

DISCRIMINACIÓN RACIAL Y DE ORIGEN ÉTNICO EN LA EUROPA DE LOS DERECHOS

JONE ITXARO ELIZONDO URRESTARAZU*

RESUMEN

El contexto de crisis financiera y económica se está traduciendo en una crisis social que sacude la sociedad europea, teniendo como consecuencia los últimos acontecimientos de sustrato étnico y racial que han conmovido a una Unión que se jacta de justa e igualitaria. Siendo la protección de los ciudadanos contra la discriminación el arma por excelencia a utilizar en la consecución de la igualdad y el mejor medio para la integración, es necesario establecer el marco de protección establecido para los europeos, aprovechando la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y la próxima adhesión de la Unión Europea (UE) al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). Ello exige la necesidad de aclarar el marco jurídico en el que se encuadra la discriminación racial y étnica en ambos organismos, ejerciendo un análisis riguroso del estado de la cuestión y señalando los obstáculos con los que se puedan encontrar en la que se convierte hoy en "La Europa de los Derechos".

Palabras clave: UE, CEDH, derechos fundamentales, igualdad.

ABSTRACT

The context of the economic and financial crisis is moving into a social crisis that is shaking European society, translated into the latest events with a clear racial and ethnic substrate that have moved a justice and equality boasting Union. Since the protection of citizens against discrimination is the ultimate weapon to use in the pursue of equality and the best means for the

* Doctoranda en la Universidad de Deusto. Licenciada en Derecho, Especialidad Económica y Máster de Investigación en Ciencias Jurídicas, Universidad de Deusto. Asistente de Investigación en el equipo *Integración Europea* de dicha Universidad. La autora agradece a su directora, compañeras, familia y amigos/os su apoyo, paciencia y muy valiosos consejos en el estudio de la materia, y aprovecha este espacio para aclarar que el uso del término raza o derivados del mismo durante el presente artículo no implican, en ningún caso, la aceptación de la teoría de subespecies humanas, pero que se utilizará para no caer en meras confusiones lingüísticas ya que se trata de la denominación clásica al objeto de estudio. El presente artículo se centra en la figura de la discriminación racial y de origen étnico en el contexto Europeo y forma parte de un estudio de carácter más amplio que se presentó en la Universidad de Deusto el día 7 de septiembre de 2011.

consecution of real integration, it is necessary to establish the framework of protection for the Europeans, bearing in mind the adoption of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) and the next European Union (EU) accession to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). These events require the clarification of the legal framework which frames the racial and ethnic discrimination in organisms, exercising a rigorous analysis of the state of the question and noting the obstacles they may encounter in which today becomes "The Europe of Rights".

Key words: EU, ECHR, fundamental rights, equality

INTRODUCCIÓN

El presente artículo se centra en la figura de la discriminación racial y de origen étnico en Europa, fenómeno que pese a estar relegado en la mente de muchos a ejemplos del pasado sigue suscitando escisiones en la sociedad, rupturas en la convivencia pacífica y pérdidas sistemáticas de capital humano; haciendo de esta práctica no solo una injusticia por su naturaleza, sino también por sus terribles consecuencias: dificultad de acceso a servicios y puestos de trabajo, segregación, marginación o la pobreza endémica, que todos ellos llevan al mismo resultado final: que ciertos grupos vivan "al margen" de la sociedad rompiendo así el modelo de convivencia.

Históricamente conocemos que en aquellos momentos en los que la sociedad se ha encontrado en un contexto de crisis se ha tratado de hacer más fuerte tratando de endurecer su núcleo identitario en contraposición del resto, tratando de definirse a uno excluyendo del "yo" las características fenotípicas ajenas. En este contexto de incertidumbre, en el que el miedo se ha visto alimentado por los numerosos discursos políticos que apuntan en la dirección de lo diferente en un intento por lavarse las manos, cual moderno Pilatos, la discriminación sistemática se multiplica, por lo que la necesidad de establecer el marco de protección de las víctimas con claridad es fundamental. Esta es la razón principal de que el objeto de estudio de la presente investigación se haya centrado en la discriminación racial y étnica en Europa, ya que considero que la lucha contra la discriminación es, sin lugar a dudas, una lucha global y que nos incumbe a todos, por lo que el estudio de las medidas adoptadas a nivel Europeo, convertido desde la adopción de la CDFUE y la anunciada adhesión al CEDH, en referente de defensa y protección de los derechos fundamentales a nivel mundial, resulta esencial.

La UE (en sus comienzos CECA y más tarde CE) y el CoE (Consejo de Europa) son dos organizaciones que nacieron en la misma época, con dos años de diferencia, pero con fines muy distintos. La CECA (Comunidad Europea del Carbón y el Acero) tenía un objetivo primordialmente económico y de control sobre el posible rearme de la Alemania de la postguerra, es decir, que se configuró con metas completamente distintas a lo que ha llegado a ser;

mientras que el Consejo de Europa se configuró como una organización internacional que velaría por los derechos de los ciudadanos europeos para evitar catástrofes humanas como la II Guerra Mundial. Es difícil creer que los sueños de los padres de lo que hoy llamamos UE reflejasen la situación actual de integración y hermanamiento entre los países del viejo continente. La situación actual de extensión del derecho y poderes comunitarios ha hecho, sin embargo, que se deba plantear la protección de los ciudadanos de la UE por parte de la propia organización, lo que ha llevado al nacimiento y adopción de la CDFUE. En este contexto, la Unión ha decidido ir más allá, y tratar de lograr un entorno de protección de los derechos humanos lo más estable y uniforme posible, lo que ha llevado a solicitar el ingreso en el Consejo de Europa con el objetivo de ratificar la CEDH y el Protocolo Nº 14. ¿Pero cómo se ha llegado a ello?

El carácter europeo común de estas dos organizaciones internacionales ha llevado a rumores sobre colaboración o adhesiones durante prácticamente toda la existencia del aparato político de la UE, lo que llevó al TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, posteriormente TJUE, Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en un dictamen de 28 de marzo de 1996¹ a aclarar que la adhesión de la que desde Maastricht se denominaba Comunidad Europea al CEDH no era posible ya que el Tratado CE no confería competencias suficientes como para permitir la adhesión a convenios internacionales o dictar normas a ese respecto. De la misma forma se resaltó la circunstancia de que aunque a la Unión se le hubieran concedido las competencias suficientes, el CEDH no preveía la posibilidad de que organizaciones internacionales pudieran entrar a formar parte de este. Aun así, en el tratado de Amsterdam se insistió en la observancia de la UE al CEDH. Es además notorio que el TJUE en ocasiones ha seguido o al menos ha tenido en cuenta la jurisprudencia del TEDH mucho antes de la firma del Tratado de Lisboa, obteniendo como resultado una amplia coherencia entre ambas mediante lo que se ha llamado el “diálogo judicial”, clarificando la relación interordinamental mediante diferentes sentencias².

A pesar de ello, podría decirse que la colaboración estrecha entre el Consejo de Europa (CoE) y la Unión Europea (UE) comenzó su andadura en 2007 con la firma del tratado político de cooperación y diálogo político, siendo la

¹ Dictamen 2/94 del Tribunal de las Comunidades Europeas del 28 de marzo de 1996 sobre la “Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”. *European Court reports*, 1996, p. I-01759.

² Para un estudio en profundidad sobre las relaciones entre los ordenamientos nacional, UE y derecho internacional, *vid.* GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio, “Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH”, en: *Revista Española de Derecho Europeo*, Nº 38, Abril-Junio 2011, pp. 173-204.

protección de grupos discriminados, la lucha contra la xenofobia y el racismo uno de los ejes principales de esta cooperación³. Entonces ya se perfiló el trabajo conjunto de los dos grandes órganos de protección de derechos humanos de ambas organizaciones internacionales, a saber, la Agencia para la Protección de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) y el Comisionado de Derechos Humanos Consejo de Europa como forma de lograr una mayor y más efectiva protección de los derechos fundamentales y humanos en Europa y en el mundo.

Para realizar un estudio que responda a estas cuestiones, hemos partido el presente artículo en dos partes principales. La primera de ellas se ocupa de la parte más dogmática de la problemática que nos ocupa, concretando los términos que se utilizarán a lo largo del estudio de la cuestión, así como los tipos de discriminación que se configuran en las normativas que sometemos a estudio sin olvidar las excepciones aceptadas en ambos cuerpos normativos, resaltando las diferencias y puntos de encuentro. La segunda parte se refiere a las normas que se han utilizado tanto en el seno de la UE como del CoE para terminar exponiendo las conclusiones más relevantes que se extraen del cuerpo del artículo.

Los últimos enfrentamientos étnicos dentro de las sociedades más avanzadas de la Unión ponen en entredicho no solo el sistema de convivencia que se ha llevado hasta el momento, sino las medidas de integración y protección de los grupos étnicos y raciales que componen la sociedad europea actual, así como las propuestas legislativo-normativas que se han llevado a cabo para proteger a estos de la discriminación.

El objetivo de igualdad ha de ser uno de los principios reguladores de la sociedad, que traducido en el derecho de no-discriminación es el arma más poderosa que puede utilizarse para lograr la integración real. Se trata por tanto de una contingencia de especial relevancia que no debe relegarse a asuntos de importancia únicamente en épocas de bonanza. Los principios deben ir siempre por delante y se ha de evitar el que se piense en “vosotros” y “ellos” ya que la sociedad se forma entre todos “nosotros” y solo NOSOTROS unidos seremos capaces de hacer frente a las vicisitudes que se vayan planteando en el camino.

³ EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE, *The European Union & the Council of Europe, together for Human Rights, Democracy and the rule of Law* http://www.eeas.europa.eu/library/publications/2009_coe_en.pdf

I. PARTE: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL DERECHO DE NO-DISCRIMINACIÓN RACIAL Y DE ORIGEN ÉTNICO

1. Concreción de los términos a través del estudio de la teoría y de la práctica

Se considera que el derecho a la no-discriminación se estableció por vez primera de forma internacional en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Aquí podía leerse que:

- “1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Como puede observarse no hay mención expresa a la “discriminación” sino a la “distinción”. Este es por tanto el elemento central de una acción discriminatoria, el trato diferenciado que discrimina a alguna de las partes, lo que nos deja a un grupo tratado de forma inferior a otro. Cuando este trato diferenciado se da hacia grupos o personas que contienen una característica común que entra en un ámbito protegido, como la raza o el origen étnico, nos encontramos ante una discriminación racial. CACHÓN distingue entre tres tipos de discriminación: la “estructural”, que es aquella que procede del mercado; la “institucional”, que se trata de la que procede de la acción pública, y la referente a los “actores”, que es aquella que se da entre individuos⁴. La mayor parte de las normas logran con más o menos éxito que se proteja al individuo de la discriminación estructural e incluso institucional, pero la más difícil de regular, controlar y prevenir sigue siendo aquella que se da entre individuos. Veremos que las normas tratan de hacer acercamientos a la protección de la discriminación de estos últimos actores, pero que normalmente se queda en las puertas, debido sobre todo a que se relega la regulación en esta campo al nivel nacional, estableciendo así diferencias de protección de un estado a otro en vez de ofrecer una protección integral.

⁴ CACHÓN, Lorenzo, “España y la Directiva 2000/43: De la “ocasión perdida” a una legislación general sobre igualdad de trato”, en: *Tiempo de Paz*, Nº 73, 2004, pp. 14.

El Pacto Internacional de Derechos Políticos, Económicos, Sociales y Culturales contiene provisiones similares en sus artículos 1 y 2, así como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículos 2 y 3) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1 y 24), por mencionar algunas.

BOURN y WHITMORE establecen que la esencia de la discriminación radica en la imposibilidad de tratar a los seres humanos como individuos, reaccionando a las características asumidas de un grupo específico sin evaluar a los individuos en base a sus propios méritos en lo que a la circunstancia relevante se refiere⁵. Como caso ilustrativo, ofreceremos la imagen de un hombre gitano al que se le niega el acceso a un puesto de trabajo específico debido a la falsa creencia generalizada de que no se puede confiar en los pertenecientes a esa etnia. En este caso la posible confianza que se tenga en el sujeto viene determinada por su pertenencia a una minoría étnica, y no por otros factores neutros y relevantes. Es decir, que la confianza que se puede tener en un individuo que va a ser un trabajador en tu empresa sí es relevante, pero no el hecho de que esa se evalúe en base a la pertenencia a la etnia gitana. En el mismo sentido, PECES-BARBA afirma que “el principio de no-discriminación (y) afecta a aquellas condiciones de las personas que siendo distintas entre unas y otras no se consideran relevantes y no justifican un trato desigual”⁶.

El principio de no-discriminación se perfila, por tanto, como un derecho esencial que no falta en ningún tratado internacional relevante a pesar de que se ha parafraseado y configurado de formas distintas. En el presente estudio nos ocuparemos de las normativas europeas, más concretamente las provisiones que han emanado del Consejo de Europa y aquellas de la Unión Europea, a pesar de mencionar algún otro tratado internacional de referencia en este apartado, especialmente los de ONU. Siguiendo el ámbito de ONU, en el año 1965 se firmó la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁷ (ICERD). Entró en vigor el año 1969 para sorpresa de muchos, ya que, según se dijo, los países desarrollados firmaron la convención pensando en el *apartheid* africano o el sistema de castas indio, sin sospechar siquiera que el fenómeno de la inmigración haría que la relativa diversidad que existía en los Estados firmantes llegara a cotas insospechadas y que serían ellos mismos los que deberían aplicar la ICERD.

⁵ BOURN C.J. y WHITMORE John, *Race and Sex Discrimination*, 2ª edición, Londres, Sweet and Maxwell, 1993, p. 45.

