

**PROTECCIÓN JUDÍCA DE LAS VÍCTIMAS DE
DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RACIALES O ÉTNICOS**

➤ **AMBITO: *MASTER EN PROTECCIÓN DE MINORIAS
JURÍDICAS Y GRUPOS VULNERABLES.***

➤ **AUTOR: *DIEGO GONZÁLEZ GONZÁLEZ.***

➤ **TUTOR: *MIGUEL PRESNO LINERA.***

➤ **CURSO ACADÉMICO: *2011/2012.***

RESUMEN DEL CONTENIDO Y PALABRAS CLAVES.

➤ RESUMEN:

El presente trabajo recoge un análisis en relación a una parte de los medios de protección contra la discriminación basada en razones étnicas o raciales, en distintos órdenes jurisdiccionales como penal, civil, social y administrativo, de los que dispone el ordenamiento jurídico español en el presente año 2012.

Se trata de abordar este fenómeno desde una perspectiva básicamente jurídica que permita comprender como influye, individual y colectivamente, en la sociedad española respecto del ejercicio de derechos y obligaciones que se reconoce a cada uno de sus miembros.

En última instancia se pretende ofrecer una perspectiva de la realidad jurídica general vinculada a este fenómeno incidiendo sobre los aspectos más críticos de su protección de manera que puedan dar pie a planteamientos de mejora o medidas más efectivas de protección.

➤ PALABRAS CLAVE:

Discriminación - Raza - Etnia - Racismo - Xenofobia - Igualdad - Protección jurídica Internacional.

➤ ABREVIATURAS:

Art.(Artículo), **AP** (Audiencia Provincial), **ECRI**(Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia), **ESO** (Educación Secundaria Obligatoria), **CE** (Constitución Española), **CP** (Código Penal), **FJ.** (Fundamento jurídico), **L.**(Ley), **OIT**(Organización internacional del trabajo), **OBERAXE** (Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia), **RD**(Real Decreto), **STC.** (Sentencia Tribunal Constitucional), **STS.** (Sentencia Tribunal Supremo), **TC**(Tribunal Constitucional), **TCE** (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), **TFUE** (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)**TS** (Tribunal Supremo), **TUE** (Tratado de la Unión Europea), **UE** (Unión Europea).

ÍNDICE

I) Introducción general del contenido.	---	5
II) Introducción a la discriminación por etnia o raza.	---	7
III) Ámbito jurídico penal:	---	16
A) Introducción.	---	16
B) Protección directa sobre el individuo.	---	17
C) Protección directa sobre el grupo.	---	20
D) Protección indirecta.	---	30
E) Protección frente a riesgos para la supervivencia del grupo.	---	31
F) Conclusiones.	---	33
IV) Ámbito jurídico laboral:	---	36
A) Introducción.	---	36
B) El caso español.	---	38
C) Líneas jurídicas.	---	41
D) El elemento sancionador.	---	42
E) Acceso al empleo.	---	45
F) Cooperación en el ámbito laboral.	---	46
G) Aspectos procesales concretos.	---	48
H) Conclusiones.	---	50
V) Ámbito jurídico administrativo:	---	54
A) Introducción.	---	54
B) Primer aspecto: Fuerzas y cuerpos de seguridad.	---	54
C) Segundo aspecto: Educación escolar.	---	58
D) Tercer aspecto: Proyección en el deporte.	---	64
E) Cuarto aspecto: Protección jurídica internacional.	---	69
VI) Ámbito jurídico civil:	---	72
A) Introducción.	---	72
B) Primer aspecto: Acceso a la Vivienda.	---	73
C) Primer aspecto: Derecho de admisión.	---	75
D) Conclusiones.	---	79
VII) Conclusiones y valoraciones generales.	---	80
VIII) Bibliografía y webgrafía.	---	84

I: INTRODUCCIÓN GENERAL DEL CONTENIDO.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar parte de la protección jurídica que ofrece el ordenamiento jurídico español frente al fenómeno de la discriminación por razón de etnia o raza.

Debido a la universalidad de ese fenómeno será necesario que en determinados momentos hagamos hincapié en la dimensión a nivel regional e internacional del mismo, de forma que podamos comparar, a fin de comprenderlo mejor, cómo es tratado jurídicamente desde otros ordenamientos diferentes al nuestro.

Parte de la gravedad del fenómeno de la discriminación racial o étnica reside en que ha evolucionado históricamente habiendo sido capaz de introducirse dentro de casi todos los aspectos de la vida en sociedad. Esto implica, entre otras cosas, que, a nivel individual, a las personas afectadas se les dificulte el ejercicio de los derechos y obligaciones consustanciales al estado social y democrático de derecho, mientras que a nivel colectivo puede llegar a actuar segregando parte de una sociedad que a su vez forma parte de un proyecto llamado Europa donde uno de los objetivos es la integración de sus miembros.

El objeto de estudio se abordará desde una perspectiva jurídica, con el fin de analizar qué planteamientos y estrategias ofrecen un mejor resultado para tratar los efectos de este fenómeno en la actualidad y en qué aspectos podría mejorarse, apoyándonos para ello en aspectos sociológicos, políticos y económicos, pero sin entrar a analizar en profundidad la dimensión histórica del fenómeno pues las causas que lo han originado han evolucionado de forma constante. En este sentido sirva de ejemplo en materia de discriminación general las nuevas manifestaciones de la misma como la conocida aporofobia o resentimiento hacia los mendigos.

En relación con lo anterior, se realizará en primer lugar una introducción de la evolución del fenómeno de la discriminación por raza o etnia aclarando algunos conceptos ambiguos y concretando su definición. Analizaremos posteriormente una serie de aspectos relevantes que por su actualidad y peculiaridades sirven como ejemplo ilustrativo de las distintas formas de tratamiento que se le da a la discriminación por razón de etnia y raza en el

ámbito jurídico penal relativo a la comisión de delitos o faltas; en el civil, en relación a las relaciones entre particulares; en el administrativo, referido a las relaciones entre administración y los administrados; así como el laboral, respecto de las relaciones empresario y trabajador o de éstos entre sí. Se excluye, no obstante, de este análisis el ámbito jurídico militar por el especial ámbito al que este se circunscribe y que lo aleja, a efectos de nuestro estudio, de prácticamente la totalidad de la sociedad civil que es donde este fenómeno se desarrolla con más claridad e intensidad.

El objetivo no es otro que destacar las diversas formas de protección jurídica que encontraremos según el ámbito concreto, de forma que pueda apreciarse y contrastar su grado de eficacia y así en el apartado de conclusiones generales puedan servirnos de referencia para establecer normas cada vez más precisas respecto a este fenómeno, combinando las observaciones obtenidas en los distintos ámbitos.

II- INTRODUCCION A LA DISCRIMINACIÓN POR ETNIA O RAZA.

En la edición de un diario cualquiera podemos encontrar dentro de la sección de empleo ofertas de trabajo dirigidas solamente a nacionales españoles; en la de oportunidades, inmuebles en alquiler vetados a extranjeros; en la sección local, casos de denuncia de senegaleses por negación del acceso a establecimientos públicos, amparándose sus encargados en el derecho de admisión; en la sección provincial, casos de bullying en centros escolares contra alumnos rumanos; agresiones en la sección nacional, como la de Carlos Palomino en el metro de Madrid. Mientras que en el apartado internacional, noticias como la expulsión indiscriminada de gitanos rumanos por parte del gobierno de Silvio Berlusconi en Italia, el incremento del apoyo electoralista al partido francés de Marine Le Pen, o la matanza indiscriminada de Anders Behring Breiviken, en Noruega. Todos ellos, sucesos acaecidos en estos últimos cinco años y, que pese a su aparente heterogeneidad, pueden compartir un mismo denominador común, un trasfondo ideológico de contenido racista que trata de justificarlos en todo o parte.

Algunos de estos sucesos se desmarcan en función del impacto mediático que son capaces de generar en la opinión pública y que dados los intereses comerciales de los medios de comunicación suele estar relacionado con la viabilidad de explotar los elementos sensacionalistas presentes en cada uno de ellos, lo que contribuye a que en la memoria social se genere la idea de que el fenómeno del racismo es tan sólo un fantasma propio del siglo XIX vinculado a políticas como el Apartheid, doctrinas como el antisemitismo o sucesos como el Holocausto por parte del régimen nacionalsocialista alemán de la II Guerra Mundial, que a día de hoy, frente a una irrevocable globalización, está condenado a extinguirse y tan sólo percibamos coletazos esporádicos producto de mentes “enfermas” u organizaciones aisladas, pero ésta no es la realidad.

La discriminación es una práctica que continúa vigente incluso en las democracias más avanzadas; implica que una persona o colectividad sea tratada de manera menos favorable en el ejercicio o reconocimiento efectivo de los

derechos respecto de otra que se encuentra en su misma situación, entre otras razones por motivos étnicos o raciales¹.

Esto se debe a que el fenómeno del racismo ha ido evolucionando desde sus orígenes² hasta el presente, ha sabido adaptarse al fenómeno de la globalización y aprovechando la falta de una conciencia crítica cada vez más desarrollada, ha llegado al punto de que en muchos aspectos determina nuestra propia identidad sin que seamos capaces de percibirlo, bien por su dificultad a la hora de identificar con claridad determinados tipo de conductas o por la ausencia de elementos sensacionalistas en su resultado que nos orienten. La tradición y la costumbre como elementos de identidad cultural pasan a ser así un buen mecanismo para su continuidad.³

La ciencia ha demostrado que el concepto de raza⁴ es un anacronismo que carece de base cuando se pretende con él vincular a una colectividad de individuos desde el punto de vista genético para diferenciarlos de otro. Se trata de una construcción política del individuo, como sucede con las lenguas, cuyo contenido depende de forma arbitraria de aquel que lo defina. Los vínculos comunes que mantienen ligados a los individuos de una colectividad mediante el desarrollo de una identidad propia son las costumbres, la lengua, tradiciones, la historia...elementos que configuran lo que se conoce como etnia⁵.

¹ Así la recomendación N° 7 de política General de la ECRI de 2002 define el racismo como “la creencia de que por motivo de raza, color, idioma, religión o nacionalidad o el origen nacional o étnico, se justifica el desprecio de una persona o grupa de personas o la noción de superioridad de una persona o grupo de personas”. Disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/compilations_en/compilation%20recommandation%201-10%20espagnol%20crio7-38.pdf

² El racismo es un fenómeno histórico cuyo germen, en parte, se gesta a partir de la colonización española en América desde 1492 con la “limpieza de sangre” de cristianos frente a judíos y árabes que culminó con la expulsión de estos por parte de los reyes católicos. Pero su orientación política es relativamente reciente, será Joshep Arthur quien en 1823 lo formule en su “Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas” con estas pretensiones, amparado en aspectos biológicos como respuesta a las revoluciones liberales precedentes.

³ El papel de la invención de la tradición como elemento estabilizador en las sociedades se analiza en, HOBSBAWM Eric, *La invención de la tradición*, Ed. Crítica 2002.

⁴ De la inexistencia de la raza pero la existencia del racismo, MARÍN GONZÁLES, José, “Las razas biogenéticamente, no existen, pero el racismo sí, como ideología”, *Revista Diálogo Educacional*, 2003. Págs. 107 y ss.

⁵ En este sentido destaca la sentencia del TEDH asunto Timishev contra Rusia de 13 de Diciembre de 2005: “La etnicidad y la raza están relacionadas y son conceptos que se solapan. Mientras la noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres...la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales... Una discriminación debido a la etnicidad real o percibida de una persona es una forma de discriminación racial”.

Este término ha sustituido en la práctica al anterior, no obstante, el racismo se sigue proyectando en su forma básica como concepto de superioridad racial, que va más allá del sentimiento de rechazo propio de la xenofobia al extranjero, o de arquetipos de estructuras sociales basadas en la capacidad adquisitiva o la familia, como las sociedades clasistas basadas en castas. En estos casos, la jerarquía se basa en la tolerancia del grupo que está fuera de un nivel determinado, mientras que el racismo⁶ se basa en el sometimiento del considerado inferior, pero también en forma de xenofobia hacia el extranjero, hacia las “razas extranjeras”.⁷

Como doctrina ideológica, el racismo se ha justificado progresivamente en la biología, historia, geografía, religión o pseudociencias⁸. El racismo biologista, basado en la jerarquía de la raza blanca por encima de las demás, ha mutado para adaptarse al desarrollo de la normativa internacional en materia de no discriminación, de forma que la aversión ya no reside en la raza como elemento determinante de una identidad, sino en los elementos culturales propios de una colectividad que determinan esa identidad.

Así, nacen nuevas formas de racismo que predominan en la actualidad como las simbólicas (en las que los valores sociales máximos a los que podría aspirar el ciudadano medio se niegan a otro grupos por ser estos la aspiración de una cultura propia que ha trabajado por ello), el racismo adversivo (cuya justificación se encuentra en relación currículo histórico, por ejemplo belicista, de una comunidad concreta y a las relaciones internacionales del país al que pertenezca), o el sutil (basado en exagerar las diferencias culturales sobre todo en elementos tradicionales y la incapacidad de asimilar estos de forma eficaz por otras comunidades).

La manifestación externa del racismo, por mínima que sea, es común a todos sus fundamentos, pues implica adoptar actitudes discriminatorias

⁶ No obstante el término racismo es empleado incluso por instituciones internacionales para proteger a aquellos grupos percibidos de forma general como “raza” diferente donde se les causa vulnerabilidad, como se contempla en la Recomendación N^o 7 de Política General de la ECRI de 2002.

⁷ Los fundamentalismos culturales son un ejemplo de ello, las ideas de un etnocentrismo hostil y los conflictos históricos entre comunidades de individuos configuran los baremos que determinan el nivel de riesgo para la convivencia que puede suponer una etnia inferior respecto de otra.

⁸ Como el caso de la Frenología, desarrollada por Franz Joseph Gall en 1800, basada en determinar la personalidad y carácter en base a la forma y tamaño del cráneo y que fue considerada como ciencia hasta el siglo XX.

raciales que, salvo aquellos casos que contribuyan a facilitar la igualdad a través de medidas que favorezcan al colectivo discriminado, implica considerar una etnia o raza como superior a otra. Por tanto, los principales problemas que presenta la discriminación racial son:

a) la heterogeneidad de sus fundamentos, no existe una sólo respuesta que los desvirtúe a todos a la vez desde una única disciplina.

b) el hecho de que la interiorización de algunos prejuicios raciales, generan en agresores y víctimas indiferencia hacia aquellas conductas que rozan el límite de la discriminación racial.

c) detectar cuando verdaderamente se sobrepasa la línea y la víctima ve realmente afectado el ejercicio de sus derechos y obligaciones, pues aunque a veces su manifestación es clara sus efectos no lo son, y viceversa.

Si bien las formas de manifestación de actitudes discriminatorias raciales son diversas, conforme a la normativa internacional se caracterizan por la presencia de tres rasgos. De un lado, por la existencia de un trato desfavorable en la medida en que se dificulte el ejercicio de un derecho o deber. Este puede presentarse de múltiples formas como la segregación, la preferencia, la exclusión... De otro, por la existencia de un motivo basado, en este caso, en la pertenencia a una raza o etnia concreta, sin importar la razón de fondo por el que se pretenda discriminarla. Y por último por la inexistencia de una justificación permitida. No obstante existen supuestos donde la diferencia de trato queda jurídicamente legitimada cuando con ello se pretende la igualdad, así lo ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos humanos⁹.

Pese a que el derecho internacional reconoce básicamente dos formas de discriminación¹⁰, académicamente y en función de la disciplina en la que nos

⁹ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Finci contra Bosnia Herzegovina de 22 de Diciembre de 2009, donde se establece en su párrafo 44 que el artículo 14 no prohíbe al estado tratar de modo diferente a un grupo para corregir desigualdades de hecho.

¹⁰ La recomendación N° 7 de Política General de la ECRI de 2002 distingue de forma general entre la discriminación racial directa y la indirecta, aunque la Directiva 2000/43 de la Unión Europea ya había definido el concepto de acoso por motivos raciales.

movamos podemos localizar distintos tipos de de éstas, que de forma abierta y libre podemos clasificarlas¹¹:

A) POR SU MANIFESTACIÓN:

1. Las directas: Implica que en una situación análoga entre dos personas una reciba un trato más desfavorable y que a su vez pueden clasificarse en:

- **Expresa:** Si se recoge en un texto legal o una norma, es el caso de la prohibición de entrada a X razas un establecimiento público mediante un cartel que lo indique.

- **Presunta:** Cuando no queda tan clara pero puede apreciarse, como sería el caso de dos candidatos con idéntica preparación que intentan acceder a un mismo puesto de trabajo y la decisión se toma en términos raciales.

2. Las indirectas: Implican que ante situaciones aparentemente neutras se produzcan desventajas en función de la raza, aunque no haya una intención concreta de daño por parte de quien las causa o consiente, sirva de ejemplo el maestro de una escuela encargado de supervisar el recreo de los niños, que ve como en los juegos de patio se carga continuamente contra uno en concreto por su consideración racial y no interviene por considerarlo juegos de niños.

B) POR EL NÚMERO DE FACTORES EN QUE SE BASA LA DISCRIMINACIÓN:

1. Única: Donde el elemento racial o étnico es la base de la discriminación, sería el caso de un comerciante que se niegue a atender a un gitano por serlo.

2. Múltiples: Aquellas en las que confluyen distintas causas de discriminación, y que podrían clasificarse en:

- **Estrictas**¹²: Cuando en una misma persona se dan varios elementos discriminatorios, como los casos de mujeres gitanas en Macedonia.

¹¹ Clasificación que parte y se completa según la establecida por el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia y disponible en la dirección web de <http://www.oberaxe.es/files/datos/4ec3a9f707c2a/informeAnual2010.pdf>

¹² Amnistía Internacional «Little by little we women have learned our rights»: The Macedonian government's failure to uphold the rights of Romani women and girls. Donde se destaca el caso de las mujeres Romanías en Macedonia a las que, en conclusión, se las

- **Compuestas:** Cuando una de las causas refuerza a la otra. Por ejemplo cuando a unos trabajadores, en función de su raza, solo se les contrata para puestos que los mantengan cercados y canalicen un nicho de mercado formado sólo por clientes de su raza.

