyanova y Chocan* contra Bulgaria, de 23 de febrero de 2006⁷¹. Y también en *Timishev* contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005, aunque el caso no es semejante, como veremos.

2. *Agresiones racistas vecinales y deficiente tutela judicial posterior*. Sólo existe un asunto, el de *Moldovan y otros* contra Rumanía, de 12 de julio de 2005, creemos que razonablemente resuelto. Tras un altercado en el

69. También estarían los hechos de que los disparos se efectuaron en el barrio gitano de la ciudad, que la policía conocía que las víctimas eran gitanos, que la existencia de prejuicios en Bulgaria contra los gitanos está bien acreditada, que el agente que disparó dijo después de hacerlo: «malditos gitanos», etc.

70. Las autoridades no habrían adoptado todos los pasos para investigar si en el origen de los hechos (actos de brutalidad policial durante la detención de dos gitanos griegos) hubo prejuicio racial, por lo que habría habido violación del art. 3 (prohibición de malos tratos) en combinación con el art. 14.

71. La víctima, un gitano, había muerto al caer desde una ventana de una comisaría búlgara. El Tribunal aprecia una violación del art. 2 del Convenio, pero no del art. 14 en este caso, puesto que, aunque cita la doctrina *Nachova*, a diferencia de los otros casos, no figura en el asunto ninguna concreta indicación de que las actitudes racistas jugaran algún papel en los hechos, ni los demandantes aportaron un solo dato en este sentido.

que resultó muerta una persona, los vecinos emprenden una «represalia» contra la comunidad gitana del pueblo, con diversos actos violentos, quema de viviendas, etc. El Tribunal constata que estos ataques fueron provocados por ser gitanas sus víctimas, así como que las autoridades administrativas y judiciales habían dilatado al máximo la reparación posterior de los daños derivados de la destrucción de las viviendas. «La etnicidad gitana de los demandantes parece haber sido decisiva para el resultado de los procedimientos domésticos» y dado que el Gobierno rumano no ofrece una justificación plausible para esta diferencia perjudicial de trato, el Tribunal Europeo concluye que habría habido violación del artículo 14 en relación con los derechos de los artículos 6 (proceso equitativo) y 8 (respeto a la vida privada y familiar).

3. *Expulsión de caravanas*. Las cinco Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 2001 sobre expulsiones, por razones urbanísticas, de los terrenos ¡propios! ocupados por caravanas de gitanos son también profundamente desalentadoras⁷². 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 (art. 8 CEDH). 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

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

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

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 artículo 8 CEDH «impone, por lo tanto, a los Estados la obligación positiva de permitir a los gitanos continuar con su modo de vida». En principio, «los gitanos son libres de instalarse en cualquier emplazamiento para caravanas que tengan licencia» y «a no ser 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 artículo 8 del Convenio.

La Sentencia es acompañada por un Voto Particular suscrito por siete Jueces, entre ellos el de 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. Nos resulta más consistente este voto discrepante 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 nuestra opinión, la política segregacionista es en sí misma sospechosa de discriminación: lo veremos también en relación con *DH* y *otros* contra

República Checa), 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 artículo 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 con un simple recubrimiento formal pero sin contenido, ya que no puede de ningún modo ejercerlo. Un inexistente pero efectivo derecho al paisaje lo ha derrotado.

4. *Discriminación en frontera.* En el asunto *Timishev* contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005, el Tribunal examina la negativa a admitir «chechenios» en una frontera rusa. Naturalmente, concluirá que se trata de una desigualdad de trato en el ejercicio de la libertad de circulación basada en el origen étnico y, por tanto, violatoria del artículo 14 del Convenio (en relación con el art. 2 del Protocolo n° 4). Pero esta Sentencia, más allá del fallo, tiene cierto interés doctrinal. Como, por ejemplo, la distinción que traza entre «raza» y «etnia»: ambos conceptos «están conectados y se solapan». Mientras que «la noción de "raza" tiene como fundamento la idea de una clasificación biológica de los seres humanos en sub-especies de acuerdo a rasgos morfológicos como el color de la piel o las características faciales», la «etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una común nacionalidad, afiliación tribal, fe religiosa, lengua compartida, orígenes culturales o tradicionales».

Esta Sentencia reitera la doctrina *Nachova*, pero añade una afirmación de interés: «Ninguna diferencia de trato que se base exclusivamente o de modo decisivo en el origen étnico de una persona es capaz de constituir una justificación objetiva en una sociedad democrática contemporánea construida sobre los principios de pluralismo y respeto por las diferenciales culturales». Esta tesis está guiada por una buena intención, y tiene sentido en relación con la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas (esto es, de todo trato que perjudique a los miembros de un grupo étnico únicamente por su pertenencia al mismo), pero es poco reflexiva porque, tomada al pie de la letra, impediría por completo las diferencias jurídicas de trato que, como las acciones y/o las discriminaciones positivas, pretendieran igualar las oportunidades de las minorías étnicas respecto del grupo social mayoritario. Un trato jurídico idéntico consolidaría la

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

diferente situación fáctica de unos grupos y otros dentro de una sociedad. La afirmación sólo tiene sentido respecto de los tratos jurídicos desfavorables para la minoría racial, no para los favorables.

5. *Discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados.* Son de interés tres Sentencias. La primera en el tiempo es *Remli* contra Francia, de 30 de marzo de 1996. Un acusado de origen norteafricano alegó que había oído a un miembro de su jurado decir «soy racista». Sin embargo, el tribunal se negó a considerar siquiera la recusación del jurado con la única afirmación de que no podía tomar conocimiento de hechos ocurridos fuera de su presencia. El Tribunal Europeo, tras indicar que «el art. 6.1 impone la obligación a cada tribunal nacional de controlar que, una vez constituido, sigue siendo imparcial», estimó que el tribunal francés no lo hizo, al no permitir la posibilidad de impugnar al jurado racista, y, por consiguiente, produjo una violación de tal precepto. Una situación semejante en un juicio por jurados, pero no idéntica, se produjo en *Gregory* contra Reino Unido, de 25 de febrero de 1997. El Tribunal de Estrasburgo observó que, a diferencia de lo sucedido en *Remli*, donde el juez no adoptó reacción alguna frente a la alegación de la declaración racista de un jurado anónimo (que notificó al juez que algunos compañeros jurados habían mostrado, en las deliberaciones internas, actitudes racistas –el acusado era de raza negra–), el juez británico sí hizo frente, por varias vías⁷³, a una alegación de racismo de un jurado que, aunque vaga e imprecisa, parecía no carecer de fundamento (y, por tanto, no hubo lesión del art. 6.1). Por último, *Sander* contra Reino Unido, de 9 de mayo de 2000, planteó un supuesto casi idéntico al de *Gregory*, aunque con algunas divergencias significativas. En ese asunto un miembro del jurado comunicó al juez que otros dos jurados habían proferido chistes y expresiones racistas contra el acusado, de origen asiático. Si bien poco después todos los miembros del jurado manifestaron por escrito que tal crítica era infundada, uno de ellos confesó haber contado chistes racistas sobre el acusado. El Tribunal Europeo afirmó que tales bromas no podían considerarse a la ligera, y mucho menos en el contexto de un proceso penal (otra cosa sería en una «atmósfera informal o íntima»). Dada «la importancia que los Estados miembros otorgan a la necesidad de combatir el racismo», el Tribunal consideró que el juez «debía haber reaccionado de modo más con-

73. Sobre todo, hablando con los abogados de defensa y acusación y recordando enérgicamente al jurado (sin mencionar expresamente las palabras «prejuicio racial») que debían alejar de sus mentes «cualquier clase de prejuicio».

tudente» (pues no se llegó a descartar a ningún jurado). Al no hacerlo, violó los requerimientos de imparcialidad judicial del artículo 6 del Convenio.