⁶ PECES-BARBA, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 183.

⁷ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

Esta Convención define la “discriminación racial” como: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

Resulta necesario definir los conceptos que se van a utilizar en las páginas que siguen a esta. En primer lugar, “Raza” se define por la Real Academia de la Lengua Española (RAE) como “Cada uno de los grupos en que se subdividen algunas especies biológicas y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia”. Ese es el segundo significado que ofrece la RAE, mientras que el primero es “Casta o calidad del origen o linaje”. El término raza, por sus connotaciones subjetivas, categorizantes, en ocasiones, y tal y como nos ha demostrado la historia, despectivas, es rechazado por numerosas organizaciones y gobiernos. Es un término controvertido que en numerosas ocasiones se esconde tras definiciones amplias⁸ para no especificar a qué se refieren los tratados cuando se habla de discriminación racial, y que si nos fijamos atentamente observaremos que suele venir acompañado por discriminación étnica o religiosa, ya que el componente cultural es más fácil de tratar debido a la conciencia social de las grandes diferencias culturales que existen a nivel nacional e incluso regional. De esta forma se evita el establecer que existen razas independientes en los seres humanos, que de alguna forma se convierte en un paradigma, ya que se reconoce el propio núcleo de la lucha contra la discriminación en este campo. ULRICH avanza, estableciendo que es el elemento de la identidad, que por otra parte viene dada por la naturaleza como el elemento central de los términos relacionados con la discriminación racial. Así, establece que “El concepto de raza ha sido siempre una construcción ideológica imprecisa, ambigua e inestable que es permeable y puede transformarse fácilmente en las categorías tanto de etnicidad como de casta. Su única característica constante, y lo hace inherentemente pernicioso, es que la identidad, la pertenencia a una subcategoría determinada de la humanidad, se atribuye a la naturaleza”⁹. Yo iría

⁸ A este respecto, ULRICH, George, “The Persistence of Race: Introduction”, en HASTRUP, Kristen, y ULRICH, George, *Discrimination and Toleration- New Perspectives*, La Haya, Kluwer International, 2002, p. 92. “The effect of defining the target of anti-racist interventions in such broad, inclusive terms is to preclude the possibility of counterarguments following the formula that “since I do not believe in race as a determining biological factor, then I am not a racist...”.

⁹ *Ibid.*, p. 93 (traducción de la autora, originalmente: “The concept of race has always been an imprecise, ambiguous and unstable ideological construct which is permeable and easily transformable into categories of both ethnicity and caste. It’s one consistent feature, and what makes inherently pernicious is that identity, belonging to a given subcategory of humanity, is attributed to nature”).

más allá. Todo ser humano proviene del *sapiens sapiens* y ESA es su raza, y los elementos que identificamos como “raza” no son sino fenotipos, cambios exteriores, ya que el genotipo es el mismo, es decir, que las diferencias en el ADN son tan ínfimas que este no cambia. Es más, es científicamente insostenible afirmar que existen razas que se han mantenido puras desde el comienzo de los tiempos, ya que elementos como las migraciones¹⁰, la colonización, conquistas, el tráfico de esclavos y tantos otros eventos históricos y fenómenos actuales han llevado al mestizaje. Por tanto, a lo que se pretende llamar “raza minoritaria”, no es sino la manifestación de rasgos fenotípicos diferentes al mayoritario.

La UNESCO por su parte lleva rechazando el término “raza” de forma sistemática por inexistente desde 1978. Claros ejemplos de esto son los artículos 1.1. y el 2.1. de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales¹¹.

“Artículo 1.1. Todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen. Nacen iguales en dignidad y derechos y todos forman parte integrante de la humanidad. 2. Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales. Sin embargo, la diversidad de las formas de vida y el derecho a la diferencia no pueden en ningún caso servir de pretexto a los prejuicios raciales; no pueden legitimar ni en derecho ni de hecho ninguna práctica discriminatoria, ni fundar la política de apartheid que constituye la forma extrema del racismo”.

“Artículo 2.1. Toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho de dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los principios morales y éticos de la humanidad”.

Tanto el CoE mediante el ECRI como la UE han rechazado este término aunque dicen utilizarlo para que de esta forma aquellos que erróneamente

¹⁰ En este sentido es interesante KAYA, Bülent, *The Changing Face of Europe-population Flows in the 20th Century*, Estrasburgo, Council of Europe publishing, febrero de 2002.

¹¹ UNESCO, *Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales*, 27 de noviembre de 1978. Al mismo respecto ya se pronunció en el preámbulo de su Carta constitutiva en 1945 de la siguiente forma: “la grande y terrible guerra que acaba de concluir fue posible por la negación de los principios democráticos de la dignidad, de la igualdad y del respeto del hombre, y por la voluntad de sustituir tales principios, explotando los prejuicios y la ignorancia, como el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas”, y lo lleva haciendo desde entonces.

creen en las razas del ser humano vean que la discriminación en este campo está prohibida¹².

Un ejemplo de algunas de las legislaciones que han aplicado este principio puede observarse en las leyes belgas contra la discriminación, que establecen que la discriminación basada en “sexo, la llamada raza, descendencia, origen étnico o nacional, orientación sexual, estatus civil, nacimiento, fortuna, edad, religión o credo, estado de salud presente o futuro, discapacidad o característica física alguna” queda prohibida¹³. De hecho, la mayor parte de las provisiones en las leyes belgas hablan de la consabida “*so-called race*” o la “así llamada raza” debido a que en 2003 el legislador federal argumentó que el uso del término “raza” podría dar la impresión de que se aceptaba y confirmaba la existencia de diferentes razas, mientras que el concepto era inexistente y solo existía en la mente del racista¹⁴.

En numerosas ocasiones “raza” y “etnia” se toman como sinónimos o se establecen como si lo fueran, ya que como hemos comentado anteriormente el término “raza” es muy controvertido. SOLLORS explica que el término raza comenzó a verse unido con el fascismo en la II Guerra Mundial, con lo que el vocablo pasó a verse “contaminado”, razón por la cual se recuperó el término etnia, hasta entonces en desuso¹⁵.

Encontrar una definición precisa de lo que el término etnia implica es sumamente complicado, ya que suele definirse como una “Comunidad humana

¹² Vid. Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n° L 180 de 19 de julio de 2000 considerando (6) “La Unión Europea rechaza las teorías que tratan de establecer la existencia de las razas humanas. El uso, en la presente Directiva, del término “origen racial” no implica el reconocimiento de dichas teorías.”, así como ECRI, GPR N° 7, en National legislation to combat racism and racial discrimination, del 13 de diciembre de 2002, nota al pie N° 1 “*Since all human beings belong to the same species, ECRI rejects theories based on the existence of different “races”. However, in this Recommendation ECRI uses this term in order to ensure that those persons who are generally and erroneously perceived as belonging to “another race” are not excluded from the protection provided for by the legislation*”. Ambas serán objeto de estudio más adelante.

¹³ Traducción de la autora, la disposición original es la siguiente: “sex, a so-called race, colour, descent, national or ethnic origin, sexual orientation, marital status, birth, fortune, age, religion or belief, current or future state of health, a disability or physical characteristic”. Artículo 2 (1) Ley de 25 de febrero 2003 sobre la lucha de la discriminación y la Enmienda de la Ley de 15 de febrero 1993 referente a la Fundación de un Centro de Igualdad de Oportunidades y Lucha contra el Racismo,

¹⁴ Vid. LEMMENS, Paul, HEYLEN, Ben, VANDEVEN, Evelien y VRIELINK, Jogchum, *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation* [en línea], en: –FRA, Leuven, Belgium, March 2008 [citado el 29 de julio de 2011], http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-hdgs0-NR_BE.pdf

¹⁵ SOLLORS, Werner, “Ethnicity and Race”, en: GOLDBERG, David Theo y SOLOMOS, John (eds.), *A Companion to Racial and Ethnic Studies*, Oxford, Blackwell, 2002 pp. 97 y ss.

definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc.”¹⁶. Ese etc. es clave, ya que dependiendo de qué factores se tomen en común se establecerá la etnicidad de un grupo. El concepto de minoría está sumamente relacionado con los grupos étnicos, encajando las minorías como grupos étnicos para beneficiarse del gran espectro de protección que la no-discriminación racial y de origen étnico posee en Europa¹⁷. Se considera que en Europa existen tres tipos de minorías: aquellas que se denominan indígenas como los sami; los históricos como los escoceses y las nuevas minorías que se forman mediante la migración. Por tanto, estas comunidades podrían en un principio acceder al estatus de etnia¹⁸. Es curioso como un grupo propio (los vascos) puede considerarse en ocasiones como una minoría étnica, mientras que en otras se trata de minoría.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) estableció que “etnia y raza son conceptos que relacionados se solapan. Mientras que la noción de raza se funda en la idea de clasificaciones biológicas de los seres humanos en subespecies de acuerdo con características morfológicas como el color de piel o las características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad, afiliación tribal, fe religiosa, idioma compartido u origen y pasados culturales o tradicionales”¹⁹. La UE, como veremos más adelante, extrae el concepto de nacionalidad de forma expresa de la definición de discriminación racial, mientras que otros campos mencionados por el TEDH, como la religión constituyen otra categoría distinta cuya regulación se deja a la Directiva 78/2000. A pesar de ello, puede ser unida al concepto de etnicidad ya que no se descarta expresamente, cosa que puede interesar dado que la protección comunitaria a la discriminación racial o étnica es mayor que a la que se le confiere a la religión, al igual que hemos comentado que ocurre en el caso de las minorías.

¹⁶ Real Academia de la Lengua Española, vigesimosegunda edición

¹⁷ MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL, *World Directory of Minorities*, Londres, MRG, 1997, p. 126.

¹⁸ MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL, “World Directory...”, pp. 175-177

¹⁹ *Timishev c. Rusia*, STEDH, de 13 de diciembre de 2005, Nº 55762/00 y 55974/00, par. 55. Traducción de la autora. Cita original: “Ethnicity and race are related and overlapping concepts. Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human beings into subspecies according to morphological features such as skin colour or facial characteristics, ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked by common nationality, tribal affiliation, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds”.

2. Tipos de discriminación y excepciones

Seguiremos a este respecto la tipología establecida por aquellas herramientas legales que someteremos a estudio, siendo esta la más adecuada para realizar el estudio jurídico-legal de carácter dogmático dejando de lado otras clasificaciones como la propuesta por CACHÓN contenida al principio del artículo. Por ello, distinguiremos la discriminación directa, la indirecta, el acoso o la instrucción de discriminar y analizaremos por último aquellas prácticas que, aunque aparentemente discriminatorias, van dirigidas a la consecución de la igualdad *de facto*.

a) Discriminación directa

La discriminación directa se describe en el artículo 2(2a) de la Directiva sobre Igualdad Racial, estableciendo que esta ocurrirá 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”. Por su parte, el TEDH ha definido la discriminación directa en numerosos casos como la diferencia de trato entre personas en situaciones análogas o relevantemente similares basándose en una característica identificable²⁰ (raza).

BOURN y WHITMORE analizan un caso de discriminación directa que se dio en los tribunales británicos²¹, en los que un empleado de una sala de juegos, que era blanco, fue despedido por negarse a obedecer la orden de no permitir la entrada a jóvenes negros. En este caso los tribunales británicos establecieron que había discriminación racial contra el empleado. De esta forma, no hace falta que la discriminación racial se refiera a la raza de la víctima. De hecho, según HOWARD, es posible condenar a alguien por discriminación racial basándose en que el que realiza la acción discriminatoria tiene la creencia de que la persona que es discriminada pertenece a una raza o etnia específica por dos razones: la primera de ellas es que en la propuesta de Directiva que hizo la Comisión se hablaba de que el principio de tratamiento igualitario debía aplicarse independientemente de que el origen racial o étnico fuese real o presunto, y la segunda, que la directiva al definir la discriminación dice “*on ground of racial or ethnic origin*” y no “*his or her racial origin*”²². Es lógico que

²⁰ *Carson y Otros c. UK*, STEDH, de 16 de marzo de 2010, Nº 42184/05; *D.H. y Otros c. La República Checa*, STEDH, de 13 de noviembre de 2007, Nº 8030/77; o *Burden c. UK*, STEDH, de 29 de abril de 2008, Nº 13378/05.

²¹ *Showboat Entertainments Centre v. Owens* [1984] United Kingdom Employment Appeal Tribunal, 1 W.L.R. 384 en BOURN y WHITMORE, “*Race and Sex...*”, p. 46.

²² HOWARD, Erica, “Anti Race discrimination Measures in Europe: An attack in two fronts”, en: *European Law Journal*, Vol. 11, No. 4, July 2005, p. 473.

se esté protegido contra la discriminación ya sea real o supuesta, propia o ajena, siempre que de alguna forma el sujeto que reclama haya sido víctima de la acción. Esta teoría ha sido confirmada tanto por el TEDH como por el TJUE en numerosos casos²³.

El TEDH trató un caso de discriminación étnica directa cuando un ciudadano chipriota de origen turco-chipriota en el acceso al derecho de sufragio activo. La ley electoral de Chipre establecía que los turcos-chipriotas solo podían votar a candidatos de su mismo origen étnico, al igual que aquellos chipriotas de origen griego. Aziz se encontró con la situación de que tras la ocupación Turca del norte de Chipre la mayoría de los de su etnia habían emigrado a esa parte de la isla, con la consecuencia de que no podía votar a ningún candidato de su etnia porque no había ninguno²⁴.

b) Discriminación indirecta

La discriminación indirecta se perfila como aquella que aun no procediendo de una práctica directamente discriminatoria tiene como resultado una discriminación hacia un grupo concreto, en nuestro estudio, un grupo racial o de una etnia específica. La Directiva sobre Igualdad Racial la define “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro 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 directamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”.