- **Interseccionales:** Son aquellas discriminaciones que sufren las víctimas de una identidad cultural concreta y que se ve reforzada por estereotipos sociales. Este sería el caso de los matrimonios forzados a mujeres, que no sólo responden al peso del papel del hombre en el matrimonio sino a la fragilidad de la mujer como persona independiente.

C) POR EL ÁMBITO DE EXTENSIÓN DE LOS EFECTO EN LA PERSONA O GRUPO DISCRIMINADO:

1. Relativas: Si afectan a una situación y momento concreto, por ejemplo cuando un portero de una discoteca decide sobre la marcha prohibir la entrada a una persona o grupo concreto.

2. Acoso discriminatorio: Aquel tendente a crear un ambiente continuo, intimidatorio, hostil y degradante para la persona o comunidad. Como pueden ser algunos supuestos de acoso escolar que se repiten durante todo el curso lectivo.

D) OTRAS:

1. Por error: Aquellas en las que alguien puede sufrir un tipo de discriminación al considerársele perteneciente a una raza o etnia concreta, por su aspecto, cuando no es así.

2. Por miedo a la asociación. Las que se basan en ver peligro en la unión de grupos de personas de raza distinta.

3. Por victimización. Es la más empleada por los medios de comunicación, en base al uso y exageración de los elementos sensacionalista de cada caso concreto. Contribuye a la explotación, desarrollo o reinvención de estereotipos raciales típicos, sirva de ejemplo un informativo cualquiera que retransmite por televisión una pelea entre dos personas e incide constantemente en la condición

discriminaba en relación a cuatro factores. Esto es, por el hecho de ser mujeres, ser Romaníes, carecer de recursos económicos y por carecer de documentación oficial.

gitana de uno de ellos al tiempo que se pasan imágenes de barriadas periféricas y marginales, relacionándolas con sucesos negativos anteriores.

No obstante, existen actuaciones basadas en la diferencia de trato por motivos raciales o étnicos, pero tendentes a la protección de la raza, que aceptadas por la comunidad internacional como mecanismo para armonizar las desigualdades. En esta línea encontramos la acción positiva, conocida como “discriminación” positiva o inversa, tendente a favorecer a los etiquetados dentro de una raza a la que se perjudica por ello. También la diferencia de trato mediante ajustes razonables, basados no tanto en una protección directa sino en armonizar la convivencia. Exceptuando éstas, cabe destacar que el resto de formas de trato diferentes se basan en la discriminación racial, que a falta de argumentaciones más sólidas, se apoyan en mayor o menor medida en el estereotipo como fundamento, de manera que mediante un mecanismo general de antecedente se juzga y predice el comportamiento de un individuo por su raza. Esta se construye¹³ en base a justificaciones como la negación de la existencia de la discriminación, el culpar a la víctima, la búsqueda de “cabezas de turco”, la funcionalidad de la discriminación...

Estas construcciones aprovechan fenómenos sociales como el turismo, la inmigración, los conflictos bélicos... y se retroalimentan entre sí a través de canales de comunicación básicos como las redes sociales, la familia y el contacto directo basado en malas experiencias personales, cuya falta de objetividad no ofrece la posibilidad de contraste una vez la idea ha sido generada.

En España, actualmente, se ha comprobado que la discriminación racial afecta sobre todo a las poblaciones gitanas y magrebíes, e incide con más fuerza en el campo de la vivienda y la convivencia entre vecinos, el empleo y las relaciones con las fuerzas cuerpos de seguridad del estado.¹⁴ Pero su estudio en profundidad presenta dificultades ya que no existe una estructura institucional pública o privada que de manera global pueda ofrecer un análisis exacto de la

¹³ BAR-TAL, Daniel. “Formación y cambio de estereotipos étnicos y nacionales”, en revista *Política Política*, N^o9, 1994, págs 21 a 49.

¹⁴ CACHÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo “La discriminación por motivos de origen en el mercado laboral” en AAVV *Empleo e integración. Estrategias de comunicación para la promoción de la igualdad de trato*, 2003. Donde en relación a la inmigración, señala como la tercera etapa en España ha generado cambios visibles que alimentan la estereotipia: el inmigrante residente, la reestructuración del mercado laboral, problemas administrativos de permisos de residencia que trascienden a la opinión pública...

discriminación racial en España. A nivel estatal el Eurobarómetro de la Comisión Europea y el reciente Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia elaboran informes de nivel nacional, las comunidades autónomas y municipios cuentan con sus propios observatorios, entidades privadas hacen lo mismo y las ONG también desarrollan iniciativas similares, pero sigue faltando unidad de actuación frente a un problema heterogéneo en su naturaleza, su desarrollo, sus formas de manifestación y sus soluciones.

En un estado democrático, social y de derecho como el nuestro, la discriminación como negación de igualdad, impide la convivencia en libertad y, por lo tanto, el fundamento básico de la democracia. El desarrollo de una conciencia crítica de forma autónoma facilita la participación inclusiva de todos sus miembros en el marco de una sociedad más justa y libre.

De esta forma, tanto a nivel internacional como nacional se ha ido desarrollando una normativa cuyo punto de partida es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales prohibiendo expresamente la discriminación, entre otros, por motivos de raza, que posteriormente se desarrollaran en las primeras normas concretas como son las Declaración de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1963 y su desarrollo posterior con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965¹⁵ y que en el caso de España culmina en nuestros días con la puesta en marcha del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico y el fracaso del Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.¹⁶

A lo largo de las siguientes páginas y desde una perspectiva puramente jurídica, intentaré realizar un análisis de la normativa existente en España en los distintos órdenes jurisdiccionales dirigida a proteger a aquellas personas o

¹⁵ La primera como antecedente de la segunda unificaba criterios para la lucha contra la discriminación racial, por su parte la otra contenía los tres puntos básicos que inspiraron el desarrollo de normativas nacionales en esta materia: "Todos los hombres pertenecen a la misma especie, la división en razas no implica jerarquía y el desarrollo cultural de cada pueblo está relacionado con su historia que no con factores biológicos."

¹⁶ Cuyos tres objetivos básicos era la ampliación de los recursos jurídicos de quienes sean discriminados, la identificación y el estudio de las causas de discriminación, y la sensibilización de la ciudadanía.

grupos que por razón de etnia o raza puedan ser víctimas de discriminación. De igual forma, trataré de analizar la relación con la normativa internacional vigente en cuanto a fundamento de la normativa española. Excluiré el orden jurisdiccional militar por las peculiaridades del mismo y las variantes que podrían derivar en caso de conflicto bélico.

Tanto el racismo como la discriminación constituyen un objeto de estudio que implica muchas disciplinas, un análisis jurídico de su situación puede servir para concretar cuáles son los aspectos que verdaderamente pueden suponer una amenaza para la convivencia en democracia, también como se ha ido adaptando a ella hasta encontrarse vigente y en algunos aspectos con más fuerza que nunca en nuestros días.

III: ÁMBITO JURÍDICO PENAL

A-INTRODUCCIÓN.

Nuestro ordenamiento jurídico penal, dentro de las distintas manifestaciones que presenta la discriminación producto de la intolerancia, tipifica entre otras una serie de conductas que se justifican por razones étnicas, raciales o vinculadas con éstas.

Se trata de una serie de tipos caracterizados, en muchos casos, por una naturaleza pluriofensiva, de difícil determinación en cuanto al bien jurídico protegido y tipificado de formas diversas que implica entre otras cosas cierta falta de coherencia en su organización sistemática dentro del código penal¹⁷.

La evolución legislativa de estos tipos penales ha sido progresiva¹⁸ y si bien se ha ido tratando de hacer frente a las nuevas amenazas que surgían, producto de la capacidad mutable de la discriminación que mencionamos anteriormente, la respuesta desde un punto de vista técnico se ha traducido en la falta de coherencia de algunos aspectos. Esto ha implicado que, actualmente, pese a que el grueso de la regulación en material penal respecto de la discriminación por razón de etnia y raza se contempla en la parte especial del código¹⁹, la parte general también contiene regulación al respecto en el artículo 22.4²⁰, mediante el cual se protege el derecho a ser diferente al amparo del reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad mediante una

¹⁷ En este sentido Rafael Rebollo tilda en cierta medida de “cajón desastre” a la Sección I del Capítulo IV (Artículos 510 a 521), donde se articulan delitos destinados a garantizar la protección del derecho fundamental a la no discriminación entre particulares por razón de raza...que se configura como el bien jurídico protegido. Mientras que del 510 al 512 se refieren al abuso de otros derechos y libertades, como el de reunión, manifestación y asociación. *Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos. Revista de Derecho vol. 2, núm. XXVII, 2006, pp. 223-242.* Disponible en <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=173620140008>.

¹⁸ De hecho, el impulso determinante se produce a partir de la década de 1990 por factores como el crecimiento de los movimientos ideológicos de extrema derecha, como respuesta a aumento de la inmigración ilegal en Europa y en nuestro país, condicionado a su vez por factores socioeconómicos. *“Evolución del racismo y la xenofobia en España, informe 2009”*. M^a Ángeles Cea D’Ancona y Miguel S. Valles Martínez. *Para OBERAXE y disponible su lectura en <http://www.oberaxe.es/files/datos/4b26574eb2f66/Informe2009.pdf>*.

¹⁹ Código Penal artículos 510 y siguientes.

²⁰ Artículo 22.4 CP 1995: “Son circunstancias agravantes... Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la... etnia, raza o nación a la que pertenezca,....” Que se aplico con éxito es la sentencia de la AP Madrid 717/10 de 28 /6/ 2010 en relación a la agresión sufrida por Miwa Buene cometida bajo motivos racistas que supuso una lesión física que derivó en tetraplejía.

agravante que opera en aquellos delitos donde la discriminación, por razón de etnia o raza, no forme parte del tipo básico que complementa el desarrollo de la normativa especial en esta materia. Si bien la regulación existente en la parte especial se centra en tipos concretos, este artículo trata de cubrir, en cierta medida, una generalidad de supuestos cuya concreción es tan difícil como la prueba de la existencia de un móvil discriminatorio que dé lugar a valorar la agravante.

De otro lado, la regulación no ha sido cronológicamente precisa. De hecho, el carácter cerrado de algunos artículos, bajo la intención de abarcar la generalidad de casos, ha supuesto una dificultad para hacer frente al fenómeno de la intolerancia cuando se presentan nuevas necesidades, pues es ante todo un fenómeno que está lejos de estancarse, prueba de ello es el caso de las nuevas tendencias intolerantes de discriminación que carecen de mención penal concreta, como la aporofobia, contra aquellos que, por carecer de medios suficientes, se ven forzados a vivir en la indigencia.

Respecto del grupo de artículos que puede interesar, me centraré en los aspectos más problemáticos que suponen para la práctica de la protección efectiva contra la discriminación por razón de etnia o raza, aunque esto implique en algunos casos analizar posiciones doctrinales que pueda parecer se circunscriben más al plano teórico. Por tanto, para el estudio de esta regulación puede optarse, siguiendo a la profesora Rodríguez Yagüe²¹, por agrupar los distintos artículos atendiendo a dos aspectos. El primero, según el modo de protección del bien jurídico concreto bien de manera directa o indirecta, esto es, protegiéndose éste mediante otro. El segundo, en función de si esa protección se proyecta de forma individual o dirigida a grupos o colectividades.

B-PROTECCIÓN DIRECTA SOBRE EL INDIVIDUO.

Este primer grupo tiene como referencia que la discriminación se concreta en el elemento individual²² y englobaría los artículos 511,512 y 314.²³

²¹ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina "Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español". Dos mil-tres mil, 2007. Esta clasificación permite entre otras cosas apreciar como el legislador se mueve en los extremos que van desde los supuestos evidentes discriminación racial o étnica a colectivos o grupos, hasta los difusos contra individuos concretos.

²² Tamarit Sumalla hace hincapié en el hecho que el sujeto activo en este caso es "una persona", lo que concuerda con la causa de discriminación por razón de nacionalidad que

El artículo 511 tipifica, en su primer apartado, un delito de omisión referente a una conducta cuyo resultado consiste en la negación de una prestación concreta que tenga la consideración de servicio público por parte del particular ²⁴encargado de llevarla a cabo respecto del solicitante, un individuo o grupo, cuyo derecho ha sido reconocido previamente (mediante regulación) y cuya titularidad recaiga en la administración, independientemente de la configuración de ésta respecto de su ámbito geográfico y la forma de gestión, en la medida que se entiende que lo que está negando es la dignidad inherente al reconocimiento de esa prestación²⁵.

En su segundo apartado, se refiere a grupos o colectivos y en este caso surge el problema de la consideración como requisito previo del reconocimiento de su personalidad jurídica como grupo. Esto plantea ciertas dudas, por lo que podemos inclinarnos a entender que es necesario, si la propia prestación así lo exige, sobre todo, teniendo en cuenta que el artículo alude a grupos regulados, tanto en el marco del ámbito del derecho público, como el del privado. Al contemplar esa doble posibilidad parece lógico estar a la exigencia de ésta que no a otros factores. Por ello la dimensión del bien jurídico protegido no se centra en el aspecto colectivo, ya que ese reconocimiento jurídico previo puede servir de control para solicitar la prestación, sino en la lesión individual que sufre la persona discriminada como parte del grupo.

también se protege. SUMALLA TAMARIT, José María *“Comentarios a la Parte especial del Derecho penal”*, QUINTERIO OLIVARES, dir. Ed.Aranzadi, 2007. Lo que sirve para hacer frente a la evolución del fenómeno de la discriminación racial o étnica cuando es extrapolada al fenómeno de la nacionalidad.

²³ El Artículo 511 señala que: “1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón...su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional...2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de... etnia o raza. 3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años”.

Por su parte el 512 regula: “Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de... su pertenencia a una etnia, raza o nación... incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años”.El Artículo 314 será objeto de examen más adelante en el apartado vinculado con el derecho laboral

²⁴ Por lo tanto las personas referidas en el Artículo 22.3 encajan en el tipo recogido en el artículo 511.3.

²⁵ Se tipifica en este caso por ejemplo el comportamiento de un particular (no funcionario) encargado de un servicio público, independientemente de la forma de gestión como el caso de una empresa que suministre electricidad, gas o telefonía.

La pena en los supuestos anteriores se agrava en el caso de los funcionarios, como se refiere en el punto tercero, y que, por razones de especialidad, podemos entender que en colisión absorbe al 404²⁶. No obstante podría criticarse que este delito de resultado tipifique sólo la negación de una prestación omitiendo el proceso de su concesión, como sucede en muchos casos, el trámite de la misma puede verse influenciado por formas de discriminación concretadas; por ejemplo, en una actitud del funcionario un tanto hostil que conlleve explicaciones técnicas y difusas, falta de tacto en el trato... si de lo que se trata es de sancionar la no prestación de un servicio por razones de discriminación, obviar que ésta pueda tener lugar durante los trámites de concesión desnaturaliza en parte la protección. No obstante, aún contemplando que el artículo la tipificase, nos encontraríamos en ese caso con el problema de la prueba. Parece que el Legislador en este caso se centra en que la discriminación se concrete en una respuesta negativa, pero incluso la satisfacción de una pretensión o una respuesta afirmativa que llegue con retraso o que se tramite como mencionábamos anteriormente también puede ser manifestación de una discriminación.

En relación con el artículo 512²⁷, la dimensión individual respecto del sujeto pasivo se centra en el elemento privado de la relación que mantendría con el sujeto activo en el marco de una actividad profesional o empresarial. A diferencia del anterior artículo la prestación que se pretende no tendrá la consideración de servicio público, por lo que no se precisa el elemento del reconocimiento del derecho concreto a través de una regulación que la reconozca expresamente independiente de que se trate de un individuo o grupo, así lo que entra en juego es la libertad para adquirir o contratar servicios.

El problema reside en la consideración del elemento de la autonomía privada y el valor que ésta tenga en cada regulación sectorial, sobre todo teniendo en cuenta que el principio de intervención mínima en el derecho penal hace en ocasiones que la sanción administrativa dificulte su aplicación, como es

²⁶ Artículo 404: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”.

²⁷ Artículo 512: “Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de... su pertenencia a una etnia, raza... incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años”.

el caso del ejercicio del derecho de admisión en establecimientos abiertos al público y que trataremos posteriormente²⁸. No obstante, determinadas actividades privadas de interés público, como podría ser el caso de las farmacias (que precisan autorización administrativa para su ejercicio) podrían posibilitar su inclusión en los tipos del 512 atendiendo al servicio que ofrecen, ya que esto serviría como refuerzo lógico del propio artículo, respecto de la consideración del sujeto como administrado, por lo que se hace imprescindible delimitar el concepto del servicio público en juego.

Lo que este artículo no recoge son supuestos donde el ámbito sea estrictamente privado, es decir, aquellos supuestos en que lo que se solicite pueda ser libremente concedido bajo criterios discrecionales, aunque se fundamente en esas razones, como por ejemplo, sería el caso de la negativa a alquilar un inmueble a una persona de etnia gitana por esta condición. El elemento subjetivo del foro interno de la persona es relevante en este artículo respecto de los anteriores, pues se desprende que el legislador ha centrado su protección del derecho a la no discriminación respecto de determinados derechos reconocidos en calidad de ciudadano, mediante la protección jurídica de su participación social como administrado, empleado o cliente, pero tal y como se observa respecto de la concreción de las penas, a medida que se aleja la vinculación del ciudadano como administrado a la relación entre particulares, éstas disminuyen.

C- PROTECCIÓN DIRECTA SOBRE EL GRUPO.