Así pues, en este punto sí se observa un Tribunal Europeo exigente que utiliza el microscopio judicial para evitar que los prejuicios raciales contaminen de modo alguno la imparcialidad del órgano juzgador. La seriedad con que el Tribunal aborda la interpretación del artículo 6 del Convenio (la independencia e imparcialidad judicial) atrae esta exégesis rigurosa, que contrasta con la débil protección general contra la discriminación racial que lleva a cabo en otros escenarios de conflicto.

6. *Discurso racista y libertad de información.* En la controvertida Sentencia *Jersild* contra Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994, el Tribunal Europeo consideró contraria a la libertad de informar del artículo 10 del Convenio de Roma la sanción penal que las autoridades danesas habían infligido a un periodista de televisión por un reportaje en el que entrevistaba a portavoces de un grupo racista danés, los *Greenjackets*, en el que éstos vertían afirmaciones como que «los negros no son seres humanos, sino animales» y «se parecen a gorilas». La Sentencia, a pesar de que enfatiza «la vital importancia de combatir el discurso racista en todas sus formas y manifestaciones», entiende, sin embargo, que la libertad de informar juega un papel esencial en el sistema democrático, que el periodista no tenía una intención racista y que se había limitado a transmitir tales intolerables contenidos desde una posición neutral o no incentivadora de las declaraciones (acogiendo así el Tribunal la doctrina del reportaje neutral), por lo que finalmente ampara al profesional de la información. Bien es verdad que hasta seis magistrados presentaron dos votos discrepantes alegando que «la protección de las minorías raciales no puede tener menor peso que el derecho a informar». El asunto dista de estar claro, pero, en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal, no resulta raro que en el balance de intereses pierda, de nuevo, la discriminación racial.

En conclusión, por tanto, hay que reconocer que algunos escenarios de conflicto están mejor resueltos que otros, aunque la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de discriminación racial se ha ido expandiendo y ganando en intensidad (sobre todo a partir de la reciente Sentencia *Nachova*, de 2005). El asunto *DH y otros* contra la República Checa vino, sin embargo, en un primer momento, a romper esa tendencia de mayor protección hacia las minorías étnicas y raciales, llevando al Tribunal a regresar a la aproxima-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ción fría, formalista y *race-blind* que el sostuvo habitualmente antes del asunto Nachova.

En el caso de *DH y otros* contra la República Checa, de 7 de febrero de 2006, el Tribunal Europeo desestima una demanda contra ese Estado presentada por dieciocho nacionales pertenecientes a la comunidad gitana por discriminación racial o étnica en el ejercicio de su derecho de educación. Entre 1996 y 1999 los demandantes fueron ubicados en escuelas especiales en Ostrava, bien directamente o bien tras un primer período de formación en una escuela ordinaria de primaria. Las escuelas especiales son una categoría de escuelas especializadas dirigidas a niños con dificultades de aprendizaje incapaces de asistir a las escuelas ordinarias. La decisión de enviar a un niño a una escuela especial es tomada por el director de la escuela tras un examen que mide la capacidad intelectual del niño (formulado y evaluado por un Centro de psicología y orientación educativas), y requiere el consentimiento de los padres o representantes legales del menor.

Los padres de los demandantes habían consentido enviar a sus hijos a las escuelas especiales, pero en un momento posterior solicitaron a la autoridad educativa de Ostrava que reconsiderara esta decisión porque desconfiaban del examen realizado para medir la capacidad intelectual de sus hijos y porque no habían sido suficientemente informados de las consecuencias de enviar a sus hijos a una escuela «especial». La autoridad denegó la solicitud alegando que no cumplía con los requisitos formales legalmente previstos para apelar la decisión (se había presentado de modo extemporáneo).

Contra esta denegación plantearon una demanda constitucional invocando como argumento principal que habrían sufrido una discriminación *de facto* en el funcionamiento general del sistema educativo. Para superar el obstáculo formal que había permitido a la autoridad educativa rechazar su demanda, razonaban que su caso implicaba una violación continua de sus derechos y que afectaba a intereses generales, más allá de los personales. Sostenían, en efecto, que el sistema educativo había provocado *de facto* una segregación racial, manifestada en la existencia de dos sistemas educativos independientes para miembros de grupos raciales diferentes, escuelas especiales, sobre todo para los Roma o gitanos, y escuelas ordinarias para la mayoría de la población. Este trato diferenciado no tendría una justificación objetiva y razonable y privaría a los primeros de su derecho a la educación, ya que el currículo obtenido en las escuelas especiales era inferior al de las ordinarias y sus estudiantes eran incapaces de retornar al sistema principal de educación.

El Tribunal Constitucional checo desestimó la demanda por entender

Capítulo XXI. La minoría gitana

que no era su papel hacer valoraciones de tipo social y político sobre cuál es la mejor forma de organizar el sistema educativo y sus efectos sociales (y, por tanto, carecía de jurisdicción) y que los demandantes no habían aportado pruebas concretas en apoyo de sus alegaciones, además de que no habían ejercido en su momento su derecho de apelación contra la decisión de reubicar a sus hijos en las escuelas especiales (y, por tanto, la demanda era manifiestamente infundada).

Con estos antecedentes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examina la posible violación de la prohibición de discriminación del artículo 14 CEDH en relación con el derecho a la educación del artículo 2 del Protocolo primero⁷⁴.

Comienza recordando, en primer lugar, su jurisprudencia general sobre el artículo 14: discriminación como diferencia de trato no razonable y margen amplio de apreciación estatal.

El Tribunal observa que la demanda se apoya en argumentos serios. También hace notar que diversas organizaciones, incluidas algunas del propio Consejo de Europa⁷⁵, han manifestado su preocupación por que los niños gitanos checos sean confinados en escuelas especiales y por su dificultad en acceder a las escuelas ordinarias. Pero el Tribunal, haciendo suyo el argumento del Tribunal Constitucional checo, afirma que no es su papel evaluar el contexto social en su conjunto, sino que debe limitarse a examinar las demandas individuales presentadas ante él en el caso concreto para determinar si la ubicación de los demandantes en escuelas especiales se debió a razones de origen étnico o racial. Y recuerda que si una determinada política despliega efectos perjudiciales sobre un grupo concreto, puede ser considerada discriminatoria aunque no se dirija específicamente a ese grupo; sin embargo, «las estadísticas no son por sí mismas suficientes para revelar una práctica como discriminatoria» (*Jordan* contra Reino Unido, de 4 de septiembre de 2001). Este argumento es central para la resolución del caso. Volveremos sobre él más adelante.

También sostiene, antes de entrar en el fondo del asunto (aunque, claramente, de un modo que le va preparando el sentido desestimatorio del fallo), que la fijación del sistema y del currículo escolar es competencia, en princi-

74. «A ninguna persona se le denegará el derecho de educación. En el ejercicio de las funciones que asuma en relación con la educación y la enseñanza, el Estado deberá respetar el derecho de los padres a asegurar tal educación y enseñanza de conformidad con sus propias convicciones religiosas y filosóficas».