Para ello, es necesario que existan varios elementos como: una regla aparentemente neutra, resultados significativamente negativos en un grupo concreto y un comparador. El primero es el elemento central que lo diferencia de la discriminación directa. En este caso no es la provisión legal o la regla la que contiene la propia “discriminación”, sino que es el resultado (segundo elemento) el que se traduce en una situación de desventaja hacía un grupo étnico o racial específico del que un caso muy ilustrativo es el caso de *D.H. y Otros c. la República Checa*²⁵. El tribunal estableció de esta forma, que una política general o medida que tiene efectos desproporcionadamente perjudiciales en un grupo en particular pueden ser consideradas discriminatorias a pesar de que

²³ Vid. *Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, STJUE, de 17 de julio de 2008, Caso C-303/06 (2008) I-5603 (discriminación de una madre por la minusvalía de su hijo); *Weller v. Hungary*, STEDH, de 31 de marzo de 2009, Nº 44399/05 (discriminación de paternidad-maternidad) o *P. C. S. y Cornwall County Council*, STJUE, de 30 de abril de 1996, Caso C-13/94 (1996) ECR I-2143 (discriminación por razón de sexualidad).

²⁴ *Aziz v. Cyprus*, STEDH, de 22 de junio de 2004, Nº 69949/01.

²⁵ *D.H. y Otros c. La República Checa* (GC), STEDH, de 13 de noviembre de 2007, Nº 57325/00.

no está dirigida específicamente a ese grupo²⁶ y que la discriminación potencialmente contraria a la Convención puede ser consecuencia de una situación *de facto*²⁷. Los hechos de este caso son que en la República Checa se encontraron con la situación de que teniendo dos sistemas educativos paralelos (niños sin problemas de aprendizaje y niños que sí los tenían, que acudían a escuelas especiales), había un número extraordinario de niños de origen romaní en el segundo, debido a que antes de enviar a un niño a uno u otro tipo de colegio se hacía una prueba de acceso y de la forma en la que se planteaba los niños roma solían suspenderlo. Ello resultaba en un porcentaje importante de niños roma que se veían condenados a permanecer en el sistema educativo “secundario” con la lacra que ello suponía, condenándolos a una marginación por parte de la sociedad.

El segundo elemento que ya hemos procedido a nombrar es el efecto de impacto negativo en un grupo racial o étnico específico. Para el estudio y justificación de dicho efecto es frecuente utilizar estadísticas, que aunque es muchas veces muy complicado de conseguir constituyen el único modo objetivo de respaldar el hecho discriminatorio. En lo que al “comparador” respecta, es necesario establecer el porcentaje de personas afectadas negativamente por esa regla aparentemente neutra, para de esta forma demostrar que el porcentaje de afectados de dicho grupo racial o étnico supera de forma considerable el número de personas afectadas negativamente por dicha provisión de otros grupos étnicos o raciales. En el caso de *D.H. y Otros c. la República Checa*, se realizaron tests estándar de inteligencia (WISC III) que demostraron que los resultados de los roma eran inapreciablemente más bajos que los de los demás niños, con lo que no se correspondía con el número de niños que se estaban enviando a escuelas de educación especial (entre un 50 y un 90%). El resultado acabó siendo que un sistema educativo pensado en ayudar a niños con problemas acababa creando situaciones segregatorias *de facto*.

c) Acoso o instrucción de discriminar

La mencionada Directiva racial establece que el acoso o la instrucción de discriminar se considerarán discriminación “cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Se trata, por tanto,

²⁶ *Idem*, el Tribunal ofrece la misma solución en *Hugh Jordan c. el Reino Unido*, STEDH, de 4 de mayo de 2001, Nº 24746/94, par. 154; *Hoogendijk c. los Países Bajos*, STEDH, de 6 de enero de 2005, Nº 58461/00.

²⁷ *Idem*, el Tribunal ofrece la misma solución en *Zarb Adami c. Malta*, STEDH, de 26 de noviembre de 2010, Nº. 17209/02, par. 175.

como otra categoría de discriminación, independiente, a pesar de que con anterioridad a las Directivas del año 2000 se trataba como un subtipo de la discriminación directa (en la Directiva 78/2000 también se recoge esta figura). Su creciente uso y sus consecuencias, que no suelen materializarse en un hecho aislado, sino en varios que se suceden en el tiempo, ha promovido la categorización de este fenómeno como independiente.

Para que exista acoso, por consiguiente, es necesario que, por una parte, haya una conducta relacionada con la raza u el origen étnico, que además tiene el objetivo o el efecto de violar la dignidad de la persona y/o incluso creando un ambiente degradante u hostil para la víctima²⁸. FERNÁNDEZ añade que no es necesario que exista una conducta dolosa, sino que el simple resultado denigrante es lo que define el núcleo del acoso²⁹.

A diferencia de lo que ocurre con la discriminación directa y la indirecta, no es necesario un comparador para establecer que efectivamente se ha dado el hecho discriminatorio. Para probar este hecho, el derecho europeo adopta una aproximación subjetiva u objetiva de forma flexible, es decir, que por una parte se toma en cuenta la percepción de la víctima de que el acoso ha tenido lugar, pero en el caso de que la víctima no haya sentido las consecuencias de los actos, puede tomarse en cuenta la actitud objetivamente, siendo la víctima el objetivo de la conducta.

En cuanto a la “instrucción de discriminar”, aunque se establece como acto discriminatorio, no se define en ninguna de las Directivas, pero según el FRA, no solo se trata de instrucciones de naturaleza obligatoria, sino que deberían incluirse las situaciones en las que hay una preferencia expresada o el estímulo de tratar a personas pertenecientes a una minoría racial o étnica de forma menos favorable³⁰. Hubo un caso ante la Autoridad sobre el Trato Igualitario Húngaro³¹ según el cual en una escuela a los niños roma que se portaban mal se les amenazó con llamar a la “Guardia Húngara” para que se portaran bien. La “Guardia Húngara” era una organización nacionalista recientemente disuelta, conocida por sus actos de extrema violencia contra los gitanos, con lo que

²⁸ FRA y CEDH, *Handbook on European Discrimination*, p. 31

²⁹ En ARAMENDI SÁNCHEZ, José Pablo, “Informe sobre el curso de formación jurídica sobre las directivas comunitarias en materia de discriminación en el empleo (Directivas 2000/43 y 2000/78)”, en: *Tiempo de Paz*, Nº 73, 2004, pp. 54.

³⁰ FRA y CEDH: “Handbook...”, p. 33. La cita literal es la siguiente: “In order to be of any worth combating discriminatory practices, it ought not to be confined to merely dealing with instructions that are mandatory in nature, but should extend to catch situations where there is an expressed preference or an encouragement to treat individuals less favourably due to one of the protected grounds”.

³¹ Decisión Nº 654/2009 de la Autoridad sobre Trato Igualitario Húngaro del 20 de diciembre de 2009. Resumen [citado en 13 de julio de 2011] disponible en: http://www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf

el resultado fue que los profesores crearon un clima de miedo e intimidación insinuando posturas racistas, lo que se consideró por el Tribunal como acoso. Es necesario aclarar que no fue una amenaza típica infantil, sino una amenaza de muerte, que aun no siendo (probablemente) factible, era más que suficiente como para crear semejante atmósfera.

En lo que a las provisiones del CEDH, no hay ninguna que incluya estas dos últimas categorías (acoso e instrucción para discriminar) específicamente, aunque el TEDH ha estimado que puede considerarse entre el ámbito de aplicación de otros derechos (no el 14). En este sentido, ha señalado que el acoso podría entrar dentro del ámbito de actuación del artículo 8 o el 3, mientras que la instrucción de discriminar podría entrar en relación al artículo 9 o el 11 por ejemplo³². Aun así, no son muchos los casos que se cuentan en relación al acoso o la instrucción de discriminar que hayan llegado al TEDH³³.

d) Excepciones

Hay ciertas prácticas que aunque discriminatorias a primera vista no se consideran como tal porque están justificadas dentro del contexto democrático de consecución de la igualdad. Desde el momento en el que se entiende que la no-discriminación es un instrumento utilizado para la logar la igualdad real o sustantiva, hay algunas leyes creadas para la promoción de igualdad en esos campos que atienden a la protección de estos grupos para lograr la igualdad que se considera un fin mayor. PECES-BARBA afirma que en este caso “se produce una regulación jurídica distinta, que, sin embargo, tiene también la función de potenciar la igualdad ante la ley, y aquí sí se mantiene incólume el viejo principio de que hay que tratar desigualmente a los desiguales, precisamente para hacer posible la igualdad”³⁴.

Mientras que las excepciones sobre discriminación indirecta son admitidas de forma general en las legislaciones antidiscriminatorias con el fin de no cometer una injusticia tratando de proteger de otra, no ocurre lo mismo con las que se refieren a la discriminación directa. Por ejemplo, mientras que la UE no las admite, el ECRI las acepta siguiendo la jurisprudencia del TEDH, siempre que sean justificaciones “objetiva(s) y razonable(s)”³⁵.

³² FRA y CEDH “Handbook...”, p. 34

³³ *Paraskeva Todorova c. Bulgaria*, STEDH, de 25 de marzo de 2010, Nº 37193/07 o *Baczkowski y otros c. Polonia*, STEDH, del 3 de mayo de 2007, Nº 1543/06, esta última referente a la discriminación por razón de orientación sexual.

³⁴ PECES-BARBA, “Lecciones...”, p. 183.

³⁵ ECRI GPR Nº 7, Sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, aprobada el 13 de diciembre de 2002, apartado 2-10.

Existen dos tipos de excepciones admitidas. Naciones Unidas denomina a estas prácticas “medidas especiales”, mientras que la UE las llama “medidas específicas” o “acción positiva”. Yo he venido a llamar esta apartado como “excepciones” ya que independientemente de la denominación, todas ellas coinciden en que son excepciones a lo que de forma ordinaria consideraríamos una acción discriminatoria.

Entre estos, están la discriminación positiva y las “*defenses*” o justificaciones que procederemos a analizar en las líneas que siguen.

i) Discriminación positiva

La discriminación positiva o acción positiva son medidas que se atienen a las diferencias de los grupos que han de ser protegidos con el objetivo de lograr la igualdad *de facto*. Se consideran excepciones a la discriminación indirecta, y a pesar de que han sido muy utilizadas, existe cierta controversia en cuanto a su utilidad y sobre todo en cuanto a en qué medida se convierten en no-discriminatorias en relación a los que no constituyen parte de ese grupo protegido. El TEDH ha establecido en numerosas ocasiones que el fallo del Estado a tratar a las personas en situaciones distintas de forma específica o diferente también constituye una violación del principio de no-discriminación. De la misma forma la UE establece mediante las Directivas 2000³⁶, que los Estados podrán adoptar medidas para prevenir o compensar por las desventajas que van unidas a los distintos grupos que la sufren. Se trata de un término acuñado en la lucha contra la discriminación de sexo, cuya naturaleza en un principio transitoria se teme que se esté convirtiendo en permanente.

DWORKIN analiza basándose en el caso de la prohibición de acciones de discriminación positiva en el sistema educativo universitario de California y más tarde en el estado a mediados de los 90 si estas son compatibles con el principio de igual protección ante la ley, desgranando las razones por las que no solo sí es compatible, sino que es necesario en el sistema democrático³⁷.

Estas medidas son de naturaleza excepcional y temporal, aunque empieza a cuestionarse el carácter provisional de algunas de las medidas aplicadas. De hecho, en cuanto a la temporalidad se ha establecido que no se han de extender en el tiempo o ámbitos más allá de lo necesario para corregir la desigualdad en cuestión. En lo que al requisito de excepcionalidad se refiere, significa que las medidas deben ser un último recurso del Estado para lograr la igualdad. El TJUE ha establecido, además, que las medidas deben ser proporcionales al

³⁶ Artículo 7 de la Directiva de igualdad en el empleo y artículo 5 de la Directiva Racial, y otras.

³⁷ DWORKIN, Ronald Myles, *Virtud Soberana- la teoría y práctica de la Igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 419-451.

objetivo que se quiere lograr, y que por tanto se establecerá un control estricto sobre estas.