En este caso, el bien jurídico protegido sigue siendo el mismo que los anteriores, pero con la diferencia de que se proyecta sobre la dimensión colectiva del sujeto pasivo, y estaría comprendido por los artículos 510, 515 y 607.²⁹ El denominador común a éstos es la dimensión colectiva del bien

²⁸ En esta línea STS de 29-9-1998 (RJ 1998/6467) en la que el dueño de un concesionario de coches se negó a atender a una persona de origen racial negro, diciéndole “yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos, ni a moros”.

²⁹Artículo 510: “1.Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a ... pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional... serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a...la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional”.

jurídico protegido, en la medida que se sancionan las conductas que tienen repercusión en unas colectividades concretas, en el marco de una sociedad multicultural, donde se pretende la convivencia plural de sus miembros.

Se trata, por tanto, de evitar que, de un lado, determinados planteamientos, lógicas, estereotipos... influyan sobre la conciencia crítica del ciudadano, de forma que contaminen el clima de convivencia en la medida que crear, mantener o empeorar la marginalidad contra un colectivo determinado, por razón de etnia o raza. De otro, que lo anterior se materialice en estructuras de grupo. De esta forma, los tres delitos se articulan respecto de un estado previo a la lesión del bien jurídico, al intervenir en el momento en que se dan los elementos generadores de un clima de discriminación hacia colectivos concretos. Se trata de delitos donde calcular y demostrar el posible daño se hace así más complicado.

El artículo 510, sancionando, por un lado, la provocación al odio, violencia, discriminación, por otro, la injuria orientada a la provocación, ha evolucionado normativamente³⁰ hasta su configuración actual, cuya naturaleza lo abre a interpretaciones que incluso definen, por ejemplo, el punto primero como un delito de “peligro abstracto”, que crea condiciones concretas para ser aprovechadas por otros en el futuro³¹.

En su primer párrafo, se tipifica el concepto de provocación normativo, que se recoge en el artículo 18 de la parte general, lo que puede invitar a realizar una interpretación autónoma o conjuntos entre ambos. No obstante, desde un punto de vista intermedio del artículo anterior se extraerían que para determinar la conducta típica del 510.1 se precisa:

Artículo 515 : “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón ...la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación”.

El Artículo 607.3 tipifica en relación a los delitos de genocidio: “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”. Respecto de esta la expresión “nieguen” fue declarada inconstitucional y nula por la Sentencia del TC 235/2007 de 7 de noviembre de 2007.

³⁰ Deriva este del desarrollo de los artículos 165 y 181 del CP anterior por reforma de 1983, recogíendose posteriormente por L.O 4/1995 la forma agravante de discriminación en el artículo 10 y la provocación en el 165 ter, hasta su posterior configuración actual.

³¹ García Álvarez considera que la provocación, como acción típica, crea unas condiciones para ser aprovechadas por otros a futuro. GARCÍA ÁLVAREZ, P. *El Derecho Penal y la discriminación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 página 227.

a) La existencia de publicidad que llegue a una colectividad, independientemente del medio de divulgación, superando así el ámbito de lo estrictamente privado.

b) La incitación o provocación debe de ser directa³², en la medida en que se consiga orientar la voluntad del emisor en el receptor para cometer una conducta antijurídica discriminatoria (una omisión arbitraria por ese motivo, un trato desfavorable al legalmente exigido...), violenta (una lesión, un homicidio...) o de odio.

Pese a que su desarrollo se hace al amparo de los derechos de libertad e igualdad reconocidos en la CE, en los artículos 10 y 14, este delito se ve influenciado por los derechos constitucionales recogidos en los artículos 16 y 20 de la CE en la medida que reconocen la libertad ideológica y de expresión.

Este artículo presenta problemas de concurso en relación al 22.4 (por ejemplo, en supuestos donde la provocación a ejercer violencia se concrete en un delito de lesiones); en función de qué artículo apliquemos la pena será diferente, lo que afecta negativamente a la valoración del conjunto de la normativa penal en esta materia. También presenta dificultades la interpretación, en cuanto a su redacción, ya que de su lectura literal extraemos, por ejemplo, que entre los motivos por los que se provoque la discriminación, odio y violencia, se distingue, de un lado el racismo y, de otro, el antisemitismo. Resulta confusa esta subdivisión, si bien el antisemitismo tiene como razón de ser un grupo que históricamente ha sido objeto de diversas formas de discriminación dentro y fuera de España, resulta complicado que la provocación que se tipifica hacia éste pudiera realizarse por otras vías que no pudieran quedar englobados dentro del denominador común del racismo.

También presenta problemas el elemento del odio pues su regulación jurídica es muy complicada, al tratarse de un aspecto libre de nuestro fuero

³² El planteamiento de Coppelo defiende el carácter “directo” a fin de evitar la “antesala de la violencia” que cristalice posteriormente en un delito. “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. XIX. No obstante para Del Rosal Blasco esta matización no tiene sentido sobre todo porque la provocación de sentimientos en otra persona puede no llegar a materializarse nunca en la comisión de un delito, por ello, un acto de discriminación o violencia donde hay provocación directa se regula en el 510, mientras que la incitación indirecta no es punible en base al artículo 18 del CP “La provocación existe cuando directamente se ..., a la perpetración de un delito.” ROSAL BLASCO, Bernardo *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, 2005, págs 1053 y ss.

interno, y, cuya intervención, fuera de los casos donde se manifieste en una conducta delictiva, supondría invadir la libertad de pensamiento y expresión de la persona. El derecho penal sancionaría actitudes internas, de forma que, en la práctica, se hace una interpretación restrictiva del concepto de odio en este artículo. En este sentido, podría considerarse que, a través de la regulación del odio, se sobrepasan los límites del derecho penal y, por lo tanto, el precepto queda reducido a un mero símbolo de intenciones por parte del legislador, que demuestra su intención de regular el fenómeno de la discriminación en todas sus manifestaciones, sea cual sea el origen. Ante esto, puede considerarse que la provocación debe interpretarse siguiendo los parámetros del artículo 18.1, o que la provocación tipificada en el 510 tiene identidad autónoma, no siendo necesaria la incitación a cometer un delito a diferencia del otro.

Sin embargo, la provocación al odio, si éste se materializa posteriormente en un delito, podría tratarse desde la vía de la inducción, siguiendo al propio artículo 18, pero, ni desde éste, ni desde el 510, el odio es un delito, sino una emoción que pertenece al fuero interno de cada uno y que puede manifestarse de la forma que nosotros decidamos a veces incluso de forma de delito. De esta forma, la incitación directa del artículo 18 orienta las pautas de producción de actos de violencia y discriminación del 510, pero respecto del odio, cabría un tipo de incitación indirecta en la medida en que exista un riesgo real y potencial (en calidad de relación causa efecto, pero sin un resultado concreto en ese momento), pero aún así no se evita el mayor problema, que es el que el juez aprecie que mediante el dolo directo se ha conseguido generar un sentimiento humano de odio en otra persona que se materialice en violencia o discriminación. La propia naturaleza del proceso penal dificulta esto y, a falta de mecanismos procesales concretos, para evitar que este artículo se transforme en un mero símbolo o declaración de intenciones vacío, se necesita implicación del órgano judicial, en la medida en que pondere de forma eficaz la adecuación o no de la provocación.

No obstante, el peso del odio en la situación de determinados colectivos podría tenerse en consideración llevado al extremo, pero esto implicaría encontrarnos ante una situación en la que la provocación al odio generase una situación real de amenaza para la existencia de éstos, se trata de supuestos teóricos que difícilmente podrían hacerse realidad en países como España;

sobre todo, por el desarrollo del ordenamiento jurídico en su conjunto y la eficacia de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, pero que pueden dar una referencia en el extremo de la realidad que podría tipificar este artículo.

Si bien, aunque técnicamente la redacción no aclare suficiente, y su aplicación esté sujeta a múltiples interpretaciones, sirve al menos como referencia por parte del legislador para comprender la dificultad de regular un aspecto de la realidad social como es la intolerancia, cuyo punto fuerte reside en su capacidad de adaptación que aprovecha las opiniones que cada uno tenemos al tratarse de un elemento humano que nace en el fuero interno de cada uno³³.

La evolución jurisprudencial de este artículo parte de una orientación de su precedente, en el Código Penal anterior, hacia la figura de las injurias para posteriormente pueda interpretarse de forma restrictiva trayendo como consecuencias sentencias que no compartiendo un criterio único de interpretación lo que puede hacer parecer al artículo como un mero símbolo de intenciones por parte del legislador. Antes de la entrada en vigor del código penal actual, las sentencias del Tribunal Constitucional 214/1991 del caso “Violeta Freidchman contra León Degrelle” y la sentencia 176/1995 asunto “Makoki”, establecieron un punto de referencia en la medida en que declaraban no haber amparo legal al lenguaje del odio ³⁴en el ejercicio de la libertad de expresión cuando afecte a la dignidad humana como núcleo del derecho al honor.

En el nuevo Código Penal, el planteamiento del artículo 510 se vuelve restrictivo y su referente lo encontramos en la sentencia del asunto Librería Europa³⁵ cuyo criterio continúa siguiéndose en la actualidad³⁶. En la sentencia,

³³ Así y siguiendo a *Landa Gorostiza* y “la antesala del holocausto”, el autor propone una interpretación del artículo que también incluirá una nueva redacción del tipo tomando como referencia: la posibilidad de una situación crítica que suponga un riesgo de sufrir amenazas existenciales, la relevancia de la conducta (que no de los efectos), precisa la provocación y exigir con ésta una situación de amenaza coactiva sobre el grupo. LANDA GOROSTIZA, J. “Racismo, xenofobia y Estado democrático”. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* San Sebastián, Nº 18, 2004, págs 59 y ss.

³⁴ STC 214/1991 “Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión puede amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social”.

³⁵ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, que declaró inconstitucional la negación del genocidio tipificada en el artículo 607.2, donde en su FJ

intentando relacionar la conducta que se juzga con los principales planteamientos doctrinales, se demuestra la dificultad en la práctica de materializar la conducta típica en un hecho demostrable.

De esta forma, nos encontramos con que el delito de provocación al odio, considerándolo como un delito de sustantividad propia, podría tener lugar si supusiese un peligro para una colectiva concreta tal que su existencia estuviese amenazada o bien si lo relacionamos con el concepto de provocación que recoge la parte general se formularan un tipo de declaraciones que en relación causa-efecto se incitase a la comisión de un hecho delictivo concreto, ya que el odio como tal o generarlo no es delito. Con el consiguiente problema añadido que supone la dificultad de probar lo anterior en sede judicial.

Por todo lo anterior, la interpretación jurisprudencial de este artículo sobrepasa de tal forma la descripción del tipo que se pone en tela de juicio el carácter autónomo de esta figura³⁷.

Cabe destacar también que, si considerásemos que se trata de un delito de peligro abstracto, en caso de que los resultados de la provocación se materializaran en un delito concreto, nos moveríamos entonces dentro de la marco de la inducción, regulado en el artículo 18.2, corriendo el riesgo de aplicar una pena menor a la establecida por la sola provocación en función del delito materializado³⁸. Esto afecta directamente al principio de proporcionalidad de la pena y, por ende, al principio penal del *Ius Puniendi*, sobre todo porque en principio no hay justificación aparente para ello.

4 se señalaba que “la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aún cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática... el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución”.

³⁶ Al respecto el auto con fecha de 28/02/11 del Juzgado de Instrucción N° 1 de Madrid en relación al reparto de folletos contra Rumanos. O la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26/04/09 que restringe más el concepto en la medida que exige una actitud de auténtica hostilidad que se materialice en la presencia de un peligro real, próximo inminente.

³⁷ Frente a esta situación, autores como Coppelo o Gorostiza abogan por modificar la literalidad del artículo, de forma que el término “provocar” pase a ser “incitar”, lo que se correspondería en su literalidad además con la decisión marco de la que deriva al regulación. Y es que el término “incitar”, según la jurisprudencia española se concreta en: “mover o estimular a uno para una cosa”, como se puso de manifiesto en los asuntos *Hammerskin* (St. AP Madrid 79/09) y *Librería kalki* (St. AP Barcelona de 28/IX/09) y recientemente en Auto del TSJ de Cataluña, con fecha 3/3/11, donde se refería a la provocación al odio como incitación directa tendente a materializar conducta que sea delito.

³⁸ Por ejemplo, en un concurso de delito de lesiones del artículo 147.

Además, en caso de incorporarse los elementos del artículo 18 al 510, interpretándose la provocación como la incitación directa a cometer delito, no parece entonces que en la práctica tenga sentido el 510. En principio la voluntad del legislador era la represión de conductas de difusión del racismo.

Por su parte, la provocación a la violencia también presenta problemas en la medida en que una vez se haya cometido la provocación esta se puede recurrir a la vía de la inducción, pero esto le restaría sustantividad al artículo 510, el problema en cuestión llegaría si el delito incitado contempla la preparación de actos previos en su tipo, ya que, entonces, podría optarse por un delito de inducción de lesiones con agravante del 22.4, o bien, un concurso entre la provocación a la violencia y este último, con penas diferentes en ambos casos. No se puede establecer una regla general al respecto, por lo que se debe estar al caso concreto.

Una posible alternativa sería entonces la reformulación del artículo 510.1 en la medida que se interprete el artículo conforme con los requisitos del 18, pero obviando el elemento del odio (considerándolo como producto del fuero interno, que implica la libertad pura del individuo y que está al margen de cualquier tipo de regulación). Adecuando además las penas a un marco de coherencia que implique las razones de su especialidad, de forma que pueda ser aplicado en aquellos casos donde claramente el contenido discriminatorio pueda suponer un riesgo para el sujeto pasivo, donde sólo la mera provocación (tomando como referencia la realidad de ese colectivo concreto) pueda servir como detonante. De esta forma, podría invertirse el planteamiento del legislador que dio pie al artículo, y pasar a justificar su redacción para la prevención del odio de forma indirecta y no puramente desde el fuero interno, no como agravante o conducta del tipo, como hasta ahora se hace, sino como elemento que vaya más allá del puro simbolismo al tener en cuenta principalmente la realidad social del momento y el caso concreto en esa realidad, que es donde un elemento subjetivo del fuero interno, como el odio, puede dejarse ver.

Por su parte, el artículo 510.2 se configura como un delito agravado de injurias circunscrito al ámbito de la discriminación y xenofobia contra grupos y

asociaciones. Tipificando la difusión de información injuriosa³⁹, cuya falsedad sea conocida por el autor, este artículo desarrolla el tipo básico de la parte general correspondiente al delito de injurias.

No obstante, resulta llamativo la equiparación de penas en ambas partes cuando su identidad es bien diferente. De un lado, se equipara, desde el punto de vista de la sanción la difusión de injurias que no precisan de una manifestación material posterior con la provocación lo que sí la precisa (sea un acto de violencia, de discriminación o producto del odio). De otro lado, la diferencia no es sólo en base a los medios empleados para la provocación o difusión⁴⁰, sino que, además, mientras la provocación del primer apartado se puede argumentar desde cualquier tipo de conocimiento (histórico, biológico, filosófico...) y forma (opinión, análisis...); en el segundo, se difunden informaciones injuriosas, que no simples opiniones o valoraciones. Como se señalará posteriormente, la jurisprudencia ha delimitado el carácter de esa difusión al ámbito de las afirmaciones, por lo que la simple negación o puesta en duda de un hecho que se tenga considerado como verdad, no quedaría recogido dentro del tipo.

En relación con el artículo 607.2, este artículo⁴¹ complementa el apartado primero en la medida que tipificaba apoyar las conductas reguladas en éste a través de la negación o justificación (sea por adoctrinamiento, opinión, valoración...), para evitar el peligro que la difusión de este tipo de manifestaciones, a favor de determinados regímenes, pueda producir en la consolidación de un clima de racismo y discriminación respecto a unos colectivos concretos. Esto presenta un problema inicial de aplicación del artículo a la hora de valorar la realidad de los hechos negados o justificados, lo que para el juez supone una labor adicional de interpretación histórica, política, social... de los hechos, además del problema de la colisión con derechos constitucionales como la libertad de expresión. Frente a ello una posible alternativa es conectar la negación del genocidio con la definición de apología

³⁹ Injurias reguladas en el artículo 218 y ss. del CP, siendo determinante que su comunicación pueda llegar a terceros.

⁴⁰ Difusión según lo regulado en el artículo 18 del CP.

⁴¹ Art. 607.2 : “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

que se contempla en el artículo 18, en la medida que se tendría en cuenta si su objetivo es la incitación a la producción de un determinado delito.

Por su parte, la jurisprudencia ha declarado inconstitucional ⁴²el uso de la expresión “negación”, al entender que la negación puede ser producto de una opinión neutral sustentada por argumentaciones de cualquier tipo (producto, por ejemplo, de las corrientes negacionistas y revisionistas en relación con sucesos con el Holocausto Judío durante la Segunda Guerra Mundial); es decir, la negación puede basarse en la duda, mientras que la justificación está basada en una afirmación directa sobre los hechos.No obstante, pese a la crítica de determinados colectivos sociales, la transposición de éste, como especialidad del delito de injurias, es acertada, en la medida que prescinde de elementos de peso histórico y social (no ocurre lo mismo, por ejemplo, con la tipificación en relación al antisemitismo que mencionamos anteriormente). Tengamos en cuenta que la redacción del artículo obedece al cumplimiento de la normativa europea al respecto⁴³, influenciada ésta por el hecho de que en nuestro entorno comunitario existen varios países que, por motivos de proximidad geográfica, afinidad histórica, relaciones políticas... tipifican la negación e incluso la regulan mediante en leyes específicas creadas a tal efecto⁴⁴.La jurisprudencia española, hasta la eliminación del término “negación”, ha empleado otros elementos y valoraciones que, con el trasfondo de los derechos a la dignidad y al honor, han servido de parámetros para la aplicación de este artículo en asuntos similares como son la concreción de los colectivos, los medios de difusión, el mensaje transmito, e incluso el público potencial, al que va dirigido o tiene la oportunidad de recibirlo ⁴⁵.

Cerrando este grupo de artículos, mencionaremos el artículo 515⁴⁶, el cual trae causa inicial en materia de terrorismo, tipificando la asociación ilícita.