75. Así, p. ej., la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). En su opinión discrepante, el Juez Cabral Barreto llamará a estrados a uno de sus Informes sobre la República Checa (el tercero, de 2004).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

pio, de los Estados miembros. Esta organización puede legítimamente variar en el tiempo y según el país (*Valsamis* contra Grecia, de 18 de diciembre de 1996⁷⁶). Respecto de alumnos con necesidades especiales, el Tribunal acepta que la elección entre específicos tipos de escuela para cada uno con centros altamente especializados o centros unificados con secciones especiales no es fácil ni puede hallarse una solución ideal. Implica un difícil ejercicio de valoración de los intereses contrapuestos en presencia. El Tribunal invoca aquí de nuevo la doctrina del margen de apreciación estatal para remitir a los Estados tal valoración.

Situada la *litis* desde este marco, muy contemporizador en línea de principio con las políticas educativas estatales (tanto que no haría falta seguir leyendo el resto de la Sentencia para adivinar cuál será el fallo), el Tribunal entra a examinar el asunto en concreto, formulando los siguientes argumentos:

1. El Gobierno checo ha demostrado que el sistema de escuelas especiales en el país no fue introducido sólo para atender a los niños gitanos y también que hace considerables esfuerzos para ayudar a ciertas categorías de alumnos a conseguir una educación básica. El Tribunal da por buena la tesis gubernamental de que el criterio para seleccionar a los demandantes no fue su raza ni origen étnico, sino sus dificultades para el aprendizaje, puestas de manifiesto por tests psicológicos.
2. La Sentencia insiste en este último aspecto, que podríamos denominar «técnico» de la cuestión. Si el propósito legítimo de las autoridades checas es adaptar el sistema educativo a las necesidades, aptitudes y dificultades de los niños, es lógico que sean los expertos en psicología educativa los únicos que puedan identificarlas. El Tribunal hace notar que nadie en el curso del proceso había cuestionado que los tests en el caso concreto hubieran sido administrados por profesionales cualificados (aunque los demandantes habían alegado que no existen reglas uniformes sobre la elección de tales pruebas o sobre la

76. En este asunto, un niño griego de 12 años, testigo de Jehová, no acude a la parada celebrada con ocasión de la celebración de Día Nacional alegando razones de corte pacifista derivadas de su convicción religiosa, por lo que es sancionado con un día de suspensión escolar. El Tribunal no cree que esto lesione ni su educación ni su libertad religiosa porque el significado de esa celebración no es militar, sino de exaltación de la libertad, la democracia, etc. Ahora bien, la Sentencia afirma que, aunque «no es tarea del Tribunal examinar las decisiones del Estado griego sobre el currículo educativo», resulta sorprendente que se castigue a los alumnos con un día de suspensión escolar por no asistir a una parada que se realiza fuera del recinto escolar y en día de fiesta. Este caso no es, evidentemente, comparable al del asunto Ostrava.

interpretación de los resultados). No se había demostrado tampoco que los psicólogos hubieran adoptado una actitud subjetiva determinada (prejuicio, hostilidad, etc.).

3. El Tribunal se cuida de no olvidar que los padres no habían presentado en su momento reclamación alguna contra la decisión de enviar a sus hijos a las escuelas especiales, a pesar de haber recibido una «clara información escrita» informándoles de ese hecho y de las posibilidades de impugnación. Más aún, todos dieron su consentimiento e incluso algunos padres pidieron expresamente que enviaran a sus hijos a una escuela especial. La Sentencia opone un estándar de diligencia parental (una suerte de diligencia de buen padre de familia, sin llamarla así) a la alegación de los padres de que su consentimiento no había sido, en realidad, (bien) informado: «era responsabilidad de los padres, como parte de su deber natural de asegurar que sus hijos reciban una educación, averiguar las oportunidades educativas ofrecidas por el Estado, cerciorarse de que ellos prestaban su consentimiento al envío de sus hijos a una escuela especial y, si fuera necesario, plantear una oportuna reclamación».
4. A partir del hecho de que cuatro de los demandantes lograron entrar más tarde en la escuela ordinaria, el Tribunal encuentra pruebas de que, a diferencia de lo que sostenían los demandantes, la transferencia a las escuelas especiales no es un hecho irreversible.

En conclusión, y a pesar de tener en cuenta que los datos estadísticos «son preocupantes» y que la situación general de la educación de los niños gitanos en la República Checa «no es perfecta», el Tribunal encuentra que las medidas adoptadas en este caso contra los demandantes no son discriminatorias, esto es, que el envío de los niños a las escuelas especiales haya sido el resultado de un prejuicio racial. Y, por tanto, no habría habido violación del artículo 14 CEDH en relación con el artículo 2 CEDH.

Así pues, el Tribunal se niega inicialmente a innovar en el asunto Os-trava, aunque habría sido una ocasión perfecta para ello. Todas las Sentencias anteriores examinaban discriminaciones directas (bastante «gruesas» por lo demás). Ahora tenía ante sí, por primera vez, un asunto de discriminación indirecta.

Como es sabido, se produce una discriminación indirecta cuando la aplicación de un criterio de diferenciación jurídico en principio neutro (en este caso, sería la capacidad intelectual de los niños en relación con el acceso a un tipo u otro de escuela) o no «sospechoso» (es decir, no basado en la raza) produce un resultado significativamente negativo o perjudicial respecto de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la minoría racial en desventaja (en este caso, la segregación de la gran mayoría de los niños gitanos) en comparación con el grupo social mayoritario. Por eso se las llama también «discriminaciones de impacto» (frente a las discriminaciones de trato o directas). El caso Ostrava es una patente discriminación indirecta o de impacto.

El concepto de discriminación indirecta es una creación del Tribunal Supremo Federal en la Sentencia *Griggs versus Duke Power Company*, de 8 de marzo de 1971 (ponente Burger, Presidente del Tribunal a la sazón). Se debatía en este caso si era conforme a la Constitución la práctica empresarial de una compañía de electricidad de Carolina del Norte de exigir para la contratación y/o la promoción haber completado los estudios secundarios y/o realizar dos test de inteligencia general, lo cual en la práctica perjudicaba a la comunidad negra. El Tribunal observó que estas medidas no tenían que ver con un mejor desempeño del trabajo y, con carácter general, sostuvo que prácticas como éstas, «incluso aunque fueran neutrales en su intención» (y no racistas), no pueden mantenerse «si sirven para "congelar" el *statu quo* de anteriores prácticas discriminatorias en el empleo». Hay que mirar «a las consecuencias» de la política empresarial y «no sólo a su intención». De modo que si una medida sirve en la práctica para excluir a los negros y no puede demostrarse su utilidad, debe prohibirse. Salvadas las distancias, el asunto Griggs tiene significativos puntos en común con el caso Ostrava. En ambos casos la clave del caso gravita en torno a un test en apariencia neutral (o no discriminatorio por razón de la raza), pero que, de hecho, viene a perjudicar sensiblemente a una minoría racial en particular (en un caso impidiendo el acceso al trabajo o su promoción, en otro, el acceso a una educación de calidad o, al menos, «normal»). En ambos casos parece irrelevante la intención discriminatoria (que es un argumento central de la mayoría del Tribunal Europeo, discutiblemente, además, porque, insisto, el criterio decisivo para apreciar una discriminación indirecta no es la intención de quien establece la diferencia de trato, sino el resultado de ésta).