En nuestro ámbito de estudio estas medidas suelen presentarse como la reserva de puestos de trabajo en la administración pública para minorías étnicas para que se refleje fielmente la composición real de la sociedad. En cuanto a los límites que estas medidas han de tener, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció una doctrina aplicable de forma genérica a los casos de discriminación con los casos Kalanke, Marschall y Abrahamsson³⁸. En el primer caso se le concedió un puesto a una mujer debido a la legislación aprobada para la promoción de las mujeres en los puestos de trabajo, estableciendo que se le daría a las mujeres “prioridad absoluta e incondicional” en el acceso a los puestos de trabajo. El Tribunal estableció que aunque se aceptaban e incluso se recomendaban medidas en este aspecto, esta en concreto tenía como resultado la discriminación de los hombres, y que esa “prioridad absoluta e incondicional” era desproporcionada al objetivo que se deseaba lograr. Por tanto, las reglas que autorizan la prioridad automática e incondicional no eran proporcionales y por tanto no válidas. Sin embargo, en el caso Marschall, cuyos hechos eran iguales, la regla que se tenía en cuenta establecía la prioridad de las mujeres en el acceso al puesto de trabajo en caso de que los méritos de uno y otro candidato fueran iguales, incluso cabía la posibilidad de que esa prioridad no se tuviera en cuenta en caso de que el hombre poseyera alguna característica que inclinase la balanza a su favor. Siendo esta regla no absoluta y dejando la puerta abierta a que el candidato masculino pudiera acceder al puesto en caso de poseer una o más características que lo hicieran mejor candidato que la mujer, se entendió que esta regla sí era legal. En el caso Abrahamsson, sin embargo, la ley sueca establecía que se daría prioridad a los candidatos del sexo infrarrepresentado a no ser de que la diferencia entre las calificaciones de uno y otro candidato fueran tan grande que el no contratarlo constituiría una ruptura del principio de objetividad a la hora de contratar. El Tribunal estableció que la regla era desproporcionada en sus efectos, de forma que se consideró que no incumplía el principio de proporcionalidad de la discriminación positiva.

ii) Defensas o justificaciones

En este aspecto, las provisiones legales de la CEDH y las de la UE difieren. Aunque en esencia son bastante aproximadas, tienen una forma diferente de visualizarlas. Mientras que la Convención ha optado por establecer una justifi-

³⁸ *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, STJUE, de 17 de octubre de 1995, Caso C-450/93 (1995) ECR I-3051; *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, STJUE, de 11 de noviembre de 1997, Caso C-409/95 (1997) ECR I-6363 y *Abrahamsson and Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, STJUE, de 6 de julio de 2000, Caso C-407/98 (2000) ECR I-5539.

cación genérica en lo que a la discriminación directa se refiere, la UE ha optado por establecer medidas específicas en el ámbito del acceso al empleo en los campos enumerados en las Directivas 2000.

En cuanto a las justificaciones que se relatan en las Directivas 2000, pueden clasificarse en tres: requerimiento ocupacional esencial y determinante³⁹; el permiso a las organizaciones basadas en la fe para discriminar en base a las creencias religiosas⁴⁰; y, por último la discriminación por razón de edad⁴¹. Debido a que el único que afecta a la Discriminación racial es el primero, nos ocuparemos únicamente de este⁴².

Esta justificación exige que exista un requerimiento específico para la correcta ejecución de las actividades de ese puesto específico que esté directamente relacionado con las competencias necesarias para ello. El Tribunal no ha establecido una lista específica, pero se entiende que casos relacionados con esto puede ser el que se prefiera una persona de rasgos asiáticos para un restaurante chino o el que se pida a una mujer cantante para un grupo porque cuadra mejor con el estilo que desean seguir.

En cuanto a las justificaciones de discriminación indirecta, ambas han establecido un sistema de justificación objetiva genérica⁴³ según la cual para que una práctica sea justificable han de darse dos requisitos: por una parte la norma debe perseguir un objetivo legítimo, y por otra, su forma debe de resultar proporcional y necesaria para la consecución de ese objetivo. El TJUE ha aña-

³⁹ Artículo 4 de la Directiva Racial: Requisitos profesionales esenciales y determinantes

“No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán 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”.

⁴⁰ Únicamente presente en la Directiva 78/2000, artículo 4.2.

⁴¹ *Idem*, artículo 6.

⁴² Para ahondar en las demás justificaciones, *vid.* FRA y CEDH: “Handbook...”, pp. 49-54. A pesar de que se ha defendido que la discriminación religiosa podría caer en el espectro de discriminación étnica, esta justificación se refiere al derecho de las organizaciones religiosas de reservar los puestos directamente relacionados con la fe (curas, ministros de fe, etc.) a aquellos que confiesan su religión y ha excluido aquellos puestos que no tienen relación directa con esta como por ejemplo en la educación.

⁴³ Artículo 2.2.b de la Directiva Racial. “b) existirá 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”. En *Burden c. UK*, STEDH, de 29 de abril de 2008, N° 13378/05, par. 60 “... a difference in the treatment of persons in relevantly similar situations ... is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized”.

dido que ese acto debe ser la única forma de lograr el objetivo con un impacto mínimo y que ese objetivo ha de ser lo suficientemente importante como para que se realice una interferencia en el derecho de no-discriminación⁴⁴.

En estos casos, por tanto, se permiten acciones que en principio se considerarían discriminatorias bajo una doctrina de justificaciones objetivas (existe un sistema abierto de justificaciones) debido a la necesidad de promocionar la igualdad *de facto* de un grupo ya que las políticas existentes están teniendo un efecto adverso o al menos no están logrando promocionar esa igualdad.

II PARTE: LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE NO-DISCRIMINACIÓN RACIAL Y ÉTNICO EN EUROPA

1. La UE: ¿Mucho ruido y pocas nueces?

La Unión Europea ha establecido medidas en contra de la discriminación desde sus comienzos. El trato desigual injustificado ha sido prohibido en numerosos ámbitos, ya sea en el derecho mercantil, mediante las normas que regulan el mercado o como principio regulador de sus relaciones exteriores. Hemos tenido que esperar algo más para ver como finalmente se introducía como derecho fundamental de la Unión y protegía al fin a los individuos.

Nos ocuparemos únicamente de observar cuáles han sido las medidas introducidas por la UE en el ámbito de la lucha contra la discriminación racial, que como veremos han sido muchas, aunque cautelosas, y más de algunas las más importantes mediante Directivas⁴⁵ que no aseguran una implementación uniforme a lo largo de la UE. Es notorio que la Unión sigue sin entrar a regular la discriminación en el ámbito privado, lo que deja un espacio en el que cada Estado miembro establece sus propias medidas.

⁴⁴ *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber Van Hartz*, STJUE, de 13 de mayo de 1986, Caso 170/84 (1986) ECR 1607.

⁴⁵ Como aclaración para el lector que no haya sido iniciado el complicadísimo entramado legislativo de la UE, unas notas. El Derecho de la UE se distingue entre “derecho originario o primario”, que lo conforman los Tratados Constitutivos de la UE, así como las modificaciones posteriores, y “derecho derivado”. Esta última categoría incluye las normas contenidas en los actos aprobados por las instituciones de la UE para aplicar dichos Tratados (distinguidos entre actos unilaterales y actos convencionales). Los actos unilaterales, que son los que someteremos a estudio, principalmente se distinguen a su vez en dos categorías: aquellos que se nombran en el parafraseado del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE (reglamento, directiva, decisión, dictamen y la recomendación) y los que no figuran (actos atípicos: comunicaciones, recomendaciones y libros blancos y verdes). Para más información consultar: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14534_es.htm

a) Derecho originario: Principio, objetivo y finalmente derecho

La primera inclusión del derecho de igualdad y no-discriminación en los tratados comunitarios lo encontramos en el artículo 119 del Tratado de Roma de 1957, aunque con referencia exclusiva a la igualdad de sexos y presentándolo como principio que guíe la CEE (Comunidad Económica Europea) que nacía entonces. El artículo 13 del Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, que viene a completar la legislación comunitaria en aspectos que se dejaron pendientes en Maastricht, sería el que diese poderes a la CEE a legislar en este aspecto⁴⁶.

Es importante destacar que los tratados fundacionales no contienen disposiciones expresas sobre derechos fundamentales, y antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que elaboró un sistema de garantías. Este a su vez se basaría en la más elaborada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ya venía desarrollando su labor en el campo de los derechos humanos desde 1959.

En el Tratado de Maastricht, sin embargo, y apoyándose en los criterios establecidos en el Consejo Europeo de Copenhague en 1993 y reforzados por el Consejo Europeo de Madrid en 1995 al establecerse los criterios de adhesión de los países a la Unión Europea, llama la atención de que el criterio político incluye “... *la estabilidad de las instituciones que garantizan la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías*”. Por tanto, ya se perfilaba en este Tratado la necesidad de protección de las minorías.

Volviendo al artículo 13 del Tratado de Amsterdam, el mismo establece que “*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 acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”⁴⁷.

Por tanto, mediante este artículo se dan competencias al Consejo para establecer normas para luchar contra la discriminación por las siguientes razones: sexo, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual y finalmente nuestro objeto de análisis: origen racial o étnico. Con el Tratado de

⁴⁶ BALLESTER PASTOR, María Amparo, “El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico”, en: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales- Derecho del trabajo*, Nº 63, 2006, p. 33.

⁴⁷ Mediante el Tratado de Lisboa se modificará y se incluirá como el artículo 19 del TFUE en su versión consolidada, revistiendo de poderes al Parlamento Europeo en plano de igualdad con el Consejo para legislar en materia de discriminación.

Niza se incluirá un nuevo apartado al artículo permitiendo al Consejo adoptar “medidas de estímulo” para apoyar las iniciativas de cada Estado miembro. De esta forma la Unión pretende mostrar un enfoque coherente e integrado en la lucha contra la discriminación, y reconoce grupos o áreas en las que la discriminación es común para poder combatirla. De la misma forma, el parafraseado del artículo deja abierta la puerta para abordar las situaciones de discriminación múltiple.

En el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa también se reconocía en el apartado 3º del artículo 3 la lucha contra la discriminación como objetivo fundamental de la Unión⁴⁸. Se trata de una discriminación genérica, debido a que no se establecen las causas específicas de lucha contra la discriminación, al contrario de lo que se hizo en el artículo 13 del Tratado de Amsterdam. En el Tratado de Lisboa⁴⁹, además, el principio de no-discriminación se convierte en objetivo establecido por el artículo 10 que prevé una cláusula horizontal encaminada a integrar la lucha contra las discriminaciones en el conjunto de las políticas y las acciones de la Unión.

En diciembre de 2000 se adoptará en Niza la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Sin embargo, habrá que esperar al Tratado de Lisboa (2009) para que se reconozcan y la Carta sea jurídicamente vinculante. Esto significa que los derechos contenidos en la Carta deberán ser respetados tanto por la Unión Europea cuando proponga y aplique legislación, así como por los Estados miembros cuando apliquen la legislación comunitaria.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dedica todo el Capítulo III a la Igualdad y contiene 7 artículos, además de mencionar la igualdad en el preámbulo, configurándolo como un principio básico en el que

⁴⁸ Artículo 3.3 Del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: Objetivos de la Unión.

“La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo...”.

⁴⁹ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la comunidad europea de 13 de diciembre de 2007, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de julio de 2008, Nº 180/2008, p. 28600. Se reconoce además en el Artículo 6.1 expresamente el valor de la Carta de Derechos Fundamentales, estableciendo que tendrá “el mismo valor jurídico que los Tratados”.

se basa la Unión⁵⁰. En cuanto al articulado, el primer artículo del Capítulo III es el 20, que establece la Igualdad ante la Ley. El artículo 21 es el artículo que reconoce expresamente el derecho de no-discriminación y reza de la siguiente forma:

“Artículo 21- No discriminación

Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Como podemos observar, el artículo establece una serie de motivos de discriminación, ampliando en 7 los motivos de discriminación establecidos por el artículo 13 del Tratado de Amsterdam. Aun así, no se trata de una enumeración cerrada, ya que como establece la primera frase, se prohíbe TODA clase de discriminación y la exposición de motivos que viene a continuación son ejemplos de campos que tradicionalmente han encontrado más prácticas discriminatorias, a pesar de no contener, como la mayor parte de las provisiones legales anti-discriminatorias la mención expresa de “cualquier otra situación”.

El artículo 22 hablará del respeto de la Unión hacía la “Diversidad cultural, religiosa y lingüística” y los otros tres artículos restantes sobre la igualdad e integración de distintos grupos como la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos específicos de los niños y ancianos e integración de personas discapacitadas, respectivamente.

La inclusión de la Carta es sin duda un paso importante en la protección de los derechos fundamentales en la Unión, pero es igualmente relevante el que solamente se aplicará en relación a las instituciones de la UE y a los Estados miembros cuando estos apliquen el derecho de la UE. Por tanto, en aquellas áreas en las que no se ha realizado una transferencia de poderes a la Unión, esta no tendrá efecto.

⁵⁰ “... Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad...”

b) Derecho derivado

No solo en los tratados se ha establecido la protección de la discriminación por razón de raza u origen étnico. Empezando por una serie de resoluciones⁵¹ de la Comisión Europea en 1995 basándose en la Comunicación del 13 de diciembre de 1995, y continuando con una Acción común sobre la acción contra el racismo y la xenofobia⁵², se han ido adoptando ciertas medidas adicionales para la protección específica del derecho de no discriminación racial y de origen étnico cuyos componentes más importantes procederé a comentar sumariamente a continuación:

i) Directiva 2000/43/CE⁵³

En el año 2000 la Comisión adoptaría tanto la Directiva que da título a este apartado como la Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación como parte de la regulación específica en contra de la discriminación⁵⁴. Mientras que la primera es exclusivamente para la protección de los grupos discriminados por razón racial o de origen étnico, la segunda de ellas se refiere específicamente a la discriminación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual. Ambas directivas constituyeron un importante paso por parte de la Comisión Europea para tratar de lograr una protección jurídica eficaz contra la discriminación. La Comisión se inspiró en

⁵¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 1995, sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Nº C 308, de 20 de noviembre de 1995.

Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 1995, sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Nº C 126 de 22 de mayo de 1995.

Resolución, de 23 de octubre de 1995, sobre la respuesta de los sistemas educativos a los problemas del racismo y la xenofobia publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Nº C 312, de 23 de noviembre de 1995.

Resolución, de 5 de octubre de 1995, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia en los ámbitos del empleo y de los asuntos sociales publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Nº C 296, de 10 de noviembre de 1995

⁵² Acción común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Nº L 185, del 24 de julio de 1996.

⁵³ Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Nº L 180 de 19 de julio de 2000.