⁴² STC 235/2007 de 7 de noviembre FJ 4º.

⁴³ Cumplimiento respecto del punto 12 de la resolución Parlamento Europeo de 1993 que señala concretamente: “...castigue la negación...”.

⁴⁴ Ejemplo la penalización de la negación de genocidio en países de nuestro entorno sería: Negación prohibida por “L. de Insultos” en Alemania, La Ley 90-6 de 1990 en Francia o en el caso de Bélgica en el artículo 444 de su código penal.

⁴⁵ Al respecto las sentencias del TC 176/1995, de 11 de diciembre, asunto «Hitler=SS» donde se establece el nexo causal entre manifestación – violencia contra colectivos concretos, enfatizando el medio empleado (la forma de comic o TBO) que suponía un riesgo potencial en la medida en que de esta forma el público objetivo podría ser el de los menores de edad.

⁴⁶ Trayendo causa en el artículo 173.4 de la reforma 8/1973 el artículo 515 establece que: “ Son punibles las asociaciones ilícitas... que promuevan la discriminación, el odio o la violencia

A este respecto, se han establecido jurisprudencialmente los requisitos para considerar una asociación como tal⁴⁷.

En este sentido, el artículo se relaciona con el derecho a la libertad de asociación reconocido en el 22 CE⁴⁸ y sus límites en los puntos 2 y el 5 , mediante una doble dimensión doctrinal; es decir, se protege el derecho a no ser discriminado protegiendo el derecho a la asociación, como garantía constitucional, o protegiendo la seguridad de la organización democrática del estado y los derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución, lo que no la exime de la colisión con otros derecho constitucionales ⁴⁹.

No obstante, la redacción literal del artículo presenta un problema en su punto tercero, como ocurría con el artículo 510 en relación a la concreción de la discriminación, violencia y odio así como la consideración de este último del odio y, en este caso concreto, cabría plantearse si puede incluirse directamente en el supuesto del 515.1, sobre todo, teniendo en cuenta que la pena que se establece en el posterior 517 es la misma para todos los supuestos, encontrándonos ante un artículo que presenta una imagen más simbólica que efectiva, en la medida que no concreta la conducta típica de forma eficaz y por tanto su aplicación se dificulta.

D- PROTECCIÓN INDIRECTA.

En este apartado, incluiríamos aquellos que no protegen de forma directa el derecho a la no discriminación, con independencia de que se

contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello”.

⁴⁷ Véase STC 234/2001, STS 28 Octubre 1997 y 10 Abril 2003: Siendo necesario una pluralidad de personas (2 o más), orientación a determinadas actividades y con el fin de cometer delitos o promover odio sin necesidad de concretar el contenido, tiempo y lugar de cada una, presencia del elemento de la discriminación o violencia , acuerdo asociativo duradero, estructura interna e independencia del delito o delitos cometidos. Y también la sentencia AP Madrid 259/2010 en relación a la disolución del grupo “Blood and Honour” donde se hace referencia a la planificación y la metodología como uno de los elementos determinantes.

⁴⁸ Artículo 22 de la CE: “1-Se reconoce el derecho de asociación. 2-Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.3- Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4- Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.5- Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”.

⁴⁹ En este sentido su aplicación por la Audiencia Provincial de Madrid Stc. 79/09 condena organización Hammerskin en relación a al discurso del odio como limite al derecho de la libertad de expresión.

proyecten de forma individual o colectiva. El elemento común no es la protección directa de la discriminación, sino la proyección en forma de agravación, de esta manera se trata también de supuestos donde la discriminación puede manifestarse y actuarse contra ella.

Pertencen a este tercer grupo, por un lado, el artículo 197, relativo⁵⁰ al descubrimiento y revelación de secretos donde prevalece en principio el elemento individual, en la medida que, de lo que se trata de evitar es que fruto de esas filtraciones se vea afectada una obligación o derecho reconocido y cuyo desarrollo técnico se encuentra en la normativa de protección de datos de carácter personal.

Por su parte, el artículo 160.3 tipifica⁵¹ las manipulaciones genéticas para la selección de la raza en la línea de la eugenesia, si bien, el elemento colectivo está presente en este aspecto; este artículo se ve afectado por una variedad de consideraciones presentes (en la medida de los avances científicos continuos, la búsqueda de un estado de salud cada vez mejor...) y pasadas (políticas nazis de la segunda guerra mundial como la “limpieza étnica”).

Las amenazas colectivas del artículo 170.1 constituyen una especialización del artículo precedente en la medida que se centran entre otros, en aspectos raciales y étnicos. No obstante, se entiende también que el sujeto pasivo, pese a que el artículo alude a habitantes, grupos, colectivos podría darse la individualización del supuesto en función del tipo de amenaza y por el hecho de que no se especifica ni concreta número de personas por lo que habría que estar al caso concreto⁵².

⁵⁰ Artículo 197: “1-El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.6-Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior”.

⁵¹ Artículo 160.3 “Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.

⁵² Artículo 170.1, respecto del delito de amenazas: “Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán, respectivamente, las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”.

El delito de tortura del artículo 174.1 por su parte, resulta llamativo en la medida en que utiliza el término general de discriminación⁵³, sin concretar la forma en la que puede manifestarse, además de los precedentes es el único que exige que las causas versen sobre ésta. El concepto abierto de discriminación abre múltiples posibilidades en este caso, en principio podría deberse a la gravedad del asunto y al hecho de que el sujeto activo se trate de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Lo que demuestra, en parte, el interés del legislador por rechazar cualquier forma de discriminación, sobre todo, cuando pueda partir de la propia administración.

E-PROTECCIÓN FRENTE A RIESGOS PARA LA SUPERVIVENCIA DEL GRUPO.

El último grupo de artículos incluye una serie de conductas típicas que han sido reguladas a nivel internacional por las consecuencias que pueden derivar de éstas; sirva a título de ejemplo posterior al genocidio nazi de la Segunda Guerra Mundial, el de Ruanda de 1994 entre Hutus y Tutsis o, de forma más reciente, o los crímenes de lesa humanidad cometidos en los Bosnia-Herzegovina por las tropas de Slobodan Milosevic entre 1992 y 1995.

Nos referimos concretamente⁵⁴ a los artículos 607, 607.bis y 611.6, correspondientes a la tipificación del genocidio, segregación racial y delitos de lesa humanidad. El elemento común más significativo es el riesgo existencial

⁵³ Artículo 174.1: “Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación”.

⁵⁴ Artículo 607: “1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados.....2.La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”. El 607.bis por su parte señala que: Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella....por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales...”.Y el 611.6 especifique: ” ...con ocasión de un conflicto armado...Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.”

que puede derivar para determinados colectivos. Por su parte, segregación racial implica, en cierta medida, un riesgo existencial, pero, dependiendo del enfoque que se le dé a la raza o a la etnia, pues el segregacionismo implica un aislamiento social, un intento de separar a un grupo de la vida cotidiana que continua realizando el resto de la sociedad, que atentando contra la dignidad obliga a los grupos, en el mejor de los casos, a seguir políticas asimilacionistas para integrarse frente a las normas jurídicas o sociales que regulan esa política segregacionista, pero el precio de esta integración social puede suponer la aniquilación del rasgo racial o étnico identificativo, máxime al tener en cuenta que esta figura se contempla en caso de conflictos bélicos.

El delito de genocidio y los delitos de lesa humanidad, el primero como una variante del segundo, se articulan en torno al reconocimiento del pluralismo universal de los grupos, siendo, por tanto, el sujeto pasivo de la comunidad internacional, en la medida que pueden implicar la desaparición existencial de un grupo concreto. Ambos pueden estar motivados por un trasfondo de repulsa etnia o racial y constituyen la forma más salvaje de canalizar una actitud discriminatoria, pues se trata de concluir causando el mayor daño posible o incluso la eliminación de grupo o colectividad concreta.

La diferencia entre ambos se articula en términos del tipo, respecto del cual para el genocidio se describe de forma concreta en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio⁵⁵, y que se basa en la existencia de un elemento intencional específico por la persona que lo realiza, así como el hecho de tener como objetivo un grupo diferenciado, entre otras razones, por etnia o raza. Sin embargo, los delitos de lesa humanidad no precisan de esa intencionalidad genocida, lo que dificulta a efectos probatorios la realización del primero. No obstante, la gravedad de los mismos es casi idéntica y es común el

⁵⁵ Adoptada por la resolución 260 de la Asamblea General del 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951. En su artículo 2 se establece que "...se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: matanza de miembros del grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

rechazo por parte de la comunidad internacional que se manifiesta entre otras cosas en los criterios de perseguibilidad.⁵⁶

Destaca el hecho de que inicialmente en nuestro ordenamiento jurídico se actuaba también contra el genocidio de forma indirecta, mediante la tipificación de su apología⁵⁷, de forma concreta, independientemente de su relación con los delitos de injurias, recogidos en los artículos 208 y siguientes y 510.2 del Código Penal, pero en este sentido a raíz de la Sentencia del TC 235/2007 de 7 de noviembre de 2007⁵⁸ la tipificación de la apología derivó en inconstitucional al considerarse que ésta no podía abarcar la negación de hechos reales.

F- CONCLUSIONES.

Junto con los problemas propios de la configuración y redacción de los artículos anteriores, existen otros problemas de naturaleza procesal que dificultan la protección penal en este campo.

En concreto, nos referimos a la situación de los sujetos pasivos afectados cuando se encuentran en una situación administrativa irregular en España. El problema de la denuncia o querrela ante situaciones contempladas en los artículos anteriores reside en que esta puede ser una vía para la apertura de un expediente administrativo y cuya sanción puede ser la expulsión del país. En la práctica, preservar el anonimato ante estas denuncias o querrelas sólo es efectivo cuando sea interpuesta por algún testigo de los hechos; no obstante, esto implica que posteriormente el asunto pueda ser sobreseído si no se localiza a la víctima. Por lo tanto, supone que la víctima suele elegir la opción de permanecer en silencio, de forma que las conductas quedan impunes, que desde un punto de vista social, puede implicar para los sujetos activos que las desencadena una falsa sensación de impunidad que cristalice posteriormente en la continuidad de este tipo de actividades. Incluso desde un punto de vista estrictamente teórico, la Ley no ofrece mucha cobertura al respecto, pues la

⁵⁶ Así el artículo 131.4 CP modificado por LO 15/2003 de 25 de noviembre y 5/2010 de 22 Junio establece la no prescripción de los mismos.

⁵⁷ Inicialmente en el antiguo artículo 137.bis del Código Penal anterior.

⁵⁸ Su dueño Pedro Varela fue condenado en 1998 a cinco años de prisión por delitos de incitación al odio racial y apología del holocausto, en 2008 la Audiencia de Barcelona rebajó su condena después de que el TC concluyese que la negación del genocidio no es delito.

prescripción de algunos de estos delitos es de tres años, tiempo mínimo para solicitar la nacionalidad por arraigo en nuestro país.

Cabe destacar, también, que, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos jurídicos, en el penal, no se puede llevar a la práctica la transposición de las directivas comunitarias⁵⁹ en materia de inversión de carga de la prueba debido al principio de presunción de inocencia, lo que en el resto supone una ventaja importante para las víctimas.

La legislación Española en materia penal orientada la protección de la discriminación por razones de etnia o raza presenta defectos que de no subsanarse puede implicar, desde una falsa sensación de impunidad por quienes se aprovechan de ellos, hasta la inaplicación de determinados tipos quedando reducidos a una mera declaración de intenciones.

El cuarto informe de ECRI sobre España, en relación a la normativa penal,⁶⁰ hacía hincapié en la necesidad de adoptar medidas, tales como, incidir sobre la formación del funcionariado a la hora de tramitar e identificar delitos relacionados con la discriminación (haciendo especial mención a los soportes informáticos empleados), aumentar el número de fiscalías especializadas en esta materias, tipificar la negación del holocausto...

Complementado esta críticas, y frente a las dificultades anteriores, podría señalarse la necesidad de, por un lado, desarrollar una ley especializada en la materia de discriminación, en la cual la protección jurídica articule unas pautas que orienten al juzgador sobre los elementos a emplear a la hora de conocerla realidad social de cada caso. De tal forma, que, en la práctica, se pueda concretar e identificar conductas típicas, que, por su grado de abstracción, presentan problemas. El tomar como referencia legislaciones paralelas de países vecinos serviría para entender cómo el fenómeno de la discriminación se vive de forma diferente, al ser el punto fuerte de este fenómeno, como señalábamos en líneas anteriores, su versatilidad y capacidad

⁵⁹ Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el trabajo y la ocupación. El principio de presunción de inocencia se contempla en el Art. 24.2 CE: "Asimismo, todos tienen derecho...a la presunción de inocencia".

⁶⁰ "Cuarto informe ECRI sobre España" publicado el 8 de Febrero de 2011, página 41 y ss., disponible en <https://sede.asturias.es/bopa/disposiciones/repositorio/LEGISLACION11/66/6/001U002IPE0002.pdf>

de adaptación. De otro, desarrollar una formación especializada respecto de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, concretamente los autonómicos y locales, al estar éstos en contacto con la realidad de la discriminación circunscrita a un ámbito geográfico concreto, que puede variar respecto de otras CCAA, a fin de que los atestados y denuncias puedan elaborarse de la forma más completa posible, sobre todo, en relación a la recogida de indicios y material probatorio.

También el papel de terceros agentes, como ONG, asociaciones... vinculadas con estas materias puede servir de ayuda en varios aspectos, como colaborar con las fuerzas y cuerpos de seguridad de ámbitos geográficos reducidos aportando perspectivas propias, a través de la elaboración de estudios e informes de apoyo con valor jurídico, a efectos probatorios de la realidad de la discriminación, o aprovechar redes de observatorios que articulan éstos y que permiten conocer a distintos niveles la evolución del fenómeno de la discriminación y sus factores condicionantes, lo que permitiría desarrollar planteamientos jurídicos acordes con la realidad directa de la discriminación .

IV: ÁMBITO JURÍDICO LABORAL

A- INTRODUCCION.

En el ámbito laboral, el racismo supone un problema de doble dimensión. La primera, coincide con lo que sucedía en el ordenamiento jurídico penal, en cuanto a la regulación se refiere, y es que nos encontramos con los mismos problemas de imprecisión y falta de concreción normativa. La segunda, se refiere a su forma de manifestación, al darse antes y durante la relación laboral de maneras distintas.

Esto significa que el racismo puede afectar al ámbito de lo laboral tanto en la fase de acceso al mercado como una de vez insertado el trabajador en éste.

Así sucede, en un primer momento, en la fase de oferta de empleo⁶¹ o entrevista personal⁶², a través de la exigencia de requisitos concretos vinculados con el origen racial o étnico⁶³, que dificultan o imposibilitan el acceso del candidato al puesto de trabajo ofertado. Posteriormente, de forma más heterogénea, se manifiesta mediante tratos personales diferenciados, asignación de tareas que no son propias, restricciones, creación de un ambiente de trabajo hostil en torno al trabajador o incluso formación de guetos de trabajadores en torno a una actividad concreta dentro de la misma empresa.

De esta forma, la discriminación en el ámbito laboral se articula en torno a tres niveles. Por un lado, el comprendido dentro del marco institucional, el general respecto del mercado de trabajo y el interno o empresarial, siendo el elemento común a todas estas situaciones la dificultad de probar la motivación

⁶¹ Resulta muy frecuente encontrar en las ediciones del diario “El Cero”, a título de ejemplo en las correspondientes al mes de Mayo de 2012, ofertas de trabajo relativas al sector servicios donde se podían leer expresiones como “preferentemente españoles”, “abstenerse extranjeros” o “sólo españoles”.

⁶² Como fue el caso de la cadena de supermercados Sánchez Romero donde la selección de personal estaba viciada de criterios racistas y cuya prueba fue descubierta de casualidad cuando una periodista encontró en un contenedor de basura las solicitudes que distintos candidatos habían presentado y en las que figuraban notas donde se rechazaban por “ser gitano”, “extranjero que parece un indio” o “sudamericano” siendo condenados finalmente a una multa por la AEPD.

⁶³ Fuera de nuestro país sirve el ejemplo de la condena impuesta y ratificada por la Gran Corte Francesa a L’Oreal y Adecco en Junio de 2009 por prácticas de contratación discriminatorias, al exigir que las comerciales para sus productos de cabellos debían ser BBR (Bleu, Blanc, Rouge). También la sentencia del asunto C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y Firma Feryn NV, donde el demandado declaraba públicamente su intención de no contratar a personas de determinado origen racial o étnico.

de las que derivan. Así, siguiendo la clasificación de Lorenzo Cachón⁶⁴, el marco institucional abarca las relaciones discriminatorias que podrían darse con la administración y su marco normativo; el referido de forma general al mercado de trabajo comprende conductas, tales como la segregación o restricción de colectivos a determinados nichos de mercado; mientras que a nivel interno empresarial nos encontraríamos con conductas que derivasen en tratos hostiles, acoso, diferencia de sueldo, restricciones...

El origen de la discriminación por razón de etnia o raza en el ámbito laboral presenta la peculiaridad de que su origen va a derivar en todos los casos de la combinación de dos elementos. De una lado, la discriminación en el ámbito laboral puede venir justificada por razones históricas, sociales, políticas... que incidan en el fuero interno del empresario o empleador motivando la discriminación; no obstante, entrarán en juego también un segundo grupo diferenciado y exclusivo del ámbito laboral, como son las razones económicas, en las que se fundamentará la discriminación en relación a las pérdidas y ganancias, indicando hasta qué punto merece la pena discriminar o cuál es el daño cuantitativo, que en términos de balance económico puede soportar⁶⁵quien discrimina.