Pero hay un punto crucial de distinción que conduce a que los fallos sean diametralmente opuestos: en el caso Griggs se da un gran valor a las estadísticas que miden el «impacto» diferenciador perjudicial para la minoría en comparación con el grupo social mayoritario (así, se recuerda que en la empresa trabajaban 95 empleados, sólo 14 de ellos negros, concentrados en un departamento en el que cobraban menos que el resto y del que muy difícilmente podían salir, y en la nota a pie de página sexta se constata que en Carolina del Norte en 1960 mientras que el 34 % de los hombres blancos tenían estudios secundarios, sólo el 12 % de negros lo habían alcanzado; y mientras que el 58 % de los hombres blancos superaban los test, tan sólo el

Capítulo XXI. La minoría gitana

6 % de los negros lo conseguían), mientras que, por el contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se niega a conceder valor alguno a las estadísticas. De este modo es imposible reconocer discriminación indirecta alguna, porque precisamente los datos estadísticos son los únicos que pueden reflejar, como una fotografía, la eventual discriminación (esto es, el trato jurídico diferente y perjudicial para la minoría). El Tribunal Europeo invoca aquí como antecedente para invalidar los datos estadísticos la criticable doctrina (en los términos que he venido exponiendo) que acuñó en el asunto *Jordan* contra Reino Unido, de 4 de agosto de 2001. Este caso versaba sobre el homicidio de un irlandés católico por fuerzas de seguridad británicas en Irlanda del Norte. El Tribunal sí encontró violación del artículo 2 del Convenio (porque las autoridades británicas no investigaron efectivamente las circunstancias de la muerte), pero, seguramente por no herir la susceptibilidad de los británicos o por no alargar más la Sentencia, concluyó, un tanto lateralmente y sin mayor cuidado, la doctrina que más tarde cita en el caso *Ostrava*: «la estadística no puede por sí misma calificar una práctica como discriminatoria en los términos del art. 14»⁷⁷. Esta tesis, que, más o menos⁷⁸, puede tener cierto sentido en el caso *Jordan* en la medida en que ya se había condenado a las autoridades británicas por violación del artículo 2, es profundamente perturbadora en su aplicación al caso *Ostrava*, porque impide de raíz al Tribunal apreciar la discriminación de impacto existente.

En resumidas cuentas, al Tribunal Europeo no le pareció inicialmente discriminatoria una medida que provocaba que la mayoría de niños gitanos de un país acabasen en guetos educativos especiales, en los que convivían, además, con niños con serias discapacidades para el aprendizaje. No importaba que se tratase de una práctica segregacionista especialmente grave por los sujetos que la padecen, los niños, y por el objeto al que se refiere, la educación (con el agravante de que es la primaria). Y encima, al no reconocer la discriminación estructural en el caso *Ostrava*, el Tribunal eligió «echar sobre las espaldas de los padres» (iletrados la mayoría) la carga de impugnar el sistema, sin tener en cuenta el consentimiento apenas informado de éstos. Evidentemente, tampoco otorgó ningún peso el Tribunal al hecho de la persecución racista que sufrían muchos niños gitanos en las escuelas ordinarias,

77. En el asunto *Jordan*, observa que «hay pruebas estadísticas» de que los católicos y nacionalistas reciben peor trato policial en Irlanda del Norte y de que son más disparados por la policía, pero no ha encontrado pruebas de que los homicidios resultantes impliquen un uso ilegal o excesivo de la fuerza por parte de los miembros de las fuerzas de seguridad y, por tanto, no habría lesión del art. 14 en relación con el art. 2.

78. De nuevo estamos en presencia de la aproximación *race-blind* escasamente garantista de la prohibición de discriminación étnica o racial.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

lo que motivaba en no pocos casos la decisión de sus padres a favor de las escuelas especiales. El caso *Ostrava* parecía, pues, exhumar la ominosa doctrina *Plessy* «separados pero iguales»⁷⁹.

Por la vía del artículo 43 CEDH, que permite, en «casos excepcionales» (por su importancia social, como éste, apreciada previamente por un colegio de cinco jueces) el «reexamen» de las Sentencias de Sala, la Gran Sala del Tribunal ha reexaminado el asunto, argumentando y concluyendo de modo diametralmente diferente. En su voto discrepante, el Juez español J. Borrego compara esta Sentencia con un «coche de Fórmula 1», que se distancia con rapidez de la jurisprudencia anterior del Tribunal. Él juzga esta «arrancada» de modo negativo, pero personalmente creemos todo lo contrario: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incorpora por primera vez en el ámbito de la discriminación racial (ya lo había hecho antes en relación con la discriminación sexual) las categorías del Derecho Antidiscriminatorio que usualmente utilizan tanto el Derecho de la Unión Europea (al que cita en apoyo expresamente en el texto) como en el Derecho norteamericano, del que procede, por ejemplo, el concepto de «discriminación indirecta» que es clave en el asunto resuelto. Esta Sentencia actualiza y pone al día la obsoleta categorización que en materia de igualdad y prohibición de discriminación venía manejando hasta ahora el Tribunal de Estrasburgo. Por primera vez aprecia una discriminación racial indirecta; por primera vez se aplica a este campo el valor probatorio de las estadísticas; por primera vez se incorpora el concepto de interpretación judicial estricta (que en el Derecho norteamericano se llama *strict scrutiny test*) en relación con la discriminación racial; por pri-

79. Como es fama, el Tribunal Supremo federal de Estados Unidos dictó en 1896 la Sentencia *Plessy versus Ferguson*, que consagró la regla «*separados pero iguales*» y decidió que una ley que permite la segregación racial bajo condiciones separadas pero iguales no viola la garantía constitucional de la protección igualitaria de las leyes. Se trataba de una ley de Louisiana que segregaba racialmente a los pasajeros de los ferrocarriles. El Tribunal sostuvo que la mera distinción legal entre blancos y negros no destruye la igualdad ni convierte a una en sierva de la otra y que la enmienda decimocuarta no pretende una igualdad social distinta; las leyes que imponen la separación (explicó) no implican establecer que una raza es superior o inferior a la otra; simplemente son actos del poder de Policía de un Estado (¿hay aquí un intento de argumentación «técnica» o «neutral», y un subrayado de la falta de intención de discriminar, como en el caso *Ostrava*?) Hubo que esperar hasta 1954, al caso *Brown c/Board of Education* para que la mayoría, basándose en el voto disidente del juez Harlan en el caso *Plessy*, abandonara definitivamente la regla segregacionista. El Tribunal afirmó que «separar a unos niños de otros, de edad y calificaciones semejantes sólo a causa de su raza, genera un sentimiento de inferioridad acerca de su condición en la comunidad, sentimiento que puede afectar a sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente nunca podrá ser reparado». Creemos que estas palabras son perfectamente aplicables al caso *Ostrava*.

Capítulo XXI. La minoría gitana

mera vez se ordena invertir la carga de la prueba en casos de discriminación racial indirecta o de impacto. Por eso, esta decisión es importante no sólo por la solución que presta al conflicto concreto planteado, sino, sobre todo, por la doctrina general que establece respecto de la discriminación racial, aplicable en todos los casos sucesivos. Estamos, pues, en presencia de lo que (también en la cultura jurídica anglosajona) se conoce como un *leading-case*, una Sentencia que establece la doctrina a aplicar en el futuro.