⁵⁴ Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación como parte de la regulación específica en contra de la discriminación. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº L 303, de 2 de diciembre de 2000.

las medidas anteriores tomadas en contra de la discriminación por razón de sexo e igualdad hombre-mujer que la Unión llevaba a cabo desde hacía varios años. La introducción de estas medidas específicas lograría un aumento significativo del nivel de protección contra la discriminación en la Unión Europea y los Estados miembros, ya que hizo que todos los gobiernos nacionales, incluso los que ya contaban con algún tipo de regulación en esta materia introdujesen cambios importantes en las legislaciones. De la misma forma se impulsaría la creación de órganos especializados de igualdad y la ampliación de las competencias de los órganos ya existentes.

En cuanto a la Directiva 2000/43, prohíbe la discriminación tanto directa como indirecta en lo que a discriminación racial y étnica se refiere tanto en el sector público como en el privado en lo que se refiere al empleo, formación profesional, condiciones de trabajo, participación en organizaciones sindicales o empresariales, la protección y seguridad social, así como la protección sanitaria, ventajas sociales, educación y acceso a bienes y servicios públicos.

CHOPIN y NIESSEN⁵⁵ critican la falta de los motivos de creencia o religión en el ámbito de aplicación de la Directiva, ya que son motivos que van muy unidos a lo que se considera discriminación racial. El “desmembramiento” de la legislación que lucha contra la discriminación puede acabar derivando en que los ciudadanos vean ciertos tipos de discriminación de forma ajena, lejana y que por esa razón no se impliquen en la lucha. Hay numerosas voces a favor de una lucha integrada contra la discriminación, como por ejemplo CACHÓN⁵⁶.

La discriminación directa se considerará una diferencia de trato. Para definir la discriminación indirecta, la Comisión se basó en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estableciendo que se entendería como una medida, criterio o práctica que aun siendo neutros a primera vista tengan como resultado una posición de desventaja para una persona o grupo por razón de raza u origen étnico. La Comisión, también incluyó el acoso como práctica discriminatoria. Es importante remarcar que se admiten algunas excepciones al principio de igualdad de trato, legítimas en determinados casos. Asimismo, se establece un “test de responsabilidad” para probar que una disposición resulta en una posición intrínsecamente desventajosa para la persona o grupo en cuestión, mediante evidencia estadística u otro medio probatorio. BEATE WINKLER⁵⁷ considera que se introdujeron dos novedades fundamentales en este campo: la primera es que se introdujeron medidas de protección social y seguridad social, educación

⁵⁵ CHOPIN, Isabelle y NIESSEN, Jan, *Combating Racism in the European Union with Legal Means-A Comparison of the Starting Line and the EU Commission's Proposal for a Race Directive*, MPG Group, 25 de agosto de 2000.

⁵⁶ CACHÓN, “España...”, pp 13-22

⁵⁷ WINKLER, Beate, “Nuevas Medidas para luchar contra la discriminación en la Unión Europea”, en: *Afers Internacionals*, Nº 53, 2001, pp. 97-104.

y suministro y acceso a productos y servicios además de en el empleo; mientras que la segunda se refiere a que se obliga a los Estados miembros que proporcionen organismos que promuevan el principio de igualdad de trato.

Esta directiva no incluye la discriminación por razón de nacionalidad. Al contrario de lo que ocurre en la CEDH, en el derecho comunitario no se incluye la nacionalidad en esta categoría, es más, se excluye expresamente. Sin embargo, esto no debe confundirse con desprotección u abandono de este campo, ya que la UE considera que esta razón de discriminación se encuadra en el área de Libertad de Circulación de Personas⁵⁸.

La Directiva establecía julio de 2003 como plazo máximo para la trasposición de esta al derecho interno. La trasposición en el Estado español fue un verdadero ejemplo de cómo no hacer las cosas: por una parte, la trasposición se hizo fuera de plazo, ya que se realizó a finales del año 2003⁵⁹; por otra, la forma en la que se traspuso (mediante la Ley 62/2003 de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el 2004) no fue la adecuada, y por último siendo la Directiva una ley de mínimos que animaba a los Estados miembros a ir más allá de las disposiciones que esta contenía, el resultado es que se ha minimizado lo mínimo, habiendo algunas ausencias significativas en el resultado final. Además, se esquivó el debate público en un país en el que en 2009 solo un 36% de los ciudadanos conocían sus derechos ante la discriminación⁶⁰.

Se considera por la UE que mediante distintas leyes se han cumplido los objetivos de las Directivas, y que en el caso de España se ha ido más allá especialmente debido a las leyes promulgadas para lograr la igualdad y no discriminación en la discriminación por orientación sexual.

Aun así, es cierto que España no fue el único país que aplicó las Directivas fuera de plazo, como dejaba en relieve la Comisión en un informe sobre la aplicación de las Directivas en 2005: Eslovaquia no aprobaría hasta mayo de 2004 la Ley antidiscriminación, Irlanda aprobó la *Equality Act* en 2004. Malta, Francia, Dinamarca, Hungría, Bélgica, Austria o Grecia también las traspusieron fuera de plazo, así como Suecia o Polonia, cuya Ley sobre minorías étnicas y lenguas regionales no entraría en vigor hasta mayo de 2005 (Polonia entró a formar parte de la UE en 2004, con lo que el retraso no es tan

⁵⁸ Además se estableció en el artículo 12 del TCE, que más tarde se convertiría en el artículo 18 del TFUE, de forma específica la prohibición de discriminación en estos términos.

“En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones”.

⁵⁹ Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden, publicada en el BOE Nº 313 el 31 de diciembre de 2003, pp. 46874- 46992

⁶⁰ EUROBARÓMETRO, *Discrimination in the EU in 2009*, noviembre de 2009, Report Nº 317, p. 39.

significativo como el de aquellos Estados que sí formaban parte de la UE con anterioridad). La Comisión inició procedimientos contra Austria, Alemania, Finlandia, Grecia y Luxemburgo en el primer aniversario de la fecha límite de trasposición porque estos países o no habían iniciado procedimiento para la trasposición o lo habían hecho de forma incompleta⁶¹. Esta dejadez en la trasposición de la Directiva es cuando menos sospechosa, y denota cierto desinterés por parte de las autoridades nacionales en la trasposición, algo intolerable en un contexto que se jacta de democrático, ya que la democracia se basa en la igualdad y pluralidad de sus miembros.

Aun así, y tal y como pone de relieve el informe de 2011 de SOS racismo, el Estado español es uno de los cinco países de la UE que no cuenta con un registro oficial sobre delitos racistas, situación que se espera que mejore con la puesta en marcha del Consejo de Igualdad⁶². A este respecto será muy importante dar a conocer mediante campañas públicas la existencia y función del órgano⁶³.

La importancia que la UE le concede a la Directiva queda expuesta cuando pasa a formar parte del *Acquis Communautaire*, el cuerpo de derecho que los Estados que aspiran a formar parte de la UE deben aplicar con anterioridad a la adhesión. Como ya hemos mencionado, la fecha límite para la trasposición de esta era el 19 de julio de 2003. Por ello, los 10 nuevos Estados miembros que pasaron a formar parte de la Unión en 2005 debían haber aplicado las líneas que la Directiva Racial dibujaba.

ii) Otras acciones o el “goteo” de herramientas

La Unión Europea ha sido referente en el uso del *soft law* durante años. Estas medidas de carácter *quasi*-legislativo, esencialmente político, se utilizan como forma de indicar los objetivos y la forma de conseguir estos por parte de la Comisión en aquellas áreas en las que existen competencias transferidas. En las líneas que siguen a esta analizaremos las más importantes medidas de *soft law* en lo que a nuestro ámbito de estudio se refiere, como veremos.

La andadura de la Comisión en la lucha contra la discriminación racial comenzó el 25 de marzo de 1998 con el establecimiento de un Plan de Acción contra el racismo, Comunicación de la Comisión de 25 de marzo de 1998 re-

⁶¹ UE PRESS RELEASE, Commission goes to the European Court of Justice to enforce EU anti-discrimination law, IP/04/947, Bruselas, 19 de julio de 2004.

⁶² SOS RACISMO, *Informe Anual 2011 sobre el racismo en el Estado español*, p. 279.

⁶³ En 2009, según datos del EUROSTAT, solo un 18% de los que han sufrido una discriminación hubieran acudido a este tipo de órganos. EUROBARÓMETRO, *Discrimination in the EU in 2009*, noviembre de 2009, Report Nº 317, p. 41.

lativa a un Plan de Acción contra el racismo⁶⁴. Este pretende asociar a los Estados miembros, las ONG, interlocutores sociales, autoridades locales, medios de comunicación y organizaciones y personalidades deportivas para la consecución de cuatro objetivos: la creación de condiciones para la adopción de medidas legislativas posteriores, la integración de la lucha contra el racismo en las políticas y programas comunitarios, la elaboración e intercambio de nuevos modelos y la consolidación de acciones de información y comunicación. A consecuencia de ello, en 1999 se publicó un informe sobre los progresos realizados en la lucha contra el racismo a nivel europeo.

El Programa de acción contra la discriminación⁶⁵, se adoptó junto con las directivas comentadas en el apartado anterior (Directivas 2000), con un presupuesto de 100 millones de euros y una duración de seis años (2001-2006) y persigue suscitar medidas concretas para combatir la discriminación, así como completar actividades de la Unión Europea y los Estados miembros.

Las acciones de análisis de factores relacionados con la discriminación, la cooperación transnacional entre agentes específicos y la creación de redes europeas de las ONG, así como la sensibilización sobre la dimensión europea de la lucha contra la discriminación, se lograrían mediante el trabajo de colaboración entre la Comisión, los Estados miembros y la sociedad civil.

Desde el 1 de enero de 2007, este se sustituirá por el programa *Progress*, que hasta 2013 contará con un presupuesto de 743,25 millones de euros para catalizar el cambio y modernización en los ámbitos de empleo, inclusión y protección social, condiciones de trabajo, no discriminación e igualdad de género.

En 2005 se dio un gran paso adelante en la lucha contra el racismo mediante varias medidas, siendo las más importantes, por una parte, la Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos⁶⁶; por otra, la Decisión marco 2008/913/JAI y por último un Programa Común para la Integración.

⁶⁴ Plan de Acción contra el racismo. Comunicación de la Comisión de 25 de marzo de 1998 relativa a un Plan de Acción contra el racismo, no publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

⁶⁵ Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Nº C 377 de 29 de diciembre de 2000.

⁶⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 1 de junio de 2005, "Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos", COM (2005) 224. *Diario Oficial de la Unión Europea* Nº C 236 de 24 de septiembre de 2005.

Con el Programa Común para la Integración⁶⁷, la Comisión pretende recoger los avances a escala europea sobre la problemática de los regímenes de migración legal e integración. Parte importante de este programa consiste en las propuestas de aplicación de los Principio Básicos Comunes (PBC), que sirven de orientación para el establecimiento y modificación de políticas nacionales en este aspecto. Por ello, y estableciendo la misma definición de integración que se repetirá en el documento de trabajo de la Comisión 2008⁶⁸, se proponen varias propuestas a escala nacional, a saber, reforzar la capacidad de la sociedad que acoge a los inmigrantes para adaptarse a la diversidad; reforzar el papel del sector privado en la gestión de la diversidad; fomentar la confianza y buenas relaciones en los barrios; y por último cooperar con los medios de comunicación. De la misma forma, insta a los gobiernos nacionales a establecer medidas para que no se discrimine en el empleo, educación y para que las instituciones nacionales sean accesibles a los inmigrantes. La participación en el proceso democrático se señala, asimismo, como una de las claves más importantes para favorecer la integración. Además, se subraya que, al ser “Un conocimiento básico del idioma, la historia y las instituciones de la sociedad de acogida (es) indispensable para la integración”, es recomendable organizar programas de introducción. De la misma forma, se fomenta la interacción entre nacionales e inmigrantes, mientras que se pide que la práctica de diversas culturas y religiones deben quedar salvaguardadas.

La estrategia marco sirvió para que el Consejo alcanzara un acuerdo sobre las normas comunes para luchar contra los delitos racistas. La Comisión pretende lograr mediante esta Comunicación dar a conocer los resultados del Libro Verde- Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada de 28 de mayo de 2004 y las observaciones de los actores a los que se les solicitó. En base a ello lanza cinco propuestas de los pasos que se han de dar en la política comunitaria: la utilización de instrumentos de preadhesión que financien la promoción de la no discriminación; la defensa de los derechos humanos –incluido el respeto de las minorías–, que constituyen parte integrante de los criterios políticos de adhesión; la política europea de vecindad; el instrumento financiero para la promoción de la democracia y los derechos humanos en el mundo; y por último, la cooperación en proyectos que las ONG y organizaciones internacionales pongan en marcha.

⁶⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 1 de septiembre de 2005 –Programa Común para la Integración – Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea [COM (2005) 389 final – no publicada en el *Diario Oficial*].

⁶⁸ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 8 de octubre de 2008 – Reforzar las acciones y los instrumentos para afrontar los desafíos de la integración – Informe para la Conferencia ministerial sobre la integración de 2008 [SEC(2008) 2626 – no publicado en el *Diario Oficial*].

La Decisión⁶⁹, sin embargo, fue relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Se aprobó el 28 de noviembre de 2008, y establecía un marco de acción para que los Estados miembros implantaran medidas penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, para los comportamientos racistas y xenófobos de forma que se lograra una aproximación de los derechos penales nacionales en esta materia traducido en una mayor armonización de los derechos nacionales de los Estados Miembros.