Conocer de forma clara la doble causa en el ámbito laboral supone que podamos ir más allá en la identificación del tipo de discriminación clásica que establece la normativa jurídica (que se mueve básicamente en relación a la forma de percepción y su grado de efectividad en términos de directa e indirecta), de forma que se pueda abordar este problema, no sólo desde la perspectiva jurídica, sino que también adentrándonos en el campo al que el derecho penal no llegaba, o lo hacía de forma difusa, como es el foro interno, en

⁶⁴ CACHÓN RODRIGUEZ, Lorenzo "Itinerarios laborales de los inmigrantes: mercado de trabajo y trayectorias sociales" dentro de TORNOS CUBILLO, A. *"Los inmigrantes y el mundo del trabajo"*. ICADE, 2003. Págs. 75 y ss.

⁶⁵ A este respecto, entre las teorías que identifican la discriminación con un planteamiento concreto por parte del empresario o empleador se encuentran "el gusto por la discriminación" (Becker 1976), donde la eficacia productiva pasa a un segundo plano sin importar las consecuencias directas, la discriminación "por razón de estadística" (E.S. Phelps y Aigner 1977) donde se tendría en cuenta la raza como un falso indicador de productividad, buscándose en este caso la reducción del riesgo, o el "sistema de concentración" (Bergman 1986), donde se cree que la segregación mediante guetos laborales evitará problemas de convivencia laboral entre los trabajadores de un mismo grupo. AAVV, *Inmigración y mercado de trabajo en España 1997-2005*, Fundación BBVA, 2007, págs 25 y ss.

este caso, a través de la justificación económica que motiva la discriminación para el empresario o empleador.⁶⁶

Las causas anteriores se retroalimentan, en muchos casos, debido a fenómenos mundiales de imposible control, como es la globalización, donde uno de sus efectos empresariales, la deslocalización empresarial, supone veces que los estereotipos, prejuicios o planteamientos de origen racista creados en el país de origen por factores económicos, históricos, políticos... se exporten al país de destino y, debido al aumento de beneficio (que suele derivar de la falta en determinados países de políticas que protejan a los trabajadores y faciliten lo que en origen se consideraría explotación), se genere una discriminación basada en razones económicas que los justifica.

B- EL CASO ESPAÑOL.

En lo que respecta a España, la discriminación laboral es una realidad a la que jurídicamente no se ha dado una respuesta única. Nuestra normativa prohíbe de forma tajante determinados tipos de discriminación, legitima la existencia de un trato diferenciado en otros⁶⁷ e impulsa las llamadas medidas

⁶⁶ Una posible alternativa sería el desarrollar políticas laborales diseñadas en términos multiculturales centradas en los conflictos culturales que pudieran derivarse. También pueden combinarse perspectivas multiculturales con las asimilacionistas, mediante la construcción de un “enfoque comprometido”, donde resulte clave que el nuevo ciudadano se interese por su nuevo país más que por el de origen. Al margen de alternativas monoculturalistas, que abogan por políticas separatistas y de extrema derecha, la UE parece decantarse en términos generales por enfoques multiculturales, sobre los que desarrollar un sistema de igualdad de oportunidades, que favorezcan la inclusión social.

⁶⁷ A este respecto la STC 34/1984 de 9 de Marzo, donde se justifica cómo la discriminación salarial es válida siempre que obedezca a razones objetivas y no se persiga únicamente con ella un fin discriminatorio. Y en la misma línea las sentencias 119/2002 y 27/2004 que hacen hincapié en que la diferencia de trato sea objetiva y proporcionada a un fin legítimo que no puede justificarse únicamente en un mero afán discriminatorio. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 14 de octubre de 2003, especifica cómo la diferencia de trato en términos de discriminación precisa de la inexistencia de razones objetivas, que fundamenten la diferencia de trato, es en este supuesto cuando se atentaría contra el principio de igualdad.

positivas⁶⁸, aunque mostrándose ambigua respecto a caso idénticos en ámbitos laborales distintos.⁶⁹

Todo, en un marco de actuación condicionado, al igual que sucedía en el derecho penal, por la colisión con otros derechos constitucionales, como el derecho a la libertad de empresa del artículo 38.

A la hora de analizar cómo nuestra normativa aborda este problema, debemos tener en cuenta que su desarrollo se ha visto condicionado por instrumentos internacionales y comunitarios, que han establecido como objetivo general combatir la discriminación protegiendo, de forma normativa, la igualdad en el ámbito laboral⁷⁰. Nuestra normativa laboral ha servido para desarrollar el derecho de igualdad, reconocido en el artículo 14 de la CE, en su dimensión igualdad formal y material, en relación con la igualdad de oportunidades del artículo 9.2, frente a la colisión con el derecho constitucional a la libertad de empresa. Esto se ha traducido en una serie de medidas normativas restrictivas frente a la discriminación, medidas de acción positiva⁷¹, y también políticas activas de empleo (directas o indirectas), destinadas a

⁶⁸ Contemplado en el artículo 5 de la Directiva de igualdad racial y el artículo 35 de la Ley 62/2003 como medida de complemento respecto de la igualdad de trato para que ésta sea una realidad. Dentro de estas las medidas de “discriminación positivas” precisan de especial atención, la STC 13/2009 de 19 de enero, en relación con el sistema electoral del Parlamento vasco y de las instituciones forales, refleja cómo las disposiciones autonómicas pueden adaptar, en el marco de sus competencias, la normativa estatal que queda abierta en esta sentencia a “incrementos autonómicos”, a fin de corregir una “situación histórica de discriminación respecto de las mujeres...no comportando un sacrificio innecesario de derechos fundamentales”.

⁶⁹ Así, por ejemplo, en relación con la edad, como requisito de acceso para determinados puestos de trabajo, resulta llamativo que la sala Tercera del TS en sentencia de 21 de marzo de 2011 lo considere inconstitucional al no entender que afectaba al cometido a realizar, mientras que los Reales Decretos, que aprueban y regulan el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, continúen estableciendo unos baremos mínimos de edad inferior a 32 años para plazas, por ejemplo, como las de abogado del cuerpo jurídico militar o músico. Sobre todo, cuando en ambos ejemplos se trata de cuerpos de defensa del Estado.

⁷⁰ En este sentido, desde una dimensión internacional la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Civiles, así como convenios en el marco de la OIT, como el 111, sirven de punto de partida para el desarrollo de la igualdad laboral. Respecto del ámbito comunitario, destacaría el Artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y las Libertades Públicas, el artículo 13 del tratado de Ámsterdam y el 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, así como el artículo 19 del TFUE (antiguo artículo 13 TCE) y la Directiva derivada del Consejo de Helsinki 2000/43 de 29 de Junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independiente de su origen racial o étnico.

⁷¹ En países de nuestro entorno, las medidas de acción positiva no siempre son consideradas como una solución frente a la discriminación de minorías, un ejemplo de ello es Francia, al considerar que estas medidas sirven para “reconocer y legitimar” al grupo en cuestión, lo que iría en contra de los planteamientos constitucionales del país.

combatir la discriminación favoreciendo o incentivando el acceso de determinados colectivos discriminados⁷².

Todo lo anterior es debido a la transposición de las directivas comunitarias 2000/43 de 29 de julio y la 2000/78 de 27 de noviembre. Estas directivas de mínimos se centran en la protección contra la discriminación por razón de raza y etnia⁷³, promoviendo la igualdad de trato, considerando que el mercado laboral es una vía efectiva y directa para la integración en la sociedad⁷⁴, orientando su regulación a las condiciones de acceso al empleo, autoempleo o profesión, formación profesional, condiciones de empleo o trabajo y la afiliación y participación en organizaciones empresariales, profesionales y sindicales.⁷⁵

Ambas directivas han sido traspuestas a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁷⁶. El derecho a la igualdad de trato que las

⁷² En este caso, un ejemplo de medida restrictiva sería considerar el acoso laboral por motivo étnico como causa de incumplimiento contractual, una medida de acción positiva son las reservas de puestos de trabajo, y un ejemplo de política activa de empleo directa sería la concesión de subvenciones para el inicio de una actividad empresarial. Recientemente, la integración del régimen de empleados del hogar en el de la Seguridad Social de forma especial, producto del Decreto de 11 de Noviembre de 2011, sirve de ejemplo de política activa indirecta, al buscar la regularización de un nicho de mercado en el que un elevado porcentaje de sus miembros son vulnerables debido a factores económicos, sociales, ideológicos...a sufrir discriminaciones, entre ellas las étnicas raciales, pretendiendo su integración laboral plena entre otras cosas al exigir el empleador dar de alta a la trabajadora desde el primer momento.

⁷³ Concretamente, la 2000/43, en base al artículo 13 TCE, gira en torno al acceso a la generalidad de bienes y servicios frente a la discriminación étnica o racial; por su parte, la 2000/78 gira en torno a la igualdad de trato en el empleo frente a varios tipos de discriminación incluyendo la anterior.

⁷⁴ Considerando 9º de la directiva 2000/78 “El empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal”.

⁷⁵ Artículo 3 de la Directiva de igualdad racial que establece como ámbito de aplicación” 1...la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas; e) la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; f) las ventajas sociales; g) la educación; h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda”.

⁷⁶ Artículos 27 a 43 de Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

inspira se reconocía previamente en nuestra Constitución, articulándose, no sólo como un derecho fundamental, sino también como un valor que los poderes públicos deben respetar, proteger y promover a partir del artículo 9.2.⁷⁷ Esta transposición ha servido, entre otras cosas, para combatir la discriminación en unas manifestaciones concretas.

C- LINEAS JURÍDICAS.

Las líneas abiertas en nuestro ordenamiento para combatir este fenómeno en el ámbito laboral giran en torno a su forma de manifestación.

Por un lado, de forma directa, en la que en situaciones de igualdad una persona es tratada de forma diferente fuera de las excepciones establecidas. Por diferente debemos entender desfavorables, lo que implica básicamente distinguir con claridad las diferencias en las condiciones de trato respecto de otra persona.

De otro, de forma indirecta,⁷⁸ que tiene lugar cuando una disposición legal o reglamentaria, cláusula convencional o contractual, pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, pueda ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras, por razón de origen racial o étnico, excepto aquellas basadas en un fin legítimo y conseguido mediante medios adecuados y proporcionados. En este sentido, el papel del juzgador nacional es fundamental, pues se deben apreciar factores concretos de cada caso, de los que dependerá que se determine su existencia; téngase como ejemplo que nos encontraríamos ante una situación aparentemente neutral que no persigue la discriminación como fin.

También se diferencia la figura del acoso en el ámbito laboral por razón de etnia o raza. Queda definido por transposición del artículo 2.3 de la Directiva de igualdad racial, en el artículo 28.d de la L68/2003,⁷⁹ reconociéndose el

⁷⁷ El Artículo 9 de la CE establece en relación a esto que:” 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁷⁸ Artículos 28.1.b y c respectivamente para la directa y la indirecta de la L. 68/2003.

⁷⁹ Entendido como “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio,

derecho de los trabajadores a no sufrirlo en el artículo 18 del E.T⁸⁰y, en este sentido, el acoso laboral por razón de etnia o raza puede derivar en una discriminación que podría incluirse dentro de las distintas manifestaciones del fenómeno conocido como “Mobbing”. Se atenta así contra la igualdad, la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10.1 de la CE y la integridad física y moral del 15 CE. ⁸¹Resulta clave, en este caso, la necesidad de una intención, y la no necesidad de comparar la situación con otra similar, como sucedía con las discriminaciones directas o indirectas. Puede incluso suponer, por su gravedad, como regula el artículo 54.2.G⁸² del E.T, un incumplimiento contractual.

Finalmente, podemos señalar que se regulan también las denominadas órdenes o instrucciones de discriminación, entendidas como pautas, protocolos o mandatos que deben ser seguidos, que emanan de quien tenga jerarquía o poder suficiente dentro de la relación laboral que vincula a la víctima, y que tengan como fin concreto y último discriminar por de etnia o raza .⁸³

D- EL ELEMENTO SANCIONADOR.

Un aspecto básico en la normativa laboral, en relación a la discriminación general, y, en concreto, a la basada en razones de etnia o raza, es el carácter sancionador de la misma. Las directivas comunitarias buscaban que los estados

humillante u ofensivo”. El objetivo no es otro que atentar contra la dignidad de un sujeto en detrimento de su situación laboral. La directiva establece que el acoso debe ser considerado discriminación cuando se produce una conducta no deseada en relación con el origen racial o étnico de la víctima.

⁸⁰ Los trabajadores tiene derecho respectivamente a “no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de ... origen racial o étnico” así como “...Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico...”

⁸¹ EL artículo 10.1 de la CE señala “Artículo 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”; por su parte, el artículo 15 CE establece que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra.”

⁸² El artículo 54.2.G del Estatuto de los Trabajadores establece que “Se consideran incumplimientos contractuales... El acoso por razón de origen racial o étnico”.

⁸³ Destaca en este aspecto, a nivel regional, la sentencia de la Court of Cassation francesa de 2005 que consideró discriminación prohibida la orden dada por un propietario de una vivienda a su gestor inmobiliario para que no arrendara la vivienda a personas con apellidos de “origen extranjero”.

estableciesen un régimen de sanciones efectivas proporcionadas y disuasorias⁸⁴. No obstante, se duda, en muchos casos, de la efectividad coactiva de este elemento, al estar las sanciones distribuidas de forma no proporcional, respecto de las penas, en unos casos, y condicionadas a la exigencia de requisitos desproporcionados, en otros.

La normativa sancionadora, en este aspecto, la encontramos básicamente dispersa en la Ley de infracción y sanciones en el orden social,⁸⁵ artículos 8.12 (en relación con decisiones unilaterales de la empresa que supongan discriminación de este tipo), 8.13.bis (respecto del acoso) y 16.2 (relativo a los datos solicitados); en el Estatuto de los Trabajadores 17.1, respecto de instrumentos empresariales derivados de discriminación, como convenios, cláusulas o decisiones empresariales; en la Ley orgánica de extranjería, en relación a su artículo 23; y en el Código Penal, en relación a su artículo 314.

En relación al marco de sanciones, la normativa ha tratado de trasponer la exigencia de la directiva racial, respecto a la protección frente a posibles represalias posteriores, que derivasen de la presentación de una denuncia o demanda, mediante la figura de la reincidencia.⁸⁶ No obstante, frente a determinadas manifestaciones de la discriminación racial o étnica, este planteamiento puede no resultar apropiado, pues si la sanción abarca sólo sobre la consecuencia, y no incide sobre la causa, el demandado puede considerar que la discriminación es barata y repetir en el futuro. Por ello, sería interesante que a cualquier sanción impuesta por estos motivos se le acompañasen políticas de estudios o análisis que estableciesen medidas adicionales, que la complementasen o que sirviesen, al menos, para que frente a futuras reincidencias, la sanción se ajustase de forma más efectiva al caso concreto, pues la indemnización a la víctima que contemplan las directivas puede incluir medidas correctoras o cautelares que la reforzasen.

⁸⁴ A diferencia del caso español, algunos países de nuestro entorno establecen sanciones como recolocar al trabajador arbitrariamente despedido, revisar los procedimientos de reclutamiento o formar en temas de igualdad a sus empleados y la plantilla de dirección.

⁸⁵ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁸⁶ Regulado en el Art. 9 de la Directiva 2000/43 en relación al 41 de la LISOS. En este sentido, la L. 62/2003 modifica el artículo 17.1 del ET señalando que: "Serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable e los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación".

Podemos hacer, en este punto, una referencia al ámbito penal en relación a la conducta discriminatoria que se tipifica en el artículo 314⁸⁷. Ésta se centra en la protección del bien jurídico de la no discriminación, desde una perspectiva individual, en la medida en que la discriminación supondría un acto de exclusión social que atenta contra la dignidad de quien la sufre (se trata de dar continuidad al principio de igualdad establecido en las normas para el acceso al puesto de trabajo, no se trata de una igualdad posterior a éste) en la esfera del empleo privado (derivando en duplicidad respecto a las sanciones impuestas a los funcionarios en los tipos específicos que señalamos anteriormente) y del público, pero esta conducta exige una serie de requisitos que dificultan la aplicación de este artículo, y que supone que resulte más efectivo acudir al auxilio judicial en otras vías, como la laboral, a través del orden social. En este sentido, se exige, de un lado, la existencia de un acto grave de discriminación,⁸⁸ para que se corresponda con el tipo establecido, además de que las condiciones en términos de igualdad se normalicen conforme a lo exija la ley y, de igual forma que el daño causado en términos económicos, no se restablezca a iniciativa del demandado o denunciado. Pero esto debe ser impuesto mediante una resolución administrativa previa, producto de una investigación derivada de una inspección de trabajo. El requisito de la resolución previa, así como las políticas en materia de protección de datos, dificultan y dilatan en el tiempo su efectividad. Además, la correlación de las penas impuestas implica que frente a una discriminación directa y grave nos encontremos con una sanción inferior a la que se podría imponer a través del ordenamiento laboral. Cabe destacar también, que la pena impuesta puede incluir un tiempo de prisión de entre 6 meses a dos años, y atendiendo a las exigencias de efectividad de las directivas comunitarias, esta sanción, podría ser criticada en la medida que no contempla las razones que han podido motivar la discriminación.

⁸⁷ El artículo 314 CP señala que: “...los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de... su pertenencia a una etnia, raza o nación...y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley, tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado”.

⁸⁸ Acto grave conforme a lo establecido por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

E- ACCESO AL EMPLEO.

Las directivas que mencionamos con anterioridad buscan ser aplicadas también respecto de la fase de acceso al empleo y a la actividad por cuenta propia, así como el acceso a la formación profesional, y lo mismo pretende la ley que las transpone. Resulta clave el papel intervencionista en el mercado laboral que se le asigna al Gobierno en esta materia, más concretamente en relación al ámbito de la elaboración de medidas selectivas de empleo, ⁸⁹tendientes a evitar el segregacionismo laboral y centradas en la fase de acceso al mercado laboral. En este sentido, nos encontramos, por un lado, la posibilidad de actuar sobre el sistema de formación profesional; de otro, mediante medidas de reserva, duración y preferencia en el empleo, de cara a la colocación de los trabajadores; y también, a modo de filtro, respecto de las agencias de colocación públicas y privadas, autorizando a aquellas cuya actuación respete el principio de igualdad de acceso al empleo.