También con carácter general, procede llamar la atención sobre el hecho de que el Tribunal constata la situación social en desventaja de la comunidad gitana como criterio de interpretación del asunto. Literalmente, sostendrá (ap. 181): «La posición vulnerable de los gitanos exige que se consideren de modo especial sus necesidades y estilos de vida diferentes en los marcos regulatorios generales y en las decisiones sobre casos particulares». Es preciso, continúa la Sentencia, «salvaguardar los intereses de las minorías», pero también «preservar una diversidad cultural que tiene valor para toda la sociedad».

La Sentencia de la Gran Sala imprime un giro copernicano a la Sentencia de 2006, recordando que aunque la jurisprudencia del Tribunal «en el pasado» había negado eficacia a las estadísticas como prueba para calificar una determinada práctica como discriminatoria, en casos más recientes sobre discriminación (por sexo) el Tribunal se apoyó en las estadísticas para identificar una diferencia de trato de grupos (mujeres y hombres) en situaciones similares. Concretamente, en la Sentencia *Hoogendijk* contra Holanda, de 6 de enero de 2005, afirmó que: «Cuando un demandante es capaz de mostrar, sobre la base de estadísticas oficiales incontestables, la existencia de una indicación *prima facie* de que una regla específica (aún formulada de una manera neutral) afecta de hecho a un porcentaje claramente mayor de mujeres que de hombres, corresponde al Gobierno demandado demostrar que esto es el resultado de factores objetivos sin relación con cualquier tipo de discriminación por sexo. Si la carga de probar que una diferencia de impacto entre hombres y mujeres no es una práctica discriminatoria no correspondiera al Gobierno demandado, sería extremadamente difícil para los demandantes probar la discriminación indirecta».

El Tribunal traslada esta metodología, punto por punto, desde el ámbito de la discriminación sexual al racial: Primero, la supuesta víctima de discriminación deberá aportar un principio de prueba, con la ayuda de estadísticas, de que existe una discriminación de impacto (o indirecta), esto es, una diferencia de trato entre dos grupos similarmente situados, a pesar de que el criterio de diferenciación no sea el racial, sino uno «neutro» (en este caso, serán las capacidades y necesidades educativas de los niños). No es necesario

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

probar la existencia de una intención discriminadora por parte de la autoridad implicada. Segundo, esta alegación provocará una inversión de la carga de la prueba, de modo que no será quien alega la discriminación sino el Gobierno demandado el que intente demostrar que la diferenciación de trato (por el diverso impacto, insisto, no porque hay reglas distintas para cada grupo –en cuyo caso estaríamos en presencia de una discriminación de trato o directa–) es objetiva y no tiene que ver de ninguna manera con una discriminación racial. Tercero, el órgano judicial decidirá a la vista de los argumentos planteados:

1. ¿Existe una diferencia de trato deducible por el distinto impacto de la medida impugnada? La Sentencia constata, en primer lugar, que a consecuencia «de una historia turbulenta», los gitanos se han convertido en un tipo específico de «minoría desventaja y vulnerable» que «requiere una protección especial», sobre todo respecto del derecho a la educación (reconocido en el art. 2 del Protocolo n° 1 del Convenio). Por eso este asunto merece «una atención especial».

Pues bien, el Tribunal concede valor a los datos estadísticos que indican que el 56 % de todos los niños en colegios especiales en Ostrava eran gitanos, aunque éstos sólo constituían el 2,26 % del total de alumnos en escuelas primarias en Ostrava. Además, sólo el 1,8 % de niños de niños no gitanos estaban en las escuelas especiales, mientras que la proporción de niños gitanos ascendía al 50,3 %. El Tribunal observa que el Gobierno checo no cuestionó estos datos y que no aportó otros distintos. Por otro lado, las estadísticas generales de todo el país confirmaban las de Ostrava: del total de alumnos en escuelas especiales, entre el 80 y el 90 % eran gitanos. Esto muestra, a juicio del Tribunal, una imagen más general que lleva a concluir que, incluso aunque las cifras no fueran exactas, el número de niños gitanos en escuelas especiales era desproporcionadamente alto. En consecuencia, estos datos estadísticos pueden considerarse fiables y significativos para probar una fuerte presunción de existencia de discriminación indirecta.

2. Inversión de la carga de la prueba. El Gobierno se defiende. Ante dicha presunción de discriminación indirecta, debe ser el Gobierno checo el que demuestre que la diferencia de impacto de su sistema escolar entre niños gitanos y no gitanos no está relacionada con el origen étnico. O, expresado más técnicamente, que existe una «justificación objetiva y razonable», esto que, que persigue un fin legítimo y que existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Cuando la diferencia de trato

se basa en la raza, añade significativamente el Tribunal (incorporando el criterio de la interpretación judicial estricta), «la noción de justificación objetiva y razonable debe ser interpretada tan estrictamente como sea posible».

Pues bien, el Gobierno checo justifica la diferencia de trato entre niños gitanos y no gitanos en la necesidad de adaptar el sistema educativo a la capacidad de los niños con necesidades educativas especiales. Y concreta la justificación de su política escolar en dos datos (que considera neutros y no discriminatorios por motivos raciales): a) Los niños eran ubicados en colegios especiales como resultado de su baja capacidad intelectual medida con la ayuda de pruebas psicológicas en centros de psicología escolar; y b) La decisión final de derivar a los niños a los colegios especiales dependía del consentimiento de sus padres.

3. Argumentación y conclusiones del Tribunal. La Sentencia no va a considerar justificaciones objetivas y razonables a ninguna de las dos razones esgrimidas por el Gobierno (test psicológicos, consentimiento de los padres):

a) Las pruebas psicológicas. El Tribunal acepta que el sistema de escuelas especiales (que más tarde, por cierto, fue abolido en Chequia, donde en la actualidad todos los niños están en escuelas ordinarias) estaba motivado por el deseo de encontrar una solución para los niños con necesidades educativas especiales. Sin embargo, comparte la inquietud, manifestada en el proceso por otras instituciones del Consejo de Europa sobre el pobre currículo que se seguía en tales escuelas y por la segregación que producía el sistema. Además, los test utilizados eran objeto de controversia científica y no tenían en cuenta las circunstancias específicas de los niños gitanos. El Tribunal concluye que, al menos, es deducible el peligro de que las pruebas psicológicas y sus resultados no fueran analizados a la luz de las circunstancias especiales de los niños gitanos. Y, por ello, no pueden servir como justificación de la diferencia de trato impugnada.

b) El consentimiento de los padres. En las circunstancias del caso, el Tribunal no considera que los padres de los niños gitanos, que eran miembros de una comunidad en desventaja y con pobre formación, fueran capaces de valorar adecuadamente todos los aspectos de la situación y las consecuencias de su consentimiento. El Gobierno admite que tal consentimiento se prestaba mediante

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

una firma en un impreso oficial que no aportaba información sobre alternativas o sobre las diferencias de currículo entre las escuelas ordinarias y las especiales. El voto discrepante del Juez español, J. Borrego, considera que esta tesis de la mayoría del Tribunal «es insultante» porque «juzga a los padres como incapaces de educar a sus hijos». No puedo estar de acuerdo con esta objeción porque me parece manifiesta la falta de información que tenían los padres para tomar esa decisión y, sobre todo, como muy bien indica la propia Sentencia, porque los padres gitanos tenían ante sí el dilema de enviar a sus hijos a las escuelas ordinarias, que no estaban preparadas para incorporar las diferencias culturales y sociales de sus hijos, lo que con mucha probabilidad les condenaría inevitablemente al ostracismo, o de enviarles a las escuelas especiales donde se iban a encontrar con otros muchos niños gitanos.