En el año 2004 la Comisión confeccionó el mencionado Libro Verde para realizar un análisis sobre los avances realizados en la lucha contra la discriminación sexual, religiosa o sobre convicciones, de edad, discapacidad, orientación sexual y raza u origen étnico; así como solicitar observaciones para avanzar en la legislación del principio de igualdad a instancias del Parlamento Europeo y otras estamentos comunitarios. En él se señalaron como retos pendientes:

- El principio de no-discriminación como incentivo en la ampliación de la Unión Europea.
- Refuerzo del marco jurídico, especialmente en el campo del empleo y el racismo.
- Mejorar la eficacia en la recopilación, seguimiento y análisis de los datos.
- Sensibilización de la sociedad europea mediante medidas prácticas de lucha contra la discriminación.
- Refuerzo de la cooperación entre las instancias y organismos.
- Lograr un enfoque integrado en materia de lucha contra la discriminación con otros ámbitos de acción.

El 2 de julio de 2008 la Comisión, según su renovada agenda social, adoptará cuatro medidas: una propuesta para una nueva directiva sobre el trato igualitario que prohíbe la discriminación por motivos de edad, discapacidad, orientación sexual y religión o creencias fuera del ámbito laboral; una comunicación que presenta un enfoque exhaustivo para intensificar las medidas contra la discriminación y fomentar la igualdad de oportunidades; tomará la decisión de crear un grupo de expertos gubernamentales contra la discriminación; y por último realizará un informe de la Comisión sobre los instrumentos y las políticas de inclusión del pueblo gitano.

⁶⁹ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, no publicado en el *Diario Oficial*.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 2 de julio de 2008 – No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado⁷⁰ realiza un análisis de la implementación del marco jurídico que constituyen las directivas ya comentadas del año 2000 más otra adicional del año 2004⁷¹, además de resaltar la necesidad de instrumentos políticos complementarios que se compromete a reforzar.

Se hace una mención especial al caso de los gitanos (roma) ya que se perfila como el grupo racial mayoritario de la Unión Europea y el que mayor discriminación sufre. En esta línea se realizó una Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la integración social y económica del pueblo romaní⁷² en octubre de 2010 y posteriormente, concretamente en 2011, se establecería un programa de formación de mediadores, destinados a terciar en los conflictos con la administración pública y lograr así la inclusión de esta minoría. Así, y gracias a una dotación de 1 millón de euros, se formarán 1.000 mediadores, reforzando las acciones que cada órgano había puesto ya en marcha por su cuenta⁷³. Esta iniciativa nace de la experiencia del sistema de mediación que algunos países pusieron en marcha junto con la Directiva Racial, como por ejemplo el holandés que con un 80% de casos exitosos y solo un 20% de los casos estudiados que llegaban a instancias procesales, destacó en la implementación de estos órganos⁷⁴.

Cuando el pasado 6 de julio la Comisión y el Consejo de Europa aprobaron establecer el ya mencionado programa de mediadores, el comisionado Vassiliou perfiló “la educación como la clave para romper el ciclo vicioso de desventaja y exclusión social que deja millones de Romaníes en los márgenes de la sociedad europea”⁷⁵.

⁷⁰ Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Esta directiva no ha sido objeto de análisis debido a que el contenido afecta a la igualdad hombre-mujer y no a la discriminación por razón de raza u origen étnico.

⁷¹ Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Esta directiva no ha sido objeto de análisis debido a que el contenido afecta a la igualdad hombre-mujer y no a la discriminación por razón de raza u origen étnico.

⁷² EUROPEAN COMMISSION PRESS RELEASE, *European Commission and Council of Europe step up work for Roma with Mediators' Agreement*, 6 julio 2011.

⁷³ En ARAMENDI SÁNCHEZ, “Informe...”, p. 54.

⁷⁴ *Ibid.* La cita textual es la siguiente: “Education holds the key to breaking the vicious circle of disadvantage and social exclusion which keeps millions of Roma at the margins of European society. The 1,000 mediators will work with families and children in towns and villages across Europe. They will focus on health care, job agencies and schools. At present, far too many Roma children leave school early, before completing their studies, and this damages their personal development and job prospects”.

⁷⁵ Decisión del Consejo de 22 de enero de 1996, por la que se declara 1997 Año Europeo contra el Racismo, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Nº C 89 de 26 de marzo de 1996.

El pueblo romaní, también llamados gitanos, constituyen la minoría mayoritaria de la Unión Europea, y es además la más extendida geográficamente, ya que viven en todos los Estados miembros de la UE. Por ello, y por sufrir discriminaciones de forma sistemática en muchos países, la Comisión siempre ha tenido su situación en mente para desarrollar medidas específicas para mejorar la situación que viven. En ese contexto, en abril de 2010 se aprobaron ciertas medidas tras el cambio, en 2009, del Reglamento del Fondo Europeo de Desarrollo Regional para incluirlos como comunidad sumamente marginada. La comunicación perfila como acciones preferentes para la inclusión de los romaníes las siguientes: instrumentos financieros; la construcción de un planteamiento integrado y tratamiento en el marco de políticas generales y la coherencia política a través de la aplicación de políticas efectivas.

En otro orden de acciones de carácter no legislativo podemos encontrar, por ejemplo, el nombramiento de varios años europeos en este ámbito, con lo que ello reporta en actividades, concienciación y debate público. Así como 1997 fue el Año Europeo contra el Racismo⁷⁶, 2007 se nombró el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos. En este contexto, se llevaron a cabo actividades, seminarios y jornadas en toda la Unión Europea para la concienciación del racismo y la igualdad de oportunidades, además de ofrecer ayudas económicas para estudios y propuestas de lucha contra el racismo y promoción de la igualdad de oportunidades. El mayor logro del año Europeo contra el Racismo del 97 se tradujo en la creación de la red ENAR (*European Network Against Racism*) compuesta por más de 700 ONG europeas localizadas en diferentes Estados miembros. Desde la Red se quiere luchar contra la discriminación racial, el racismo, xenofobia y formas conexas de intolerancia, para promover la igualdad de trato entre los ciudadanos de la Unión Europea y de terceros países, y vincular las iniciativas multinivel (locales, regionales, nacionales) con las iniciativas de la Unión Europea. Por otra parte, los resultados del año 2007 se presentaron en un informe por parte del Consejo el 19 de junio de 2009.

En el año 1990 se dio comienzo a un proyecto que duraría 10 años: el *Starting Line Group*⁷⁷. Este aunque no formase parte específica de la UE, agrupaba más de 400 actores no gubernamentales de la escena europea que fuesen activos en las áreas antidiscriminatorias, y su objetivo final era realizar borradores de propuestas para las Directivas, promoviendo así el debate entre todos los sectores de la sociedad.

⁷⁶ Para visulizar las aportaciones de este grupo es interesante CHOPIN y NIESSEN, "Combating Racism...".

⁷⁷ Reglamento (CE) Nº 1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997, por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Nº L 151 de 10 de junio de 1997.

Debido a la necesidad de extraer datos fiables y objetivos de los fenómenos racistas y de naturaleza xenófoba, nace en julio de 1998 un órgano independiente, el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC) con sede en Viena (Austria), gracias al Reglamento (CE) Nº 1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997⁷⁸. El objetivo que persigue dicho centro es el fomento de valores de tolerancia, igualdad y solidaridad para lograr una Europa diversa e inclusiva en la que fenómenos crecientes como el racismo, la xenofobia, el antisemitismo o la islamofobia no tengan lugar. Para ello, trabajará en cinco áreas principales:

- Seguimiento del fenómeno racista, xenófobo, antisemita e islamofobo mediante la recogida de datos y análisis en los Estados miembros.
- Coordinación de una red Europea de estudio de los fenómenos anteriormente mencionados (RAXEN).
- Desarrollo de métodos para tratar los datos que se recogen de manera más eficiente (mejora de la objetividad y fiabilidad).
- Formulación de conclusiones y opiniones para las instituciones europeas. Estas se basarán en los informes para promover políticas que apoyen las buenas prácticas no discriminatorias e inclusivas.
- Establecimiento de mecanismos para la difusión del trabajo del Observatorio, principalmente a los Estados Miembros, instituciones de la Unión Europea y organizaciones tanto nacionales como internacionales

Su mandato se ampliará para transformar el EUMUC en una agencia para la observación de los Derechos Fundamentales, que pasará a denominarse Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA)⁷⁹.

De cara al futuro, la Unión Europea ha dado una gran importancia al principio de igualdad en su Estrategia 2020, y ha integrado la implementación efectiva de las normas contra la discriminación racial, aunque únicamente se menciona el ámbito laboral, en el número 60:

“60. Considera esencial que se adopten medidas para aumentar la participación de las personas de más edad y de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y combatir eficazmente la discriminación en el mercado

⁷⁸ *Reglamento* (CE) Nº 168/2007 del Consejo de 15 de febrero de 2007 por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, Nº L 53/1 de 22 de febrero de 2007.

⁷⁹ Propuesta de resolución de 14 de junio de 2010 para cerrar el debate tras las declaraciones del Consejo y de la Comisión presentada de conformidad con el artículo 110, apartado 2, del Reglamento sobre la Estrategia Unión Europea 2020. Sobre el seguimiento de la Estrategia 2020 se ha publicado recientemente “The Social Dimension of the Europe 2020 Strategy– A Report of the Social Protection Committee (2011)”, que puede encontrarse en <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=89&newsId=1053&furtherNews=yes> (última consulta el 8/7/2011).

laboral por razones de edad, discapacidad, género, raza, orientación sexual y religión o creencias, en línea con la legislación de la UE existente”⁸⁰.

2. Consejo de Europa o el gran trabajo del Tribunal

Como veremos en las líneas que siguen, el artículo que protege de la discriminación racial en la CEDH es bastante pobre, ya que no lo configura como un derecho autónomo, y, sin embargo, acaba estableciendo una esfera de protección bastante más amplia que la de la UE. Después de un estudio en profundidad sobre estas cuestiones diría que ha sido el hecho de que el CoE no estuviera en tela de juicio de forma continua y coartado porque su existencia no está tan unida a los Estados miembros y la voluntad de estos, los que han logrado que la esfera de protección se más completa que la de la UE, más allá del hecho de que la Unión queda restringida a establecer normas únicamente en los ámbitos cuyas competencias se han transferido.

a) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

“Artículo 14: Prohibición de discriminación

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Hay varios aspectos de gran importancia en lo que a esta provisión legal respecta. La primera de ellas es que la CEDH, mediante este artículo, protege a los individuos de la discriminación sufrida EN RELACIÓN con los derechos enumerados en la Carta. Ello significa que en un principio este derecho no es autónomo. De hecho, si se echa un vistazo a la jurisprudencia del TEDH llama rápidamente la atención que las demandas por discriminación van unidas a otro artículo (brecha del artículo 8 –Derecho al respeto de la vida privada y familiar– en conjunción con el artículo 14). Aun así, el TEDH

⁸⁰ *Karner v Austria*, STEDH, 24 de julio de 2003, pará. 32. “The Court reiterates that Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence, since it has effect solely in relation to the “rights and freedoms” safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of one or more of such provisions, and to this extent it is autonomous, there can be no room for its application unless the facts of the case fall within the ambit of one or more of the latter (see *Petrovic v. Austria*, judgment of 27 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, p. 585, § 22)”.

ha establecido de forma reiterada que el artículo 14 complementa otras provisiones sustantivas de la Convención y sus Protocolos. No tiene existencia independiente, ya que solo tiene efecto en relación a los “derechos y libertades” protegidas por esas provisiones. Sin embargo, la aplicación del artículo 14 no presupone una brecha de una o más de esas otras provisiones legales, siendo autónomo hasta este límite, pero no cabría considerar su aplicación si los hechos del caso no entraran dentro del ámbito de protección de una o más provisiones legales⁸¹. El CoE aprobaría en 2000 el Protocolo Nº 12, que será objeto de estudio del próximo apartado, creando un derecho completamente autónomo a la no-discriminación⁸².

El artículo 14 contiene una lista de motivos discriminatorios⁸³ en los que se incluyen (entre otros) la discriminación por razón de raza, color, lengua o pertenencia a una minoría nacional, todos ellos relacionados con la discriminación por razón de raza u origen étnico. Como ya hemos comentado anteriormente, el derecho de no discriminación por razón de raza u origen étnico se interpreta incluyendo la nacionalidad en este término. Este es el punto más conflictivo entre las normativas de la UE y el CoE, ya que la Directiva Racial establece que la “nacionalidad” queda fuera del ámbito de protección de la misma, mientras que el ECHR incluye dicho motivo tanto en el ámbito de aplicación del artículo 14 como en la Recomendación ECRI GPR Nº 7 del año 2003. A este respecto, HOWARD⁸⁴ hace un análisis de las razones que ha podido llevar a esta restricción de los campos de protección. En su opinión esto se debe a lo celosos que son los Estados con sus políticas de inmigración, y dado que la protección de la nacionalidad podría dar paso a numerosas controversias, se dejó fuera. Además, la UE establece que no es que no se proteja este campo, sino que cae bajo el campo de actuación de la normativa de Libre Movimiento de Personas.

Debido a la no coincidencia en el objeto de estudio y a que la discriminación por razón de nacionalidad podría considerarse un objeto de estudio autónomo no solo por parte de la UE, sino por su incidencia, importancia, complejidad y extensión, no entraré a analizar este aspecto en profundidad, aunque daré un par de apuntes de autores críticos con la situación de desigual-

⁸¹ MARKS, Susan y CLAPHAM, Andrew, *International Human Rights Lexicon*, London, Oxford University Press, 2005.