En la práctica, la discriminación en la fase previa de acceso a un trabajo (oferta y entrevistas) presenta dificultades, sobre todo en materia probatoria y, salvo supuestos muy concretos, donde la prueba sea clara, resulta difícil acudir a la vía judicial en estos casos. A este respecto, las líneas normativas básicas regulan tres frentes, de un lado, la existencia de una normativa comunitaria relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales para tratar de dar objetividad a los procesos de selección de personal⁹⁰. De otro lado, las órdenes de discriminación, que mencionábamos anteriormente, y que contemplan supuestos, como aquellos en que los empresarios especifican parámetros de contenido discriminatorios a las agencias de empleo o colocación para la búsqueda de posibles candidatos. Y también se regula, como falta grave, en el R.D.L 5/2000,⁹¹ que aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el tipo de datos que pueden pedirse en relación a una oferta de empleo, quedando al margen aquellos que, salvo excepciones reconocidas, pudieran justificar una decisión en términos discriminatorios. No

⁸⁹ En base a los artículos 26.1 de la L. 26/2003, 17.3 y 16.2 del Estatuto de los Trabajadores.

⁹⁰ En este caso, la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a reconocimiento de cualificaciones profesionales.

⁹¹ Señala en su artículo 16.2 considerándolo como infracción muy grave el "Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos...racial o étnico".

obstante, esto no resulta efectivo frente a una posible entrevista personal, donde el propio aspecto físico revele características que motiven la discriminación.

La dificultad a la hora de probar estas situaciones, así como el abanico de justificaciones que pueden abrirse ante un proceso de selección de personal con múltiples candidatos, favorece la existencia de discriminaciones en esta fase del acceso al mercado laboral.

Soluciones aparentes, como grabar la entrevista en un soporte de datos, no resultan efectivas, en la medida que, si bien se captura el desarrollo de la entrevista, no se recoge la valoración final sobre el candidato, restringida al ámbito particular del oferente. Quizás, una posible solución pasa por publicar o, en su defecto, suministrar al candidato, durante la fase de entrevista, los parámetros concretos que se buscan en relación a ese puesto de trabajo. Por otro lado, podría contribuir a dotar de objetividad a los procesos selectivos, la adopción de prácticas o códigos éticos por parte de las empresas, donde los mecanismos de preselección, respecto de la gestión de currículos o información suministrada por los candidatos, pueda realizarse a través de sistemas en los que datos concretos como fotografías o el nombre no sean solicitados.

F- COOPERACIÓN EN EL AMBITO LABORAL.

Otro aspecto a destacar es el carácter multirrelacional de esta normativa laboral en relación a la cooperación que se lleva a cabo entre la administración, el tercer sector y la sociedad civil para la consecución de sus objetivos; esto se observa al regularse el papel de los interlocutores sociales (organizaciones sindicales y sindicatos) y organizaciones civiles,⁹² así como al resaltar la necesidad de crear organismos para la promoción de la igualdad,⁹³ lo que en la

⁹² En este sentido, ambas directivas reconocen el valor de la participación de los interlocutores sociales garantizan el fomento de la igualdad de trato, sobre todo, mediante la vigilancia de las prácticas en el lugar de trabajo, la redacción de códigos de conducta y la celebración de convenios colectivos. Más concretamente, la directiva 2000/78 señala que “La función de los interlocutores sociales resulta primordial en la lucha contra la discriminación”. Por ello, los Estados miembros deberán adoptar medidas para fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales.

⁹³ Así quedaba establecido en el artículo 13 de la directiva 2000/43. El objetivo fundamental del organismo es ayudar a las víctimas de la discriminación así como de la elaboración de informes independientes sobre la realidad de esta. El Informe de R. Holmaat 2006 señalaba que en países de nuestro entorno este mandato ha cristalizado en la creación de órganos heterogéneos, si bien algunos se dedican sólo al Derecho Antidiscriminatorio; otros, a los derechos humanos en general. En algunos países existen varios órganos y, en cualquier caso, la dependencia económica condiciona su efectividad sobre todo en épocas de crisis.

norma de transposición⁹⁴ se ha traducido en la creación del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico.

Este último aspecto refleja esa necesidad multirelaccional para dotar de eficacia esta estrategia que pretende conocer, entre otras cosas, la realidad del fenómeno de la discriminación. Pues en relación al plan de trabajo⁹⁵, dos de sus ejes de actividades (el relativo a la asistencia de las víctimas y el de análisis e investigación del fenómeno de la discriminación) tienen como nexo común los datos que se obtienen a partir de la red de centros de asistencia a víctimas de la discriminación que el Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico coordina. Y que tiene como objetivo, entre otras cosas, el ofrecer asistencia y asesoramiento jurídico a posibles víctimas de discriminación; y que está compuesta básicamente por entidades integrantes del tercer sector como son las asociaciones, ONG⁹⁶ y similares, lo que, acertadamente, permite conocer y estudiar de forma muy directa sobre el terreno cada caso, de forma más eficiente, gracias a factores adicionales de cada delegación donde se presenta la víctima, como es el conocimiento social, económico y político de esa zona concreta.

No obstante, y, como contrapartida, se encuentra su composición (25 vocales entre representantes de comunidades autónomas, administración general, administración local, organizaciones empresariales, organizaciones sindicales y organizaciones y asociaciones vinculadas con la igualdad de trato),

⁹⁴ De esta forma, el artículo 33 de la L.62/2003 establecía la previsión de la creación de un Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico, que sería posteriormente creado por real Decreto en Septiembre de 2007. En cierta medida, no faltan críticas por el hecho de la creación de un organismo especializado únicamente en esta vertiente de la discriminación la racial o étnica; su logística y sus recursos podían emplearse para el estudio de otro tipo de discriminaciones, pues como hemos señalado con anterioridad, ya que muchas veces las estrategias para combatir las suelen ser idénticas. Así se puso de manifiesto en el Informe anual de la Agencia de la UE para los Derechos Fundamentales en su edición de 2009, en relación a sus funciones como a su composición. En países vecinos existen órganos que centralizan el estudio y la protección de víctimas frente a todo tipo de discriminaciones, como el caso de Francia y la HALDE (Alta Autoridad para la lucha contra las discriminaciones y la igualdad). Mientras que en el caso de España existen órganos especializados según el tipo de discriminación, como, por ejemplo, el Consejo Nacional de la Discapacidad.

⁹⁵ Aprobado por el Consejo en el año 2010 para el período 2010-2013.

⁹⁶ En la actualidad la red de centros está integrada por ACCEM , Cruz Roja Española, Fundación CEPAIM, Fundación Secretariado Gitano, Movimiento Contra la Intolerancia, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Red Acoge y Unión Romaní.

lo que dificulta, en cierta medida, el carácter independiente con el que inicialmente fue configurado.

En esta misma línea, podemos destacar en España la existencia de otro organismo vinculado con este aspecto, y creado inicialmente como apoyo técnico del anterior, es el caso del OBERAXE,⁹⁷ con funciones de estudio y análisis, y con capacidad de elevar propuestas de actuación, en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia, siendo su cometido más importante el informar a nivel nacional sobre las iniciativas en esta materia y favorecer la coordinación e intercambio de recursos entre los actores en materia de lucha contra la discriminación; de esta forma, este organismo no trabaja en el asesoramiento de las víctimas, sino que se centra en la recopilación de datos circunscribiéndose fundamentalmente al ámbito de la inmigración. A nivel internacional, y en colaboración con los españoles, destacan otros organismos similares como son El Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, La ONU, La OSCE...

G- ASPECTOS PROCESALES CONCRETOS.

Deben destacarse en el ámbito procesal dos aspectos que, a pesar de haber sido tratados y modificados por las directivas anteriores, pierden eficacia por su configuración. Son, por un lado, la carga de la prueba y, por otro, la legitimación procesal activa.

Respecto de la carga de la prueba, el artículo 8 de la Directiva 43/2000 supone una modificación que ha cristalizado, en la práctica, en una especie de reparto probatorio ante situaciones discriminatorias (aunque sentencias, como la del TC 207/2001 de 22 de octubre, articulaban un sistema en la misma línea). De esta forma, la modificación del artículo 96 de la Ley de Procedimiento

⁹⁷ El Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, OBERAXE, fue creado en base al artículo 71 de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros, quedando adscrito a las competencias de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, dependiente esta de la Secretaría de Estado e Inmigración. Pese a circunscribirse al campo de la inmigración, este organismo ha sido aprovechado para suplir las deficiencias de las que otros organismos internacionales acusaban a España en relación a la falta de un sistema informativo de recogida de datos a nivel nacional, generándose una duplicidad de gasto para estudiar muchas veces el mismo fenómeno que el Consejo. Ambos órganos cumplen así, de manera formal, los mandatos de las directivas en este sentido.

Laboral ⁹⁸ ha articulado ese reparto basándose en que, de un lado, la persona afectada debe aportar “indicios” suficientes y fundamentados de los que se pudiera deducir la existencia de dicha discriminación (la ventaja es que el catálogo de instrumentos indiciarios siempre será mayor dada su flexibilidad). Por su parte, la persona demandada tiene que, de un lado, negar la existencia de dicha discriminación y, de otro, justificar lo anterior, demostrando el carácter legítimo, proporcionado y objetivo de la supuesta actividad discriminatoria.

Lógicamente, lo anterior, si bien puede resultar, desde un punto de vista práctico, sencillo de aplicar frente a las discriminaciones directas, las indirectas presentan más problemas, por su naturaleza, teniendo en cuenta el derecho constitucional a la libertad de empresa.

En relación a la legitimación procesal activa, como señalamos con anterioridad, la realidad del fenómeno de la discriminación presenta unas peculiaridades que implica que muchas veces sea “el tercer sector” quien la conozca en profundidad a tiempo real. La directiva anterior recomendaba otorgar legitimación activa a los integrantes de este sector en cualquier procedimiento judicial o administrativo⁹⁹, que tuviesen legítimo interés respecto de su cumplimiento. En el caso español supone que la participación de estos entes en los procedimientos administrativos no es posible, pues precisan de una habilitación legal expresa que sólo se les reconoce a los sindicatos y asociaciones de empresarios en relación al procedimiento laboral¹⁰⁰, y siempre que la víctima

⁹⁸ Art. 96.1. “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de ... origen racial o étnico...corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. (Regulado en la Ley 62/2003 y concretamente respecto del ámbito laboral en el artículo 40).

⁹⁹ Conforme al artículo 31 de la L. 62/2003 (que traspuso precisamente esa obligación en relación a discriminación por motivos raciales o étnicos) y al artículo 20.1 de la Ley de Enjuiciamiento Laboral. en relación precisamente al Art. 22 bis L. 56/2003 de Empleo que establece que “Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo...Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciaren carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta”.

¹⁰⁰ Artículo 177 Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social “Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos ...incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las

lo autorice, al no contemplarse la posibilidad de un derecho de acción colectiva o autónoma al margen del caso individualizado. Esto invita a la reflexión en relación con la normativa penal, ya que en ella se tipifican delitos relativos a esta materia en el marco de la administración, donde se permite esa participación, mientras que aquí parece obviarse, cuando son precisamente las ONG y asociaciones las que, por un lado, conocen la realidad de este fenómeno de forma directa, y las que suelen prestar una primera atención a la víctimas de este fenómeno por razones como, por ejemplo, la falta de recursos económicos.

H- CONCLUSIONES.

En líneas generales, la protección jurídica que nuestro ordenamiento establece respecto a la discriminación por razones étnicas o raciales, aún presenta deficiencias importantes. Así, por ejemplo, el último informe ECRI¹⁰¹ en sus puntos 73 a 81 destaca la falta de conocimiento por los profesionales y los destinatarios de la normativa de protección frente a la discriminación, el peso de costumbres culturales (como del Ramadán en la discriminación laboral de quienes lo practica por su condición de musulmanes) y la importancia de la colaboración multisectorial respecto de la integración laboral de minorías.¹⁰² De esta forma, podemos concluir, a modo de síntesis, que, respecto a la normativa laboral de protección, frente a la discriminación por razón de raza o etnia en el ordenamiento jurídico español:

1-La discriminación por razón de raza o etnia es una realidad, que presenta un doble frente en términos de libertad; de un lado, la colisión con un derecho fundamental tan amplio como es el de la libertad de empresa; de otro, las características propias de un mercado laboral (tanto en su acceso como una vez dentro) cada vez más globalizado, donde la discriminación puede incluso llegar a ser una ventaja táctica respecto de la competitividad en el ámbito de la deslocalización. Esto se ve condicionado por la relatividad del principio de

mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios.”

¹⁰¹ Cuarto informe ECRI sobre España”, Febrero de 2011, página 73 y ss. , disponible en <https://sede.asturias.es/bopa/disposiciones/repositorio/LEGISLACION11/66/6/001U002IPEO002.pdf>

¹⁰² En este sentido se destaca el programa ACCEDER, con vigencia hasta el 2013, respeto de la comunidad gitana en el marco de las relaciones entre la Administración Pública, el sector empresarial y la sociedad civil.

igualdad reconocido en la Constitución, de manera que la desigualdad laboral puede ser constitucionalmente válida cuando obedece a criterios concretos, como la objetividad y la legitimidad del fin. No existe tampoco un consenso único sobre cómo afrontar el problema fuera del marco jurídico, las políticas que preferentemente se aplican de corte interculturales colisionan en último caso con la relación beneficio/pérdida. Esto puede apreciarse en el reciente intento de regularización del servicio doméstico a nivel nacional entre cuyos objetivos reencontraba el intentar regularizar la situación de quienes se mueve en la economía sumergida y que de momento no se ha conseguido¹⁰³ como se esperaba. Una posible alternativa podría ser la implantación de códigos éticos de inclusión en el mercado laboral para el empresario o empleador, especializados en determinados nichos de contratación, como la construcción, el servicio doméstico, la asistencia a domicilio... cuyo cumplimiento se reforzase mediante el reconocimiento de beneficios fiscales.

2-El carácter de las directivas europeas de mínimos, una transposición incompleta, y la dispersión normativa tienen como consecuencia la falta de consenso en algunos aspectos técnicos. Por ejemplo, los supuestos de “Bulling”, en su vertiente de acoso laboral por motivos raciales o étnicos, donde además de resultar difícil su identificación, debido en parte a que depende tanto de las relaciones interpersonales (como las de jerarquía), como de las personales (aspecto morales, psíquicos...), en las que se desarrolla, no existe un claro consenso sobre cómo calificar jurídicamente sus efectos (accidente o enfermedad).

3-El acceso al mercado presenta problemas de esta naturaleza en los primeros pasos. Éste es el caso de las entrevistas personales o la información aportada en los currículos. En este sentido, una posible solución sería la estandarización de modelos de currículos oficiales, así como la creación de bolsas de trabajo donde se omitiesen datos innecesarios en función del empleo al que se opta (nombres, fotografías, lugar de nacimiento...).

4-Si bien es cierto que las políticas de selección de personal obedecen a la búsqueda de unos perfiles que responden a unas necesidades concretas, cuya justificación queda dentro del marco privado, no siendo posible su exposición

¹⁰³ Pueden consultarse los resultados comprendidos hasta el mes de Junio de 2012 en la dirección http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_030816

pública, el oferente sí podría dejar en un documento, protegido si es necesario por cláusula de confidencialidad al amparo de la normativa vigente en materia de protección de datos, constancia de la entrevista o el proceso de selección, así como de los requisitos mínimos y complementarios, que se tendría en cuenta respecto de todos los candidatos. Una política adecuada es, por ejemplo, la empleada en la cadena VIPS para los solicitantes, que limita la recogida de datos personales en relación al puesto que se solicita, recopilando estrictamente los necesarios, y previa descripción del puesto ofertado y los méritos que se tendrán en cuenta a lo largo de todas las fases del proceso selectivo.

5-Desde el punto de vista procesal, la legitimación activa del tercer sector podría suponer una ventaja frente a los que sufren la discriminación, dada su especialización y los perfiles de los solicitantes de sus servicios. En la misma línea, la falta de especialización de los operadores jurídicos en esta materia podría suplirse, en parte, con acuerdos de colaboración entre el tercer sector y los colegios profesionales, de forma que los abogados de oficio pudieran articular su defensa de forma más ajustada al caso concreto al ser estos quienes conocen la realidad regional o local del fenómeno. Así pues, mediante esta legitimación, podrían articularse sistemas de protección efectivos para colectivos como los de los inmigrantes en situación irregular, donde la explotación laboral es una constante, y las consecuencias de una denuncia o demanda pueden suponer su expulsión del país. Respecto al elemento de la prueba, si bien la carga de la prueba es un paso adelante, sigue siendo necesario aportar indicios de actuación discriminatoria difícil de conseguir; por ejemplo, en determinadas fases de acceso al mercado laboral. Algunos países, como Estados Unidos, emplean instrumentos tales como la estadística. Para ello, y, en este sentido, el tercer sector podría jugar un papel importante.

6-Tanto la creación del OBERAXE, como del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico, si bien responden formalmente a los mínimos comunitarios exigidos por las directivas en esta materia, su composición y estructura les resta efectividad. Sería deseable, en este sentido, que se crease un órgano único, centralizado, especializado en cualquier tipo de discriminación y sus distintas manifestaciones. Aunque el ámbito y la forma de éstas difieren entre sí, en la mayoría de los casos su fundamento es común y, en este sentido, podrían

crearse políticas de actuación que abarcasen distintas manifestaciones de la discriminación. Además, un organismo de estas características podría servirse de los datos aportados, en tiempo real, por asociaciones y entidades del tercer sector, las cuales operan en muchos casos a nivel regional o local, con la consecuente especialización geográfica y el ahorro en términos logísticos y de infraestructura que esto supondría en tiempos de crisis.