El Tribunal concluye, pues, que ha habido una discriminación de impacto o indirecta, que provoca segregación y menos oportunidades para los niños gitanos. El sistema, tal como se aplicó en la práctica, tuvo un impacto desproporcionadamente perjudicial sobre la comunidad gitana y, en consecuencia, violó la prohibición de discriminación racial del Convenio (art. 14) en relación con el derecho a recibir educación (art. 2 del Protocolo Adicional n° 1).

Creemos, en fin, que se trata de una magnífica Sentencia y no tanto por su aplicación al conflicto concreto (los hechos enjuiciados son ya, de alguna manera, irreparables aunque se produzca una condena dineraria y el sistema escolar ha cambiado posteriormente en Chequia), cuanto por la doctrina general sobre discriminación racial que, por fin, incorpora el Tribunal de Estrasburgo y que, sin duda, será aplicada en casos futuros. Discriminar a los gitanos en Europa será a partir de ahora un poco más difícil.

Se puede concluir, por tanto, que, incluso reconociendo los avances que aportan Sentencias como la de *Ostrava* de la Gran Sala, 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 DWORKIN⁸⁰, «expresa desprecio y es pro-

80. DWORKIN, 2000, p. 497.

fundamente 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». VILLARREAL y WAGMAN han analizado minuciosamente las «dinámicas de la discriminación racial». 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»⁸¹. 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». 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». En los prejuicios sociales contra la minoría gitana, suelen operar, según los autores citados, fenómenos como «las profecías que se autocumplen»⁸², «la negación de la existencia de la discriminación», «la culpabilización de la víctima», «la construcción de categorías grupales formalmente no étnicas» y de «chivos expiatorios». 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».

Otro rasgo característico de la discriminación racial, apuntado por DE ASÍS⁸³, 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

81. VILLARREAL y WAGMAN, pp. 52 y ss.

82. 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.

83. DE ASÍS, 1985, p. 10.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sentirse desde el punto de vista social». En nuestra opinión, la STC 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 motivación⁸⁴, como sostiene, por ejemplo, SULLIVAN⁸⁵. Esta autora observa cómo, en los Estados Unidos, el derecho de igual protección de las mujeres se ha ido construyendo a partir de la prohibición de discriminación racial. De un lado, «el sexo es como la raza», «visible y generalmente un rasgo inmutable que ha sido utilizado para estereotipar y clasificar, sin atender al mérito individual, en ámbitos que afectan a los beneficios públicos y al orden social de los particulares (educación, empleo, propiedad, etc.)⁸⁶. 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»⁸⁷.

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, estigmatiza a sus víctimas y, de otro, porque se vierte sobre «minorías aisladas y sin voz». Veamos:

- a) En el Derecho antidiscriminatorio, la teoría del estigma procede de Kenneth L. KARST⁸⁸. 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

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

85. SULLIVAN, 2002, p. 744.

86. «Muchos de ambos grupos han sido sometidos a prejuicios sociales y estigmas cuando ellos se excedían de los roles socialmente asignados».

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

88. KARST, 1977, pp. 1 y ss.

actitud con la que «los normales», «la mayoría» miran a aquellos que son diferentes. Citando a GOFFMAN, KARST afirmará: «la persona víctima de un estigma no es del todo humano». No todas las desigualdades estigmatizan. Los efectos del estigma recaen sobre las víctimas, dañando su autoestima, de modo que la mayoría llegan a aceptar como «naturales» las desigualdades perjudiciales que reciben, pero también recaen sobre toda la sociedad, que llega a elaborar una ideología del estigma para justificarlo.

Nos 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 nuestra 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. US*, de 1938 (ponente Stone) y ha sido formulada teóricamente por John H. ELY⁸⁹. 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.

3. ACCIONES POSITIVAS Y DISCRIMINACIONES POSITIVAS A FAVOR DE LA COMUNIDAD GITANA

Por lo que se refiere concretamente al marco constitucional, entiendo que la prohibición de discriminación racial del artículo 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 aquellos que fácticamente están en desventaja) y licitud, bajo ciertas condiciones, de las discriminaciones positivas (reserva de cuotas o de plazas en listas electorales,

89. ELY, 1977, pp. 69 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

empleo público o privado, etc.). La interpretación que cabe realizar de la prohibición de discriminación racial es semejante a la que puede deducirse 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 condiciones, 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. Pero ¿qué existe en la actualidad de modo específico para la comunidad gitana? Podemos indicar el Programa de Desarrollo Gitano y la reciente creación de varias instituciones públicas en relación con la comunidad gitana.

3.1. EL PROGRAMA DE DESARROLLO GITANO

Se trata de un programa que se puede catalogar como medida de acción positiva. A instancia de lo previsto en la Proposición no de Ley de 3 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 de los gitanos españoles y de crear una unidad administrativa que se encargase de llevarlo a la práctica, en el año 1988 se puso en marcha el Programa de Desarrollo Gitano, adscrito a la Dirección General de Inclusión del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Este Programa co-financia proyectos, en colaboración con otras administraciones regionales y/o locales, de intervención social para la atención e inserción del pueblo gitano en materias de acción social, educación, formación, empleo, salud, vivienda, etc. También se presta apoyo técnico y financiero a las entidades del tercer sector que trabajan con la población gitana. Para el año 2007, la dotación (que se mantiene casi invariable desde hace varios) asciende a algo más de tres millones de euros. El 25 % de los fondos van para Andalucía, el 13 % para Madrid y el 10 % para Valencia (entre las tres Comunidades absorben casi la mitad de todos los fondos). Las Comunidades Autónomas seleccionan y presentan los proyectos al Ministerio para su aprobación en la Comisión de Seguimiento del Programa. El Convenio suscrito entre la Comunidad Autónoma y el Estado se publica en el BOE, junto con el Anexo en el que constan los proyectos y la financiación. Los criterios principales para la selección de proyectos son: el carácter integral del proyecto, la coordinación entre las instituciones y con otras entidades privadas sin fin de lucro, la participación efectiva de

los gitanos y sus asociaciones, la inclusión en proyectos europeos, la promoción de la incorporación de los gitanos en las distintas realidades sociales y la continuidad en el tiempo de los proyectos.

3.2. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL: EL CONSEJO PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS POR EL ORIGEN RACIAL O ÉTNICO, EL CONSEJO ESTATAL DEL PUEBLO GITANO Y LA FUNDACIÓN INSTITUTO DE CULTURA GITANA

En 2005 se crea el Consejo Estatal del Pueblo Gitano (RD 891/2005), como órgano colegiado interministerial de carácter consultivo y asesor en el que se institucionaliza la cooperación entre el movimiento asociativo gitano y la Administración General del Estado para el desarrollo de políticas de bienestar social basadas en el desarrollo y promoción integral de la población gitana. Según su art. 1, se trata de un «órgano colegiado de participación y asesoramiento en las políticas públicas, generales y específicas, que redunden en el desarrollo integral de la población gitana en España» (art. 1). El Consejo es «un órgano colegiado interministerial de carácter consultivo y asesor», en el que se «institucionaliza la colaboración y cooperación del movimiento asociativo gitano y la Administración General del Estado para el desarrollo de políticas de bienestar social basadas en el desarrollo y promoción integral de la población gitana» (art. 2.1) Se compone de presidente (el Secretario de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad), dos vicepresidentes (Director General de Servicios Sociales y Dependencia y un representante del movimiento asociativo gitano elegido por y entre los vocales de las organizaciones representadas en el Consejo), 40 vocales (20 en representación de la Administración General del Estado y 20 en representación de las organizaciones del movimiento asociativo gitano) y un secretario (Subdirector general de Programas Sociales, con voz, pero sin voto) (arts. 4 a 8).