⁸² La lista de motivos no es exclusiva, ya que incluye la provisión de “o cualquier otra situación” que se ha llegado a interpretar en motivos que no se establecen explícitamente en la provisión legal como por ejemplo la orientación sexual. En este sentido *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, STEDH, de 21 de diciembre de 1999, Nº 33290/96.

⁸³ HOWARD, “Anti Race Discrimination...”, 468-486

⁸⁴ A este respecto, SHACHAR, Ayelet, y HIRSCHL, Ran, “Citizenship as Inherited Property”, en: *Political Theory*, vol 35, Nº 3, junio de 2007, pp. 253-287

dad que se sufre en este aspecto. Existen voces críticas como SACHAR⁸⁵, que ofrece la visión de que la nacionalidad es uno de los pocos derechos que se logran en base al nacimiento o a la herencia, y es una de las escasas excepciones en las sociedades democráticas modernas y que por tanto debería introducirse en la protección de la no discriminación. SHARMA es igualmente crítica con esta situación, ya que afirma que la existencia de distintos regímenes legales para los “ciudadanos” y “residentes permanentes” y otro distinto para gobernar los “ilegales” es parte de un régimen que viene a calificar de *apartheid* global un régimen según el cual la discriminación hacia los extranjeros no es solo aceptada, sino que aceptada como necesaria⁸⁶.

Siguiendo con el análisis de la aplicación del artículo 14, este protege al individuo en ámbitos que las directivas y las demás normativas que hemos estudiado en el apartado anterior no lo hacen. Nos referimos a las esferas que escapan a la aplicación de la directiva racial, es decir: el empleo y el acceso a bienes o servicios. En este sentido, la CEDH protege al individuo de la discriminación en su esfera “personal” (cuando es en relación del artículo 8), en los ámbitos de participación política (en conjunción con el artículo 11 por ejemplo)⁸⁷, aplicación de la ley (bajo la protección de los artículos 2 ó 3, aunque existe una decisión marco a este respecto no posee el alcance de la protección que brinda la CEDH)) y motivos relacionados con el derecho penal.

En lo que a la esfera personal se refiere, en el caso *Muñoz Díaz c. España*⁸⁸, se nombró a España responsable de una acción discriminatoria en relación a un matrimonio gitano al que no se le quería reconocer el matrimonio y los derechos derivados de este al no haberlo hecho de la forma que dicta la ley española, sino conforme a las tradiciones gitanas. El Tribunal dictaminó que se había fallado en la negativa de reconocer al matrimonio en lo que a la buena fe matrimonial se refiere, y permitir la obtención de la pensión de esta forma; incumpliendo así con el artículo 1 del Protocolo 1 en conjunción con el artículo 14, aunque no se había incumplido con el artículo 12 en conjunción con el artículo 14.

En el caso de la aplicación del derecho, el TEDH ha establecido que la denuncia de los artículos 2 y 3 del CEDH puede llevar consigo la obligación del

⁸⁵ SHARMA, Nandita, “Anti-trafficking Rhetoric and The Making of Global Apartheid”, en: *NWSA Journal*, vol. 17, N°3, otoño de 2005, p. 105 (traducción de la autora). Cita original: “The operation of different legal regimes: one to govern ‘citizens’ and ‘permanent residents’ and another to govern ‘illegals,’ is part of the regime of global apartheid, a regime whereby discrimination against ‘foreigners’ is not only accepted but accepted as necessary”.

⁸⁶ Recordemos *Aziz v. Cyprus*, STEDH, de 22 de junio de 2004, N° 69949/01.

⁸⁷ *Muñoz Díaz c. España*, STEDH, de 8 de diciembre de 2009, N° 49151/07.

⁸⁸ En este sentido, *Turan Cakir c. Bélgica*, STEDH, de 10 de marzo de 2009, N° 44256/06 o *Nachova y Otros c. Bulgaria*, STEDH, de 6 de julio de 2005, N° 43577/98 y 43579/98.

Estado de investigar si la pérdida de la vida o el trato inhumano o tortura ha sido producido por motivos racistas, lo que llevaría a un incumplimiento del artículo 14⁸⁹.

b) Protocolo Nº 12

El Protocolo Nº 12 es, como hemos comentado en el punto anterior, el resultado de la preocupación del CoE de que el derecho a la no-discriminación no estuviera lo suficientemente protegido y garantizado. Tras numerosas cumbres, coloquios y congresos en las que se puso de relieve que una ampliación del marco de protección del derecho no era posible mediante la jurisprudencia debido a la indispensable unión del derecho a la no-discriminación con los demás derechos contenidos en la Carta, se decidió que era necesario establecer una herramienta legislativa independiente que viniera a complementar y reconocer la no-discriminación como derecho autónomo. Este Protocolo no está contemplado en el plan de ratificación de la UE en un principio (recordemos que ratificará tanto la CEDH como el Protocolo Nº 14), pero analizaremos su contenido y consecuencias, ya que, por una parte, es aplicable en algunos de los Estados miembros de la UE y, por la otra, que en un principio no se ratifique por parte de la UE no implica que no lo haga en un futuro⁹⁰.

El Protocolo Nº 12 cuenta con seis artículos, del que únicamente el primero contiene el derecho sustantivo de no-discriminación, ya que los demás se refieren a la aplicación territorial (art. 2), la relación que mantiene el protocolo con la CEDH (art. 3), firmas y ratificaciones (art. 4), entrada en vigor (art. 5) y funciones del depositario (art. 6). Pasaremos a analizar el primer artículo:

“1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1”.

⁸⁹ “The EU has to decide separately whether or not to adhere to some or all of these protocols. These decisions may be taken after the EU has become a party to the ECHR itself.” COUNCIL OF EUROPE, *Factsheet The European Union's Accession to the European Convention on Human Rights*, 1 de diciembre de 2009.

⁹⁰ Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 177), párrafo. 29. Traducción de la autora, cita original: “The word “law” may also cover international law, but this does not mean that this provision entails jurisdiction for the European Court of Human Rights to examine compliance with rules of law in other international instruments.”

Como podemos observar, la lista de motivos discriminatorios es idéntico al de la CEDH. Esto se debe a que se trata de una lista de motivos no es exhaustiva, sino por el contrario *numerus apertus*, abierta, pero en el que se mencionan los motivos típicos en los que la discriminación es más frecuente. En el informe explicatorio del Protocolo Nº 12 ofrecido por el CoE, se aclara que no se ha añadido una cláusula de restricción de discriminación por no considerarlo “necesario ni conveniente”. Es cierto que el TEDH ha establecido en numerosas ocasiones que no toda distinción o diferencia constituye una violación del principio de no-discriminación, estableciendo que las distinciones que se hagan deben tener un objetivo legítimo y una justificación objetiva y razonable.

Las novedades incluidas en el primer artículo se refieren a que se establece la prohibición de discriminación en los campos del CEDH, en el disfrute de cualquier derecho previsto por la ley. Es decir, no se une a los derechos de la Convención, sino a CUALQUIER derecho que la ley garantice. A este respecto cabría analizar qué se considera “la ley”, alcance de la protección, “autoridad pública”, etc.

En lo que se refiere al primero de los elementos (a saber, la ley), se refiere a los derechos que asegure el Estado, por lo que incluso podría cubrir el derecho internacional (los derechos de los tratados firmados por el Estado). Aun así, “esto no quiere decir que esta disposición implica la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para examinar el cumplimiento de las normas de la ley en otros instrumentos internacionales”⁹¹.

En cuanto al segundo de los elementos sometidos a estudio, el alcance de la protección, se establece que el artículo 1 debe leerse completo, siendo la visión de ambos elementos con los apartados 1 y 2 lo que ofrece la protección integral. Ello implica que el conjunto del artículo 1 del Protocolo 12 ofrece protección en los siguientes casos en los que se discrimina desde una autoridad pública (considerando no solo la administración, sino también tribunales, órganos legislativos, etc.) contra una persona:

“i. en el disfrute de cualquier derecho concedido específicamente a un individuo bajo la ley nacional;

⁹¹ *Ibid.* párrafo. 22. Traducción de la autora, cita original: “In particular, the additional scope of protection under Article 1 concerns cases where a person is discriminated against:

- i. in the enjoyment of any right specifically granted to an individual under national law;
- ii. in the enjoyment of a right which may be inferred from a clear obligation of a public authority under national law, that is, where a public authority is under an obligation under national law to behave in a particular manner;
- iii. by a public authority in the exercise of discretionary power (for example, granting certain subsidies);
- iv. by any other act or omission by a public authority (for example, the behaviour of law enforcement officers when controlling a riot).”

- ii. en el goce de un derecho que puede inferirse a partir de una clara obligación de una autoridad pública con arreglo al derecho nacional, es decir, cuando una autoridad pública tiene la obligación bajo la ley nacional a comportarse de una manera particular;
- iii. por una autoridad pública en el ejercicio del poder discrecional (por ejemplo, la concesión de determinadas subvenciones);
- iv. por cualquier otro acto u omisión de una autoridad pública (por ejemplo, el comportamiento de los agentes del orden público cuando se controla un motín)⁹².

El primer caso juzgado en base al Protocolo Nº 12 del TEDH fue *Sejdic and Finci c. Bosnia y Herzegovina*⁹³, en el que unos ciudadanos judíos y gitanos se quejaban de que tras la guerra de los Balcanes y para el mantenimiento de la paz se había adoptado un acuerdo para compartir los poderes entre los tres grupos étnicos mayoritarios de Bosnia (croatas, serbios y bosnios) que incluía la obligatoriedad de los ciudadanos de declarar a cuál de las tres comunidades pertenecían. Los demandantes alegaban que se les había discriminado por su origen étnico, a lo que el Tribunal les dio la razón a pesar de la delicadeza de la situación y del acuerdo de paz.

Se ha considerado también que llega a proteger a los individuos en esferas que aunque no tengan relación directa con la administración pública, la tienen de forma indirecta a pesar de ser en principio relaciones entre individuos. Aun así, aquellas áreas puramente personales quedan fuera del alcance de la protección que brinda el Protocolo .

En cuanto al valor jurídico y las relaciones con la CEDH, no se ha de olvidar la naturaleza del Protocolo. Esto implica que no puede modificar, derogar o sustituir el artículo 14 del CEDH, más aún cuando no todos los Estados que firmaron la Convención han ratificado el Protocolo. Se da por tanto un fenómeno de superposición de las disposiciones legales cuya aplicación específica veremos según se desarrolle la jurisprudencia del TEDH.

Con todo, ello, y una vez cumplidos los requisitos del artículo 5 (diez ratificaciones), el Protocolo entró en vigor el 1 de abril de 2005. El Protocolo ha sido firmado y ratificado por 18 países, y en otros 19, a pesar de que lo han firmado, no la han llegado a ratificar. Los Estados miembros del CoE que no han firmado ni ratificado este Protocolo son los siguientes: Bulgaria, Dinamarca, Francia, Lituania, Mónaco, Malta, Polonia, Suecia y Suiza. Exceptuando Suiza y Mónaco, todos ellos son miembros de la UE. El último en ratificarlo

⁹² *Sejdic and Finci c. Bosnia y Herzegovina*, STEDH, de 22 de diciembre de 2009, Nº 27996/06 and 34836/06.

⁹³ FRA y ECHR, "Handbook...", p. 64.

fue Eslovenia en 2010, elevando así a 7 los países de la UE que han ratificado este instrumento.

c) Recomendaciones ECRI

ECRI son las siglas en inglés para “European Commission against Racism and Intolerance”, órgano independiente del Consejo de Europa especializado en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia en la Gran Europa desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos a la luz de la Convención Europea de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia del TEDH⁹⁴. Fue creado el 9 de octubre de 1993 en Viena en la primera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa. En la segunda Cumbre, el 11 de octubre de 1997 en Estrasburgo, se decidió intensificar las actividades de este, para lo que en el año 2000, tras la Conferencia Europea contra el Racismo, se firmó una declaración política estudiando cómo reforzar este órgano, resultando en la creación del Estatuto del ECRI en 2002. Está compuesto por 47 expertos, uno de cada Estado miembro del Consejo de Europa.

ECRI publica informes periódicos⁹⁵ sobre la efectividad de las políticas, legislaciones y otras medidas de erradicación del racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia en los Estados miembros del Consejo de Europa; propone medidas y políticas a aplicar en forma de recomendaciones y revisa la legislación internacional para proponer cambios y reforzar la acción en estos campos. Subrayando el hecho de que, en sus informes por países, la ECRI recomienda regularmente a los Estados miembros adoptar medidas legales eficaces para combatir el racismo y la discriminación racial, informes que serán públicos a no ser de que el Estado en cuestión prohíba expresamente su publicación.

Estas recomendaciones, al contrario que la legislación de la UE, no son de naturaleza legislativa y, por lo tanto, su (in)aplicación no viene reforzada por consecuencias sancionadoras, sino de presión política a través de los informes anuales que son de naturaleza pública. Hasta el momento se han realizado 12 recomendaciones sobre temas diversos que en conjunto establecen un plan integral de lucha contra la discriminación racial en la mayor parte de sus manifestaciones. La primera de ellas se aprobó el 4 de octubre de 1996, y se refería

⁹⁴ Artículo 1 del Estatuto del ECRI, CONSEJO DE EUROPA COMITÉ DE MINISTROS Resolución Res (2002) 8 sobre el estatuto de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.

⁹⁵ El último informe sobre España se publicó en febrero de 2011 y está disponible en <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ESP.pdf> (última consulta el 13/7/11).

a la “Lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia”. Más tarde se han ido sucediendo aquellas dirigidas a apoyar y guiar a los Estados en la implementación de órganos (GPR Nº 2), políticas generales (GPR Nº 6, Nº 7, Nº 8, Nº 9, Nº 10, Nº 11, Nº 12) y específicas de lucha contra la discriminación racial u étnica de distintos grupos (GPR Nº 3, Nº 5)⁹⁶.