7-La dispersión normativa ha traído como consecuencia falta de coherencia en algunos supuestos; éste es el caso del artículo 314 del Código Penal vinculado a este ámbito por la conducta tipo regulada, en el que la cantidad de requisitos exigidos para acudir a la vía penal en base al tipo que regula hace preferible acudir a la vía laboral, máxime si se tiene en cuenta que la sanción que puede imponerse en vía penal es inferior a la que podría conseguirse por la otra vía. En este sentido, y atendiendo a la proporcionalidad de las distintas sanciones, así como a los objetivos de eficacia señalados en las directivas europeas, sería recomendable concentrar las conductas sancionadas y sus penas en un instrumento jurídico especializado. En esta línea, las sanciones simplemente pecuniarias o las penas de prisión establecidas en el Código Penal podrían reforzarse con otros mandatos orientados a combatir el origen de las causas que motivaron la discriminación; por ejemplo, mediante la implementación de códigos éticos, las auditorias periódicas o los cursos de sensibilización a la plantilla o dirección.

V: ÁMBITO JURÍDICO ADMINISTRATIVO.

A-INTRODUCCIÓN.

En relación con el ámbito jurídico administrativo, su amplia extensión hace que intentar analizar todas las situaciones donde esté presente la discriminación por razón de etnia o raza exceda de los límites de este trabajo. Por ello, se hará referencia a cuatro partes concretas referidas a:

-La identificación de una persona en el ejercicio de sus funciones por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

-Algunos aspectos del derecho a la educación en los centros escolares, respecto a los menores de edad.

-La proyección del fenómeno en determinados espectáculos deportivos de fuerte repercusión social.

-La solicitud de protección jurídica internacional orientada al reconocimiento del derecho de asilo o la protección subsidiaria.

La elección de estas cuestiones obedece a otros motivos, además del relativo a la extensión antes mencionado. De un lado, al hecho de que se refieren a situaciones en cierta medida cotidianas y bastante diferenciadas entre sí, respecto de las cuales los medios de información se hacen eco de forma continua por la relevancia a nivel social y político que suelen tener; de otro lado, al hecho de que los sujetos implicados presentan perfiles muy diferentes, lo que permite que apreciemos cómo el fenómeno de la discriminación se adapta según las circunstancias al ámbito administrativo, a su vez debido al hecho de que el papel del tercer sector actúa de forma distinta, dándosele un mayor o menor reconocimiento por parte de los poderes públicos, según la circunstancias concretas; y, por último, debido a las diferentes estrategias adoptadas para hacer frente al fenómeno .

B-PRIMER ASPECTO: FUERZAS. Y CUERPOS DE SEGURIDAD.

Uno de los ámbitos, en el marco de la administración, donde la presencia del elemento del racismo es una realidad difícil de identificar y de tratar, es el relativo al ejercicio de determinadas funciones de las Fuerzas y Cuerpos de

Seguridad del Estado, concretamente el ejercicio de las identificaciones policiales.

En este caso, el elemento de la extranjería juega un papel importante, pues sucede que, en ocasiones, los agentes de los cuerpos de seguridad se guían por criterios raciales o étnicos (que puedan apreciarse a simple vista) para deducir, de un lado, la posible procedencia de esa persona de un país extranjero y, de otro, ver la posibilidad de que se encuentre en una situación de ilegalidad administrativa. Es decir, que, a través de la construcción de un perfil étnico o racial, se deduce automáticamente y sin más indicios la posibilidad de haber cometido una infracción, delito o falta¹⁰⁴.

Si bien el ejercicio de la identificación policial se regula normativamente¹⁰⁵ de forma clara, en la práctica ésta presenta dificultades, ya que lo señalado en el párrafo anterior se contemplaba en el marco interno de la administración de forma expresa, concretamente mediante la circular ¹⁰⁶1/2010 de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, donde se preveía esta posibilidad a sabiendas de la colisión que suponían con derechos fundamentales como el honor y la dignidad. Esta situación se modificó con posterioridad, de forma que la Dirección General de la Policía publicó el 21 de Mayo de 2012 una nueva circular en la que prohibía los “cupos de identificación” de extranjeros y las redadas indiscriminadas.¹⁰⁷

¹⁰⁴ La ECRI en su Recomendación sobre la política N ° 11 para la lucha contra el racismo y la discriminación racial en la policía, los define como “el uso por la policía, sin objetivo ni justificación razonable, de algunos elementos como la raza, el color, el lenguaje, la religión, la nacionalidad o el origen étnico en sus labores de control, vigilancia o investigación.” Disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp

¹⁰⁵ Al respecto nos remitimos al artículo 11 de la “Ley de Seguridad Ciudadana” en relación a los extranjeros y su obligación de disponer de documentación (obligación contemplada también en el artículo 24 de la “Ley de Extranjería”), así como el artículo 20 de la misma en relación a la posibilidad de los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad realizar en la vía pública controles de identificación en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad. También el artículo 40 del “Código Europeo de Ética de la Policía” establece al respecto que “la policía debe llevar a cabo sus misiones de manera equitativa, inspirándose, en particular, en los principios de imparcialidad y no-discriminación”.

¹⁰⁶ A través de ésta se habilitaban las llamadas “redadas express”, motivando a los agentes a a realizar “detenciones preventivas” de inmigrantes “sin papeles” y resolver de forma rápida la expulsión de los irregulares identificados.

¹⁰⁷ En esta nueva circular, entre otras cosas, se especifica, que las identificaciones motivadas por sospecha se realizaran “proporcionada, respetuosa y del modo que menos incidencia generen en la esfera de individuo”. A su vez, establece expresamente la “la prohibición de actuaciones innecesarias, arbitrarias, abusivas o que supongan una extralimitación de las facultades que el ordenamiento jurídico otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del

Un aspecto relevante es que el cambio que se debió a la presión realizada por diferentes frentes. De un lado, la importancia del papel del tercer sector volvió a quedar de manifiesto a través de las denuncias que distintas organizaciones de defensa de los derechos humanos presentaron ante el Defensor del Pueblo y el Ministro del Interior contra la antigua circular. De otro lado, fueron también relevantes las denuncias impulsadas por la ciudadanía como consecuencia de la creación de las denominadas “brigadas vecinales”¹⁰⁸. Estas brigadas están formadas por pequeños grupos de vecinos que voluntariamente “vigilan” los controles realizados por los agentes autorizados en calles, estaciones, locutorios... Por su parte, la ECRI¹⁰⁹ había destacado públicamente, en su último informe sobre Racismo y la Intolerancia, la necesidad de que España asegure “una prohibición efectiva de todas las prácticas en materia de perfiles étnicos por parte de las fuerzas policiales en todo el país” basadas en sus recomendaciones anteriores.

En el ámbito jurisprudencial a nivel nacional, debemos destacar la sentencia del Tribunal Constitucional¹¹⁰ relativo al asunto Rosalind Williams Lecraft que concluyó posteriormente con un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹¹¹. En este asunto la Señora Lecraft (afroamericana de nacionalidad española) fue requerida por un agente de la Policía Nacional para su identificación, en un control de una estación de Valladolid en 1992 justificando su decisión en que se le había ordenado “identificar a personas que por su apariencia, pudieran estar ilegalmente en el país”, el asunto se elevó al Tribunal Constitución quien desestimó parte de la

Estado”. Disponible en <http://www.parainmigrantes.info/circular-de-la-direccion-general-de-la-policia-sobre-detencion-e-identificacion-de-extranjeros-124/>

¹⁰⁸ Al respecto, entre el 10 de diciembre de 2009 y el 10 de mayo de 2011 se denunciaron que más de 47 controles de identidad parecían obedecer a criterios arbitrarios con un trasfondo étnico o racial. <http://brigadasvecinales.org/category/informes-controles/>

¹⁰⁹ Cuarto informe ECRI sobre España”, Febrero de 2011, página 46, disponible en <https://sede.asturias.es/bopa/disposiciones/repositorio/LEGISLACION11/66/6/001U002IPE0002.pdf>

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2001 de 29 enero de 2001 en el asunto de la identificación policía en espacio público de la Sra. Rosalind Williams Lecraft, en sus de la FJ 9 y 10 se señala que la que la actuación policial usó el criterio racial como meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española, no pudiéndose deducir que la actuación del agente fuera guiada por motivos racistas, sobre todo, teniendo en cuenta que la identificación no se desarrolló de forma aireada y llamativa, ni que produjese trato humillante o desconsiderado.

¹¹¹ Dictamen emitido el 27 de Julio de 2009, comunicación No.1493/2006 disponible en <http://www.womenslinkworldwide.org/whw/bajarFS.php?tl=3&per=143>

demanda, justificando la relación entre la finalidad del control policial con el medio empleado (el indicio de determinados aspectos físicos) ¹¹² y el lugar donde se realizó¹¹³. No obstante la sentencia fue matizada por un voto particular que ponía de relevancia el hecho de que esa práctica era contraria al artículo 14 de la CE en la medida en que un extranjero regular podría estar siempre en el punto de mira como posible sospechoso en relación a unos indicios físicos, lo que va en contra de la integración social de los extranjeros.¹¹⁴ Esta sentencia se complementó posteriormente en el ámbito internacional con la Decisión señalada antes¹¹⁵, en ella se consideró que España había violado el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, había tenido lugar un caso de discriminación en la medida en que estos controles ni pueden basarse en simples características físicas o étnicas de una persona ni estas pueden utilizarse como elemento indiciario de una situación administrativa irregular.

De esta forma, si bien el uso de los perfiles raciales queda parcialmente legitimado en otros ordenamientos jurídicos¹¹⁶, en nuestro caso se pretende

¹¹² En este sentido F.J octavo de la sentencia señalaba que “el Art. 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, dispone que ‘los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes’ (...) A tal efecto, forzoso es reconocer que, cuando los controles policiales sirven a tal finalidad, determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos como razonablemente indiciarias del origen nacional de la persona que las reúne”. Señala también en el mismo fundamento jurídico que esta identificación “no puede ser ilógica, irracional, o arbitraria” exigiendo que se desarrolle “de forma proporcional, respetuosa, cortés y, en definitiva, del modo que menos incidencia genere en la esfera del individuo”.

¹¹³ El FJ octavo destaca “la variedad de circunstancias de esta índole (lugares de tránsito de viajeros, de hospedaje, zonas con especial incidencia de la inmigración, etc.) determina que su valoración sea eminentemente casuística”.

¹¹⁴ Voto particular de Diego González Campos “Pues basta reparar, en relación con los extranjeros del primer grupo, que si pueden quedar sujetos a la posibilidad de reiterados controles por razón de la raza, con tales medidas no sólo se está afectando negativamente a un elemento de la identidad de las personas que su dignidad como tales exige que sea respetado, sino que se está frustrando el objetivo de integración de los extranjeros en la sociedad española. Y respecto a los segundos, puede conducir a una consecuencia no menos grave: que se produzca una discriminación entre nacionales por razón de la raza, también atentatoria a su dignidad personal, como a mi entender ha sucedido en el presente caso”.

¹¹⁵ En esta decisión el comité dictaminó que se trataba de un caso de discriminación por su origen racial, destacando al amparo de la luz de los artículos 26 y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que las autoridades de un país no pueden establecer para realizar controles de identidad policiales en materia de inmigración, que las características físicas o étnicas de los individuos sean consideradas un indicio de su residencia ilegal.

¹¹⁶ Así se contempla, por ejemplo, en Estados Unidos, en el estado de Arizona, en relación a la ley SB1070 respecto de la cual en Mayo de 2012 el tribunal Supremo ratificó la cláusula relativa a los controles de inmigración, concretamente la Sección 2b de la SB1070. Esta faculta a las policías a realizar arrestos sin orden judicial bastando con que exista “causa probable de

actuar contra su uso como instrumento discriminatorio arbitrario. Las dificultades prácticas para garantizarlo implican la necesidad de adoptar medidas concretas, sobre todo relacionadas con las estrategias de actuación de los cuerpos de seguridad, que pasarían por reforzar los parámetros objetivos que determinen el iniciar una posible identificación, así como establecer controles internos adicionales de sus actuaciones.

C-SEGUNDO ASPECTO: EDUCACIÓN ESCOLAR.

Otro de los ámbitos vinculados directamente con la Administración del Estado, donde el fenómeno de la discriminación adquiere importante relevancia, es el relativo a la educación escolar.

Con el objetivo básicamente de contribuir al pleno desarrollo de la libertad, nuestro modelo educativo se basa en transmitir un conjunto de valores propios de nuestro estado democrático, principios constitucionales y el respeto a los derechos fundamentales. Configurándose en el artículo 27 de la Constitución¹¹⁷ como un derecho fundamental de carácter prestacional, obligatorio¹¹⁸, gratuito (hasta ciertos niveles), y general, cuya configuración y desarrollo son abiertos.

Hay dos cuestiones que afectan al ejercicio de este derecho y que pueden favorecer en determinadas circunstancias el fenómeno discriminatorio. De un lado, el hecho de que su configuración y desarrollo, pese a su carácter prestacional, está directamente vinculada con aspectos económicos; influye, por ejemplo, en la medida en que el profesorado y los recursos técnicos disminuyan, lo que puede derivar en la falta de especialización, cuando se intenten desarrollar políticas educativas interculturales, o en caso de intervención frente a conflictos que por estas razones puedan derivar en fenómenos como el acoso escolar o segregacionismo involuntario. De otro, en relación a la capacidad de los padres y tutores como beneficiarios instrumentales legitimados de este

creer” que un individuo ha cometido un crimen aunque esta sea motivada por criterios raciales o étnicos.

¹¹⁷ Regulado también en otros instrumentos internacionales como el Artículo 26 Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1966 o el Artículo 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹¹⁸ La etapa de escolarización obligatoria es la comprendida por la enseñanza básica que abarca de los 6 a los 16 años como contempla el artículo 9 de la actual LOCE.

derecho respecto de la libre elección del centro¹¹⁹, lo que en muchas ocasiones supone que cuando hacen acto de presencia prejuicios o tópicos (como el hecho de infravalorar el rendimiento de un centro educativo por la presencia en él de estudiantes de otras etnias o razas, o creer que ello pueda suponer un choque cultural que mine los esfuerzos y el progreso educativo de los menores) pueda terminar cristalizando en la formación de las escuelas “gueto”. De esta forma, el riesgo de que, en base a estos factores, se desarrolle una red escolar segregada¹²⁰ puede tener a su vez como efecto colateral el incremento de las tasas de abandono escolar.

Para evitarlo, la LOE actual se ha redactado de forma que se reconoce la necesidad de que los centros educativos, tanto públicos, como privados, realicen una escolarización sin inclusiones, donde los criterios de adjudicación de plazas en los centros escolares no obedezcan a criterios subjetivos, que conduzcan entre otras cosas a una discriminación étnica o racial, y establece, a su vez, la posibilidad de actuar mediante apoyos y recursos económicos sobre aquellos grupos personas vulnerables en este sentido¹²¹.

¹¹⁹ Derivado esto del desarrollo e interpretación de los artículos de la CE 27: “1-Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. 2 -“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.- 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.- 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.- 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales. - 7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos, intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca.- 8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes.- 9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca.- 10. Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la Ley establezca” y 39: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. - 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad. - 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda - 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. La titularidad del derecho a la educación en la figura de los padres disminuye progresivamente conforme se va alcanzando la mayoría de edad”.

¹²⁰ Se trata de una red “que se aproxima a una situación de homogeneidad social intraescolar y de heterogeneidad social interescolar, o sea, una red escolar con un perfil de alumnado homogéneo dentro de los centros y heterogéneo entre los centros”. Benito, R. y González, I, “Procesos de segregación escolar en Catalunya”. *Polítiques* 59, 2007.

¹²¹ Recogido en la L.O 2/2006 de Educación artículos 80 y siguientes, se especifica en el artículo 84 que “En ningún caso habrá discriminación por razón de ... raza... o cualquier otra

Actualmente, se trabaja sobre este campo mediante dos instrumentos políticos de nivel estatal, como son El Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración y el Acuerdo por el que se aprueba la Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia.¹²²

El margen de apreciación para la configuración del derecho a la educación, habiendo sido reconocido internacionalmente en varios instrumentos, este derecho colisiona con aspectos políticos, económicos y sociales que dificultan su desarrollo, por lo que no existe una única configuración válida. En este sentido, en el ámbito internacional, el Tribunal de Estrasburgo marcó un punto de inflexión al respecto sobre la naturaleza multidisciplinar del fenómeno de la discriminación por etnia o raza en la educación, en relación con las sentencias del asunto D.H. y otros contra la República Checa¹²³ conocido como “Caso Ostraba”, relacionando el derecho a la educación con el artículo 14 Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹²⁴, consecuencia de la iniciativa de un

condición o circunstancia personal o social” (No obstante en la misma línea se regulaban disposiciones similar en la LOCE 10/2002 anterior, en la medida en que se recalca en su exposición de motivos la necesidad de integración educativa de estudiantes extranjeros y de otras culturas, destacando la igualdad de derechos y obligación de estos respecto a los alumnos españoles).

¹²² El primero aprobado por Consejo de Ministros en Septiembre de 2011 y con vigencia hasta el año 2014, tiene como uno de sus objetivos el acceso y permanencia al sistema educativo en condiciones de igual, independientemente del origen, apostando para ello por una distribución del alumnado que evite la concentración y segregación. El segundo, aprobado en Noviembre de 2011 y con vigencia hasta 2013, se centra en evitar el fenómeno de la segregación y en el desarrollo de formación preventiva en esta materia.

¹²³ Las sentencias relativas al asunto D.H. and Others v. The Czech Republic” Application no.57325/00, se dictaron: la primera, en Febrero de 2006, por la Sala de la Segunda Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y, la segunda sentencia es dictada el 13 de noviembre de 2007, por la Gran Sala como recurso de la anterior. El criterio del tribunal fue distinto en ambas, lo que supuso un punto de inflexión en materia de igualdad y no discriminación en el ámbito educativo, si bien la primera sentencia se basaba en un concepto de discriminación entendido como “todo trato diferente a personas en situaciones relevantes similares, sin una justificación objetiva y razonable” (Igualdad como no discriminación); por su parte, la Gran Sala basó su decisión considerando el status sociológico de la Comunidad Gitana asentada en la República Checa (igualdad como no sometimiento) como clase desaventajada frente al resto. Lo que derivó, entre otras cosas, en establecer que la carga de la prueba recae sobre el Estado, en la existencia de una fuerte presunción de discriminación indirecta, en la falta de objetividad en el trato entre menores de etnia gitana y otras, la falta de proporcionalidad en la medida adoptada y la no necesidad de analizar cada caso concreto, sino abordarlo desde una perspectiva de grupo socialmente vulnerable.