También en 2005 se aprueba en el Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley de 27 de septiembre por la que se insta al Gobierno a promover la cultura, la historia, la identidad y la lengua del pueblo gitano. En aplicación de esta proposición, el Consejo de Ministros ha autorizado la creación de la Fundación Instituto de Cultura Gitana, cuya finalidad es desarrollar y promocionar la historia, la cultura y la lengua gitanas en todas sus manifestaciones y difundir su conocimiento a través de estudios, investigaciones y publicaciones, así como promover iniciativas que conduzcan a la integración de la comunidad gitana desde el reconocimiento de su identidad cultural. El Instituto de Cultura Gitana se configura como una fundación del sector público estatal, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

obrar, que actuará al amparo del Protectorado de Fundaciones del Ministerio de Cultura. Los Presupuestos Generales del Estado para 2007 contemplan una aportación del Ministerio de Cultura de 600.000 euros para la dotación inicial de la Fundación y el inicio de sus actividades y funcionamiento. Los Estatutos de la Fundación constan de veintisiete artículos distribuidos en cinco capítulos, en los que se regulan las normas correspondientes a la constitución de la Fundación, naturaleza, domicilio y ámbito de actuación, fines, objetivos y beneficiarios, gobierno, régimen económico y modificación.

El órgano de gobierno y representación de la Fundación Instituto de Cultura Gitana es el patronato, cuya composición es la siguiente: Presidente, que será la Ministra de Cultura o persona en quien delegue. Un Vicepresidente, elegido por el Patronato entre sus miembros. Un Secretario, que será el Director del Instituto. Un máximo de quince Patronos, de los cuales doce serán natos: tres designados por el Departamento; uno por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación; dos por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; uno por el Ministerio de Educación y Ciencia; uno por el de Administraciones Públicas; dos por las Comunidades Autónomas, uno por la FEMP y otro por el vicepresidente segundo del Consejo Estatal del Pueblo Gitano, y tres serán Patronos electos, elegidos por méritos propios por el Presidente, mediante Orden Ministerial. El Patronato podrá designar, con objeto de llevar a cabo los fines fundacionales, un Comité Delegado, que podrá estar integrado por miembros del Patronato y por terceras personas. Conforme a lo previsto en sus Estatutos, la Fundación tendrá los siguientes fines:

- La proposición de acciones dirigidas a lograr la convivencia armónica entre los distintos grupos y culturas que conforman nuestra sociedad. Se preserva que en las mismas se tenga en cuenta la igualdad de oportunidades, la igualdad de trato, la igualdad de género y la no discriminación de la población gitana.
- El desarrollo y promoción de la cultura y de la lengua gitanas en todas sus manifestaciones, al mismo tiempo que la promoción y difusión de su conocimiento mediante una comunicación permanente, tanto con la elaboración de estudios, investigaciones y publicaciones, como a través de la organización de eventos académicos y culturales.
- El establecimiento de mecanismos y estrategias que contribuyan eficazmente a la preservación y el desarrollo del acervo cultural de la comunidad gitana.

Como se advirtió al comienzo de este capítulo, la Directiva 2000/43 obliga a los Estados Miembros de la Unión a adoptar ciertas medidas de lucha contra la discriminación racial. La constitución del «organismo respon-

Capítulo XXI. La minoría gitana

sable de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico», permitía concebir fundadas expectativas para avanzar significativamente en el campo de la igualdad étnica. Sin embargo, en España esta Directiva ha constituido, por lo menos hasta el momento, una magnífica oportunidad perdida para impulsar nuevas estrategias.

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 situaciones, 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. Se ha avanzado bastante en el campo de las políticas de *inclusión*, pero apenas nada en las políticas de *reconocimiento*. El abordaje tradicional de las políticas de apoyo al pueblo gitano (sociales y económicas, sobre todo) son insuficientes en «cantidad», pero más todavía en «calidad». Sobre la comunidad gitana pesa un sensible *déficit de ciudadanía*. Si casi todo se fía al Plan de Desarrollo Gitano, se seguirá actuando contra los síntomas de la discriminación, pero no contra sus causas. El formato finalmente elegido para el Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico no responde, creemos, a los impulsos de la Directiva que lo propuso.

El hecho de que las Directivas de igualdad de trato en el empleo y de igualdad racial fueran transpuestas por una ley de acompañamiento a los presupuestos generales del Estado (la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y de orden social) ya da idea del carácter más bien rutinario y escasamente entusiasta de la incorporación de la nueva normativa a nuestro ordenamiento. La transposición fue, en efecto, de mínimos. Es cierto que la mayoría de requerimientos ya estaban vigentes entre nosotros, pero esto no elimina del todo el bajo nivel de consideración política que motivó la importación de las Directivas. Es paradójico que aunque estas normas obliguen al Estado a colaborar con el tercer sector, el instrumento elegido fue el de un tipo de norma especial que no sólo evita ese diálogo, sino incluso el usual de cualquier procedimiento legislativo ordinario (que reclama la atención del Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social y la implicación de los grupos afectados por la nueva regulación y del público en general). La transposición fue realizada de noche, en despoblado y a escondidas.

El artículo 33 de la Ley española dispuso la creación del Consejo para

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico. El apartado cuarto de ese artículo remite a la regulación reglamentaria la composición y funcionamiento del Consejo. Casi cuatro años después se crea ese Consejo: Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, por el que se regulan la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico.

Todas estas expectativas en el nuevo organismo para la igualdad racial exigido por el Derecho europeo se hallan, sin embargo, seriamente en entredicho. Como se ha señalado, más que «transponer», el legislador español se «transpuso». Y ahora el Decreto aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 2007 de creación del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico no permite precisamente albergar tampoco grandes expectativas. De momento, el título del Real Decreto es incorrecto: se reitera «igualdad de trato» y «discriminación», sería mejor optar por uno o por otro (mejor discriminación, porque engloba «igualdad de trato», pero también «igualdad de oportunidades» –es significativo que se omita este concepto–). Por otro lado, si se habla de discriminación étnica ya engloba la racial; quizás no hubiera sido necesario tampoco reiterar «ética» y «racial».

Se trata de un órgano colegiado interadministrativo con participación de las organizaciones representativas de intereses sociales (sindicatos, empresarios y ONG que trabajan en este campo) de los previstos en el art. 22.2 LPC. Tanto su naturaleza jurídica como sus competencias se ajustan a las competencias que establecía la Directiva, aunque por lo bajo, esto es, se configura un Consejo que podríamos llamar «de baja intensidad»; se transponen al pie de la letra las obligaciones provenientes de Bruselas, no se añade ni una tilde de más.