Entre todas ellas, sobresale en lo que a nuestro objeto de estudio respecta, la Recomendación Nº 7, dirigida a proponer medidas de orden nacional para combatir el racismo y la discriminación racial que fue adoptada en el año 2002⁹⁷ y que contiene numerosas provisiones que se asemejan a aquellas de la Directiva Racial. De hecho, en el preámbulo de dicha Recomendación se establece que para su elaboración se han tenido en cuenta tanto esta última como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Se interrelacionan por tanto la legislación comunitaria y la procedente de este órgano antes incluso de la posible adhesión de la UE al CoE, tanto mediante la inspiración como por los principios de aplicación e interpretación.

La recomendación comienza ofreciendo definiciones de diferentes conceptos, cuya falta es crítica común hacia las políticas contra la discriminación. Su contenido es bastante similar al de la Directiva Racial, aunque hay ciertos aspectos que difieren. En cuanto a los motivos, mientras que la Directiva se refiere a la discriminación racial y de origen étnico, la Recomendación habla de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen étnico o nacional. La UE cubre, aunque no con las mismas herramientas y efectos que la Directiva Racial, la discriminación por estos motivos.

HOWARD defiende que la existencia de ambos instrumentos (la Directiva Racial y la Recomendación Nº 7) se complementa y refuerza el cumplimiento de ciertos mínimos y que, en ocasiones, las recomendaciones y esa posible presión política que puede llevar a cabo el ECRI han servido para “prepararle el terreno” a la UE⁹⁸.

⁹⁶ Para una lista exhaustiva y acceso: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/General-Themes_en.asp (última consulta 13/7/2011)

⁹⁷ ECRI GPR Nº 7, Sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, aprobada el 13 de diciembre de 2002, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/REC7-2003-8-ESP.pdf (última consulta 13/7/11).

⁹⁸ HOWARD, “Anti Race...”, p. 486.

CONCLUSIONES

Dado el carácter de la investigación que he realizado, he extraído, como punto de partida de las conclusiones, que las disposiciones tanto de la Convención Europea de Derechos Humanos como aquellas que se contienen en diferentes documentos derivados de los órganos de la UE resultan en lo general coherentes y no existen diferencias insalvables en su contenido y aplicación. No obstante, ello no es óbice para que tal y como he señalado en el cuerpo del trabajo existan ciertos puntos que pueden llegar a resultar conflictivos, y que mediante la observancia de la casuística que se vaya desarrollando, cristalizado en la jurisprudencia en este aspecto se hará visible si las divergencias, como la no inclusión de la nacionalidad en el campo de la Discriminación Racial, no pasan de meras diferencias procesales o van más allá. Las legislaciones de la UE y el CEDH no colisionan en su esencia, aunque hay algunos aspectos que puede que la Unión deba matizar o el TEDH flexibilizar en un futuro.

Quiero comenzar destacando la falta de homogeneidad étnica, lingüística o cultural en Europa, hecho que facilita que siempre vaya a encontrarse a “otro” al que compararse. Es esencial por tanto la educación de una nueva generación de ciudadanos capaces de proteger y disfrutar de su propia cultura y valores bajo el techo común de la identidad europea mediante los principios que nos hacen únicos a los europeos. Una sociedad que discrimina pierde gran parte de su potencial de desarrollo y permite que se formen subgrupos dentro de la sociedad. El proyecto de integración europea es una ambiciosa aspiración en el que todos tenemos cabida, en el que todos hemos de estar unidos en un plano de igualdad para aprender de los demás. La educación en este sentido se convierte en clave tanto para la incorporación de los grupos marginados como para los demás ciudadanos, ya que constituye la única forma de asegurar un futuro común para todos los europeos. Además, es necesario que el proceso de construcción europea tenga en cuenta la pluralidad de sentimientos, formas de pensar y costumbres de todos los europeos. Al fin y al cabo no en vano el lema de la UE es *United in Diversity*.

En lo que a la primera parte del artículo se refiere, hay algunos puntos que me han llamado la atención, como por ejemplo el fracaso de las instituciones y científicos de transmitir la inexistencia de las “razas” humanas, algo que considero de gran importancia para la lucha contra la discriminación. Puede que mediante la publicidad de este hecho muchos dejen de ver razas y empiecen a ver las características externas como simples fenotipos que no implican diferencias más allá. Para ello ayudaría una declaración universal condenando el término y la eliminación de dicho vocablo de las herramientas legislativas de todos los niveles, el debate y, sobre todo, la publicidad.

Por otra parte, la inexistencia de una definición clara de “*etnia*” supone ventajas e inconvenientes, pero queda claro que cada órgano debería estable-

cer el contenido exacto del término ya que ni siquiera hay consenso doctrinal sobre lo que este supone. Ello implica la existencia de cierta inseguridad jurídica y que algunos campos de la discriminación puede o puede que no estén cubiertos por los instrumentos existentes, como son la religión y las minorías.

En cuanto a las medidas de promoción que he calificado como excepciones en este trabajo y que han englobado tanto los casos de discriminación positiva como las justificaciones, han de tener un control estricto para huir de causar discriminación hacia otros grupos cuando tratamos de lograr la erradicación de la misma. La vigilancia de las medidas provisionales debe incrementarse estableciendo periodos específicos para la implementación de las mismas y utilizando otras si no se han logrado los objetivos señalados en el plazo propuesto.

En cuanto a la segunda parte del artículo, es necesario comenzar resaltando que la idea de que la protección de los derechos humanos, y en especial la discriminación por razón de raza u origen étnico es un problema interno de cada Estado, ha cambiado. La igualdad y no-discriminación, como derecho universal que es, requiere una acción y compromiso común a nivel global, que ya se llevaba a cabo mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos o la Convención Europea de Derechos Humanos entre otros. Sin embargo, hasta hace bien poco la Unión Europea no ha suscrito normativas de ese tipo como tal, aunque sí lo han hecho los Estados miembros a nivel nacional. Es más, nos encontrábamos ante una situación en la que la Unión obligaba a cumplir con numerosos estándares de derechos humanos a los que ella misma no se supeditaba. Por tanto, la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa, así como el compromiso de adherirse a la Convención Europea de Derechos Humanos supone un gran paso, implica ir de las banales palabras a los firmes hechos. La adhesión de la Unión Europea al CEDH como organización no es solo un hito en la historia de ambos organismos, sino que ayudará además a la maltrecha imagen y reputación de la Unión Europea. El déficit de democracia que se le ha achacado durante años se va disminuyendo, y la monitorización de estándares de DD.HH. por un órgano independiente ayudará a acallar las críticas en ese aspecto. Debemos esperar a ver las condiciones concretas de la adhesión, pero no en vano empieza a llamarse a la Unión actual "La Europa de los Derechos".

En lo que a la relación de la protección contra la discriminación se refiere, es curioso observar como un artículo en principio no autónomo (CEDH) puede llegar a proyectar un paraguas de protección mucho más amplio que el que todos los documentos que se han enumerado en el apartado 1.2 de la Parte II.

Ha de tenderse hacia la optimización de las normas y hacer cumplir la regla de eficiencia también en lo que a la producción jurídica se refiere. La realización de medidas legislativas poco a poco ("goteo"), regulando cada uno de los aspectos en los que la discriminación no está admitida (o los que sí que lo están), supone una labor legislativa colosal por parte de la Unión, con la que

a pesar de ganar en seguridad jurídica perdemos en optimización de esfuerzo. Existen ciertos aspectos que sería positivo dejar abiertos bajo el paraguas de una legislación más amplia que vendría a interpretarse gracias a la labor del TJUE mediante la cuestión prejudicial. Existe una densidad normativa ingente en el territorio comunitario que debería tratar de simplificarse y armonizarse. Aun así, y aunque la protección ofrecida por el CEDH pueda parecer más amplia, es cierto también que los órganos que desarrollan la normativa antidiscriminatoria (ECRI) no poseen el poder necesario para hacer cumplirlas, quedando relegado a la presión política que no siempre es efectiva.

Aun así, queda mucho por hacer, y uno de los desafíos a los que tanto la Unión como sus Estados miembros deberán hacer frente es encontrar la forma de lograr más información sobre los actos discriminatorios, ya que la dificultad de lograr datos estadísticos y el derecho a la vida privada que muchas minorías guardan celosamente hace que la identificación de dichos colectivos sea extremadamente complicada y la mayor parte de los casos de discriminación queden enterrados.

Finalizo resaltando que, a pesar del avanzado marco legislativo que posee la Unión para lucha contra la discriminación por origen racial o étnico, el retraso de los Estados miembros en la aplicación de las directivas o la falta de apoyo social hacen complicado una aplicación eficaz de la defensa de estos grupos. Es indispensable la implicación no solo de las autoridades nacionales, sino también, en el caso de la discriminación muy acusadamente, de la sociedad civil. Por ello, la evasión de la incentivación del debate público choca con el objetivo que ha de lograrse, y no acaban de entenderse conductas como la de la adopción de la Directiva Racial en España mediante una “ley escoba”. En demasiadas ocasiones, como lo ha sido la implementación de dicha Directiva se ha evitado el debate público y desviado la atención de las medidas adoptadas, lo cual considero un gran error. Ha de incentivarse el debate público, dando a conocer los casos de discriminación, siendo clave para ello la colaboración del cuarto poder. A este respecto, promover campañas conjuntas entre los órganos públicos y los medios audiovisuales dirigidos a la erradicación de la discriminación racial puede ser un método a tener en cuenta. Es necesario que la sociedad en conjunto se indigne ante las injusticias como la discriminación, ya que mediante la observación del fenómeno en otros es más fácil encontrarlo en nosotros mismos y, por tanto, corregirlo. Tenemos que aprender a vernos con los ojos de otros.

La propuesta de CACHÓN de una lucha integrada contra la discriminación cobra sentido e importancia desde el hecho de que la (in)identificación contra la discriminación es una de las razones por las que la sociedad no se implica en su lucha, en un contexto además en el que la discriminación múltiple está a la orden del día. Hemos de lograr que la lucha contra la discriminación sea una lucha de cada uno de nosotros, porque podemos sufrirla en algún momento, y

porque con la discriminación, como he comentado al principio de este trabajo, perdemos todos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAMENDI SÁNCHEZ, José Pablo, “Informe sobre el curso de formación jurídica sobre las directivas comunitarias en materia de discriminación en el empleo (Directivas 2000/43 y 2000/78)”, en: *Tiempo de Paz*, nº 73, 2004, pp. 52-56.
- ATAÖV, Türkkaya, *Discrimination & Conflict*, Haarlem, Sota, 2000.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo, “El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico”, en: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales- Derecho del trabajo*, nº 63, 2006, pp. 33-67.
- BOURN, C.J. y WHITMORE, Jan, *Race and Sex Discrimination*, Londres, Sweet and Maxwell, 2ª edición, 1993.
- CACHÓN, Lorenzo, “España y la Directiva 2000/43: De la “ocasión perdida” a una legislación general sobre igualdad de trato”, en: *Tiempo de Paz*, nº 73, 2004, pp. 13-22.
- CHOPIN, Isabelle y NIESSEN, Jan, “Combating Racism in the European Union with legal means- A Comparison of the Starting Line and the EU Commission’s proposal for a Race Directive”, en: *MPG Group*, 25 de agosto de 2000.
- DWORKIN, Ronald Myles, *Virtud Soberana- la teoría y práctica de la Igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- FRA and ECHR, *Handbook on European Non-discrimination Law*, marzo de 2011.
- GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio, “Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH”, en: *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 38, abril-junio 2011, pp. 173-204.
- HOWARD, Erica, “Anti Race discrimination Measures in Europe: An attack in two fronts”, en: *European Law Journal*, vol. 11, nº 4, July 2005, pp. 468-486.
- KAYA, Bülent, *The Changing Face of Europe-population Flows in the 20th Century*, Estrasburgo, Council of Europe publishing, febrero de 2002.
- LEMMENS, Paul, HEYLEN, Ben, VANDEVEN, Evelien y VRIELINK, Jogchum, *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation*, FRA, Leuven, Belgium, March 2008.
- MARKS, Susan y CLAPHAM, Andrew, *International Human Rights Lexicon*, London, Oxford University Press, 2005.
- MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL, *World Directory of Minorities*, Londres, MRG, 1997.

- PECES-BARBA, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- SHACHAR, Ayelet y HIRSCHL, Ran, "Citizenship as Inherited Property", en: *Political Theory*, vol. 35, nº 3, junio de 2007, pp. 253-287.
- SHARMA, Nandita, "Anti-trafficking Rhetoric and The Making of Global Apartheid", en: *NWSA Journal*, vol. 17, nº 3, otoño de 2005, pp. 88-111.
- SOLLORS, Werner, "Ethnicity and Race", GOLDBERG, David Theo y SOLOMOS, John (eds.), *A Companion to Racial and Ethnic Studies*, Oxford, Blackwell, 2002, pp. 97-104.
- THORNBERRY, Patrick y MARTIN ESTEBANEZ, María Amor, *Minority Rights in Europe*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, marzo de 2004.
- ULRICH, George, "The Persistence of Race: Introduction", HASTRUP, Kristen y ULRICH, George, *Discrimination and Toleration- New Perspectives*, La Haya, Kluwer International, 2002, pp. 91-95.
- WINKLER, Beate, "Nuevas medidas para luchar contra la discriminación en la Unión Europea", en: *Afers Internacionals*, nº 53, 2001, pp. 97-104.