El Consejo se adscribió inicialmente, sin participar en la estructura jerárquica del mismo, al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (nada que objetar), a través de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes dependiente de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (todo que objetar). Se ve que se asociaba discriminación étnica a los problemas derivados de la inmigración; la comunidad gitana, que es española, que es de las más numerosas, y es sobre la que recaen los estereotipos racistas más destructores, ¿cómo se ubica en este escenario? Está claro que el legislador español no está pensando en ella y a mí me parece (con respeto para otros grupos étnicos) que debe ser la primera cuyas necesidades de inclusión (y también de reconocimiento) deben ser atendidas (porque las políticas de igualdad en relación con ella están aún en fase embrionaria, pese a todo). Es elo-

Capítulo XXI. La minoría gitana

cuenta que este borrador de Real Decreto no requiera siquiera el informe previo del Consejo Estatal del Pueblo Gitano. Con mejor criterio, no obstante, el Consejo se ha adscrito posteriormente al Ministerio de Igualdad.

Las finalidades del Consejo se establecen en el artículo 2: le corresponde la promoción de «la igualdad de trato y no discriminación» (nuevamente esta fórmula no muy feliz desde el punto de vista técnico) racial o étnico en la educación, la sanidad, las prestaciones y servicios sociales, la vivienda, la oferta y el acceso a cualquier bien o servicio, el acceso al empleo, la actividad por cuenta propia y el ejercicio profesional, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua. De aquí se deriva el triple orden de competencias (art. 3):

1. Prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación directa o indirecta por su origen racial o étnico a la hora de tramitar sus reclamaciones. Si la agresión procede de un poder público, el carácter «independiente» de la asistencia padecerá, sin duda, porque el Consejo será juez y parte. En el modelo inglés de Consejo en el que se inspira la norma comunitaria, ésta es una especie de agencia independiente que no se adscribe a ningún ente administrativo.
2. Realizar con autonomía análisis e informes, así como publicar informes independientes sobre la discriminación racial. La norma concreta que el Consejo podrá emitir, a iniciativa propia o a petición de los órganos competentes de la Administración estatal, informes sobre proyectos normativos, planes, programas, etc. relacionadas con el objeto y finalidad del Consejo (no ha llegado a exigir este Informe previo sobre el borrador de toda norma que afecte a la materia, como sí se hace en relación con la discriminación sexual; sin embargo, creemos que sería interesante que se hiciera). En segundo lugar, la norma concreta que el Consejo deberá elaborar un Informe anual sobre la situación de la discriminación racial.
3. Promover medidas que contribuyan a la igualdad racial formulando, en su caso, recomendaciones y propuestas que procedan; y se ejemplifican algunas (escrutar la normativa y los planes de promoción de igualdad racial para detectar discriminaciones, promover que en la negociación colectiva se establezcan reglas que impidan la discriminación, promover actividades de información y sensibilización, establecer mecanismos de cooperación y colaboración interadministrativa, etc.)

En cuanto a la composición del Consejo (art. 4), estará integrado por el

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

presidente (nombrado por la Ministra de Igualdad entre personalidades de reconocido prestigio en este campo –su mandato, como el del resto de miembros, es de tres años–); un vicepresidente primero (elegido por los vocales representantes de sindicatos, empresarios y tercer sector), un vicepresidente segundo (la Directora general de lucha contra la discriminación), 8 vocales de la Administración General del Estado (con rango de directores generales de los ministerios de Trabajo, Educación, Justicia, Sanidad y Consumo, Interior y Vivienda), cuatro vocales representantes de las Comunidades Autónomas (a propuesta del Consejo Superior de Política de Inmigración), dos vocales representantes de la Administración local (a propuesta de ese mismo Consejo –debería ser a propuesta de la FEMP–), dos vocales representantes de las organizaciones empresariales y otros dos de los sindicatos y diez en representación de organizaciones y asociaciones cuya actividad esté relacionada con la promoción de la igualdad racial (la selección de estas organizaciones se realizará por convocatoria pública efectuada a través de Orden del Ministerio de Trabajo). El Secretario del Consejo será el Director del Observatorio español del racismo y la xenofobia (del que se dice que dará funciones de apoyo técnico al Consejo, pero sin concretar cuáles: la relación entre el Consejo y el Observatorio es bastante confusa en la norma). En total, pues, 40 miembros (A esto hay que añadir que el Pleno del Consejo podrá designar dos expertos independientes que podrán asistir a las sesiones del Pleno con voz y sin voto con funciones de asesoramiento). Un órgano muy poblado, ciertamente, así que será clave en su funcionamiento no tanto su Pleno como la Comisión Permanente. El Pleno se reunirá al menos dos veces al año en sesión ordinaria (cabén reuniones extraordinarias). La Permanente estará formada por el Presidente, los dos Vicepresidentes, el Secretario, y cuatro vocales (nombrados por el Ministerio de Trabajo a propuesta y de entre los vocales que representan al Ministerio de Trabajo, a las administraciones local y autonómica y a las organizaciones sindicales, empresariales y sociales). Ocho personas en total.

Lo peor que se puede decir del Decreto es que no se aseguran los recursos presupuestarios (sólo se alude vagamente a ello; junto con una previsión de que los vocales que no pertenezcan a la administración que no residan en Madrid cobren dietas en sus desplazamientos –faltaría más–) ni tampoco personales y técnicos suficientes para cumplir las funciones encomendadas. Las competencias requieren una estructura técnica y de gestión, personal suficiente y un presupuesto adecuado para poder ser llevadas a cabo. El borrador parece configurar un Consejo *baratito*, de poquitas reuniones al año; incluso de la Permanente sólo se dice que tendrá tres reuniones como mínimo al año. Parece estar pensando en un simple órgano consultivo, pero

Capítulo XXI. La minoría gitana

esto no se corresponde con sus funciones, que requerirán un serio esfuerzo presupuestario (para hacerlas bien, claro). Este borrador no revela una gran voluntad de configurar un Consejo eficaz de verdad; parece algo cosmético. No hay auténtica cirugía antidiscriminadora; apenas una inyección de botox, con efectos menores y temporales.

Tampoco quedan claras las funciones y escenarios de cooperación con las asociaciones que trabajan en este campo (que podrían ser muy importantes en la función de asistencia a las víctimas de discriminación, p. ej.; es difícil que el Consejo, desde Madrid y conocido por escasas personas, pueda prestar este tipo de servicio sin la ayuda del tercer sector, instalado capilarmente en todo el territorio y que conoce y que viene asistiendo a las víctimas de discriminación).

Este importante y reciente reconocimiento institucional no es suficiente. El Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia alerta, en su último informe relativo a 2006, de que en España los inmigrantes y la comunidad gitana sufren discriminación, entre otros, en los sectores del empleo, la vivienda y la educación, destacando especialmente el aumento de la discriminación silenciosa y encubierta en nuestro país. El Informe constata también que los gitanos siguen sufriendo una clara discriminación pública y privada en todos los ámbitos sociales, y que la violencia racista es un fenómeno real que es preciso abordar con urgencia. El tercer informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) sobre España coincide, asimismo, en que algunos colectivos, incluyendo los gitanos, siguen sufriendo una discriminación racial cotidiana en muy diversos ámbitos, y que se ven particularmente afectados por la práctica habitual de la policía de establecer perfiles étnicos, lo que incrementa sus posibilidades de ser objeto de mala conducta policial. La conclusión final es que las autoridades españolas siguen sin entender, en gran medida, qué significa e implica la lucha contra la discriminación racial.