¹²⁴ Artículo 14: “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”.

grupo de padres de niños y niñas de etnia gitana, frente a lo que consideraban un caso de discriminación por parte de la República checa motivado por criterios étnicos, en la medida en que, según ellos, durante los años 1996 y 1999 sus hijos habían sido situados en escuelas especiales para discapacitados mentales en una proporción del 75%, sin que hubiese una justificación para ello. En el caso español, el último informe de la ECRI ¹²⁵ ha destacado fundamentalmente la necesidad de revisar los procesos de asignación y reparto de plazas escolares, así como de estudiar la posibilidad de incluir dentro de los planes de estudio contenido relativo a la historia, cultura y tradiciones del pueblo gitano.

Respecto a esto último, los condicionamientos económicos en el ámbito educativo, sobre todo en los centros públicos, lo dificultan debido, de un lado, a la necesidad de elaborar un contenido concreto, común, objetivo y adicional al temario oficial relativo a grupos minoritarios en España, del que, por cierto, cabe destacar que no podría circunscribirse únicamente el elemento gitano, ya que la influencia y supervivencia hasta la actualidad de otros merecerían también su inclusión. De otro lado, que para este supuesto la figura didáctica más indicada sería posiblemente la del mediador intercultural. Esta es una figura clave, sobre todo para el tercer sector, en materia de gestión de la convivencia entre los grupos de individuos solicitantes de sus servicios (por ejemplo, como en el caso de refugiados o inmigrantes), cuya especialización reside, no sólo en conocer las diferencias entre etnias o razas con las que trabaja, sino también, cómo estas diferencias pueden aproximarlas, que es precisamente la clave por la que apuestan las políticas de integración que van más allá de la mera aproximación multicultural. Podría ser viable la cristalización de este planteamiento en el marco de las Comunidades Autónomas con apoyo logístico del tercer sector y coordinado en este caso por organismos a nivel nacional que manejen datos a nivel estadístico reales, que permitan conocer las necesidades concretas de cada región; en este caso, el OBERAXE,¹²⁶ por la estrecha vinculación que tiene con los anteriores y los datos

¹²⁵ “Cuarto informe ECRI sobre España”, Febrero de 2011, página 23 y 24, disponible en <https://sede.asturias.es/bopa/disposiciones/repositorio/LEGISLACION11/66/6/001U002IPE0002.pdf>

¹²⁶ También en esta línea, “El Consejo para la Promoción de Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por Origen Racial o Étnico” dentro de su red de observación ha

que maneja. De esta forma, sin invadir la concreción curricular de cada centro, podría paralelamente actuarse de forma esporádica en esta materia, lo que supondría prevenir además otro tipo de manifestaciones de la discriminación, como el acoso escolar o la exclusión de unos alumnos para con otros. Esto serviría también para reforzar en el bloque de asignaturas que se desarrolla dentro de la Educación para la ciudadanía¹²⁷, pues uno de los problemas que presenta en su estructura es que esta se imparte en tres bloques diferenciados: "Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos" (comprende dos cursos que pueden darse el primero en el tercer ciclo de primaria y el segundo en alguno de los tres primeros años de la ESO), "Educación Ética Cívica" que se imparte en cuarto de la ESO) y "Filosofía y Ciudadanía" que se imparte en uno de los dos cursos del bachillerato. De manera que este tercer bloque se imparte a alumnos de entre 16 y 18 años que eligen de forma voluntaria realizar el bachillerato, como parte de materia común en ese curso¹²⁸ según el Real Decreto 1467/2007. En su Anexo I, donde describe la definición, el objetivo y el contenido de las materias comunes, en relación a la asignatura "Filosofía y ciudadanía" se establece como uno de los objetivos el "Adoptar una actitud de respeto de las diferencias y crítica ante todo intento de justificación de las desigualdades sociales y ante toda discriminación, ya sea por sexo, etnia, cultura, creencias u otras características individuales y sociales", en base a este desarrolla un contenido que abarca aspectos biológicos, históricos y culturales de la evolución del ser humano que forma parte de esa asignatura. Aquí se aprecia la importancia de este bloque a la hora de construir una conciencia crítica en los alumnos que permita de forma objetiva hacer frente a planteamientos interculturales, así como el problema de la falta de un mecanismo concreto que complemente la formación de aquellos estudiantes que no optan por el bachillerato. De esta forma la etapa de escolarización

establecido un protocolo de actuación respecto de aquellos centros educativos que denuncien la existencia de acoso o discriminación de esta naturaleza respecto de sus alumnos y cuya pieza central consiste en impartir como refuerzo una formación de naturaleza intercultural a todos los alumnos.

¹²⁷ Asignatura incorporada al sistema educativo por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación a raíz de la recomendación (2002/12) del comité de ministros a los estados miembros sobre la educación para la ciudadanía democrática adoptada por el comité de ministros, donde en su punto tres se recomienda Hagan de la educación para la ciudadanía democrática un objetivo prioritario de la política educativa y de sus reformas.

¹²⁸ Así se regula en el Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas, artículo 6.

obligatoria la comprendida entre los 6 y 16 queda falta de este contenido que afecta entre otras cosas a la prevención de la discriminación racial y étnica.

En el momento presente el Ministro de Educación José Ignacio Wert ha manifestado su intención de modificar esta asignatura que él considera con “carga de adoctrinamiento”¹²⁹. Y es que desde que empezó a impartirse, esta asignatura no ha estado exenta de polémica, hasta llegar incluso al Tribunal Constitucional. El caballo de batalla fue el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia de algunos padres, en relación a sus hijos, respecto del contenido lectivo impartido en ella y que era tildado de doctrinario. Las sentencias del Tribunal Supremo¹³⁰ negaron este derecho, destaca en relación a la sentencia del recurso de Casación 248/2008 del TSJ de Asturias en el FD 8º, sobre el grado de adoctrinamiento, que *“no cabe deducir de la configuración que se ha dado a la materia Educación para la Ciudadanía las ideas de que no hay otra moral que la que recogen las normas jurídicas, que el ordenamiento jurídico admite cualquier contenido con independencia de su significado ético y que las normas reglamentarias asuman una denominada “ideología de género”, concebida en los términos que parecen deducirse de sus escritos”*. De igual forma y en relación con la objeción de conciencia, en su FD 7º se dice que *“el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2, hemos de reiterar que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario ... Asimismo, es preciso añadir que ni las normas internacionales, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo han reconocido en el ámbito educativo”*. No obstante la polémica no ha concluido, por ejemplo el Tribunal Superior de Castilla y León se apartó de la línea establecida por el Tribunal Supremo reconociendo en el año 2009 ¹³¹ el derecho a la objeción de unos padres en relación al contenido lectivo que reciba su hija en esa materia y que

¹²⁹ Declaraciones que pueden leerse en <http://www.abc.es/20120201/sociedad/abci-wert-educacion-para-ciudadania-201202011004.html>

¹³⁰ Sentencias del Tribunal Supremo sentencias de 11 de febrero de 2009 DB TS 449/2009, RC 948/2008, en la BDB TS 450/2009, RC 1013/2008 y la BDB TS 451/2009, RC 905/2008.

¹³¹ Sentencias del Tribunal Superior de Castilla y León las sentencias nº 1.998 y 1.999, de 23 de septiembre de 2009.

consideraban contrario a sus ideales religiosos. De igual forma se encuentran por resolver varios recursos de amparo en este sentido presentados ante el Tribunal Constitucional a finales de 2010.

En lo referente a la asignación de las plazas en los centros educativos, una alternativa sería actuar sobre el funcionamiento de las “comisiones de escolarización”¹³², mediante la centralización en un menor número de éstas, de forma que puedan canalizar objetivamente todas las solicitudes presentadas. A su vez, podría resultar útil que, respecto a los criterios actuales que se utilizan para la concesión de una plaza escolar (agrupación de los hermanos en un mismo centro, cercanía del centro respecto del domicilio...), cuyo objetivo pretende una escolarización sin discriminación por motivos socio-económicos, culturales, religiosos o de género, y con el fin de evitar guetos escolares, el procedimiento estuviese motivado por los datos estadísticos de asociaciones y ONGs circunscritas, precisamente, al ámbito territorial de la comisión que reflejen la realidad de los criterios a tener en cuenta según los casos concretos. Así, podría complementarse en ámbitos regionales concretos lo mencionado en el punto anterior, en relación a grupos minoritarios consolidados en España respecto de los que la ECRI reclamaba mayor atención.

D-TERCER ASPECTO: PROYECCIÓN EN EL DEPORTE.

El mundo del deporte es otro de los ámbitos donde la presencia de la discriminación racial y étnica está presente con asiduidad¹³³, en forma muchas veces de violencia física y verbal, aunque incluso ha llegado a cristalizar en forma de segregacionismo¹³⁴. El fenómeno se enfatiza en determinados deportes colectivos, como son el fútbol o el baloncesto, mientras que, por el contrario, deportes donde existe un contacto físico claro, como el judo, boxeo o el rugby

¹³² Por su importancia conforme al artículo 84.1 de la LOE que recoge: “las administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores.

¹³³ Como ejemplo internacional la Edición digital de “El Mundo” de 17-2-2012 recogía que “El Manchester City” había presentado una denuncia ante la UEFA por insultos racistas contra Mario Balotelli en un partido ante el Oporto. También la edición digital del ESPNFC de 15 -6-2012 respecto de la denuncia de la eurodiputada socialista holandesa Ermine Bozkurt ante la Comisión Europea que los jugadores negros de la selección de su país fueron increpados con insultos racistas durante un entrenamiento en Polonia .

¹³⁴ Hasta 1959 en Sudáfrica los deportistas blancos y negros tenían prohibido practicar los deportes de forma unida, fue necesaria la intervención del COI y una amenaza de no dar permiso para participar en los Juegos Olímpicos de Tokio.

no se ven afectados por este fenómeno, no existe al respecto un consenso unánime sobre las razones que lo justifiquen¹³⁵.

No obstante, si bien concretar su origen resulta complejo, podrían destacarse dos factores importantes que favorecen su aparición y sobre los que sí se puede actuar de forma directa. Por un lado, el desarrollo de este tipo de espectáculos en un ambiente público (que favorece una conducta exhibicionista) y colectivo (que puede actuar desinhibiendo los comportamientos.) Por otro lado, la interrelación de los actores implicados, ya que ésta se produce fuera y dentro del campo e implica a deportistas, directivos, afición, Administración Pública y medios de comunicación. Esto articula un planteamiento de reciprocidad, por el que las relaciones que muchos directivos de clubes deportivos mantienen con grupos de aficionados radicales sirven de noticia a los medios de comunicación que reciben con interés los aficionados.

La normativa al respecto de nuestro ordenamiento jurídico deriva del “Convenio Internacional sobre la violencia, seguridad e irrupciones de espectadores con motivo de manifestaciones deportivas y, especialmente, partidos de fútbol”¹³⁶, reconociendo en su preámbulo que “si bien la violencia es un fenómeno de origen extraño al deporte, éste constituye muchas veces terreno para su estallido”¹³⁷.

De entre los instrumentos normativos vigentes, destaca, de un lado “El Protocolo de Actuaciones contra el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Fútbol”, que se firmó el 18 de marzo de 2005, elaborado a propuesta del Consejo

¹³⁵ Existen varias construcciones que tratan de dar una respuesta, como, por ejemplo, las que defienden que a través de este fenómeno (en relación al ámbito deportivo del fútbol) se busca un reconocimiento social del individuo como miembro activo de la clase trabajadora donde éste tuvo sus orígenes (Teoría Sociológica Subcultural de Taylor y Clark), otras defienden la búsqueda de una identidad grupal basada en una conducta gregaria del individuo que pasa a formar parte de una organización con códigos éticos y morales concretos (Teoría Psicología Social Etnogénica); otras corrientes lo justifican como la consecuencia de una combinación de factores como el nivel social, el peso de los medios de comunicación y las políticas gubernamentales a este respecto (Planteamientos de la escuela de Leicester).HERNANDEZ MENDO , Antonio y MAIZ RODRIGUEZ, Josefina , “Análisis de los comportamientos violentos”. *Revista Digital efdeportes Año 15 N° 146 Julio de 2010*.

¹³⁶ Aprobado por el del Consejo de Europa de 1985, ratificado por España en 1987, que ha servido para inspirar otras iniciativas en materia de racismo como El Congreso extraordinario de la Federación Internacional de Fútbol Asociado, celebrado en Buenos Aires en el año 2001.

¹³⁷ A veces resultan llamativas las declaraciones de determinadas autoridades como las realizadas por Presidente de la UEFA Platini a la BBC en Junio de 2012, en relación a los posibles incidentes racistas que podría surgir en la Eurocopa exonerando a este deporte ninguna responsabilidad en materia de racismo. *Disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=m56-hN-J-Jg>*

Superior de Deportes, en cuya introducción reconoce el potencial del fútbol como fenómeno deportivo de impacto social para la lucha contra la discriminación racial, y destaca el reconocimiento de acciones legales en el ámbito de internet respecto de páginas web que vinculen un símbolo o signo distintivo de un club con mensajes racistas o discriminatorios.

De otro lado, destaca la Ley 19/2007, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia, que se aplica a las competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal al amparo la Ley 10/1990 del Deporte, y que responde, como especifica en su preámbulo, a la transposición de la Directiva 2000/43, respecto de la aplicación del principio de igualdad de trato en las personas, independientemente de su origen racial o étnico, en la que define de forma autónoma y general el racismo en su artículo 1.E ¹³⁸ clasifica en su artículo 2 de forma concreta “actos o conductas violentas o que incitan a la violencia en el deporte” por un lado y “actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte” por el otro, pero esto trae como consecuencia que reconociéndose la violencia verbal como manifestación de acto racista¹³⁹, la física no queda recogida dentro de este grupo, lo que resulta relevante en la aplicación de los criterios modificativos de la responsabilidad que recoge el artículo 27 de la Ley ¹⁴⁰.

En otro orden, destaca también la apuesta que se hace por la vía educativa y de la promoción de valores de integración y convivencia en el artículo 16, al atribuirle a la Administración General del Estado, respetando las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de educación, la

¹³⁸ Artículo 1-e: “se entiende por racismo y discriminación racial directa e indirecta, 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”.

¹³⁹ Artículo 2- c): “Las declaraciones, gestos o insultos proferidos en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, que supongan un trato manifiestamente vejatorio para cualquier persona por razón de su origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, edad, sexo u orientación sexual así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución”.

¹⁴⁰ Artículo 27: “Criterios modificativos de la responsabilidad: Para la determinación de la concreta sanción aplicable en relación con las infracciones relativas a conductas definidas en los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la presente Ley se tomarán en consideración los siguientes criterios... La existencia de intencionalidad o reiteración. De esta forma, para una agresión violenta de naturaleza física es irrelevante si tiene como móvil un motivo racista”.

posibilidad de fomentar campañas publicitarias en la juventud y cualquier otra medida en este sentido¹⁴¹. Cabe destacar, por último, la estructura de esta Ley, en la medida que al diferenciar el régimen disciplinario deportivo en el Título III (en relación con la práctica del deporte y sus participantes) del sancionador del Título II, vinculado con la potestad sancionadora de la Administración Pública (en relación con el espectáculo como tal) con sanciones y sujetos pasivos¹⁴².

Desarrollando la anterior, se encuentra el “Real Decreto 748/2008, de 9 de mayo, por el que se regula la Comisión Estatal contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte”, y el “Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte), los cuales han servido, junto con la anterior, para impulsar la creación de un grupos de órganos especializados en la materia y en especial en el ámbito del fútbol .

Este grupo está compuesto por el “Observatorio de la Violencia, el Racismo y la Xenofobia en el Deporte, en el seno de Comisión Nacional contra la Violencia en los Espectáculos Deportivos”, con el objeto de analizar e informar sobre la realidad de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. También por la “Comisión Estatal contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia” cuya composición destaca la presencia de representantes de la administración y también de ONGs y Asociaciones de

¹⁴¹ Artículo 16:” Sin perjuicio de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas, la Administración General del Estado asume la función de impulsar una serie de actuaciones cuya finalidad es promover la convivencia y la integración intercultural por medio del deporte en el ámbito de la presente Ley. A este fin, en función de las disponibilidades presupuestarias existentes en cada ejercicio, adoptará las siguientes medida: G) El desarrollo de campañas publicitarias que promuevan la deportividad y el ideal del juego limpio y la integración, especialmente entre la juventud, para favorecer el respeto mutuo entre los espectadores y entre los deportistas y estimulando su participación activa en el deporte I) Y todas aquéllas que fomenten valores formativos del deporte”.

¹⁴² Título III , artículo 32: “Las personas vinculadas a una federación deportiva mediante una licencia federativa estatal o autonómica habilitada para la participación en competiciones estatales, así como los clubes, Sociedades Anónimas Deportivas y las personas que desarrollen su actividad dentro de las mismas podrán ser sancionados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes.” Por su parte el T.II , artículo 26.2 señala que: “De las infracciones a que se refiere el presente título serán administrativamente responsables las personas físicas y jurídicas que actúen como autores y sus colaboradores....Jugadores, personal técnico y directivo, así como las demás personas sometidas a disciplina deportiva ... con lo dispuesto en el título tercero de la presente Ley y en las disposiciones reglamentarias y estatutarias de las entidades deportivas, cuando tales conductas tengan lugar con ocasión del ejercicio de su función deportiva específica. Estos mismos sujetos se encuentran plenamente sometidos a las disposiciones del presente título cuando asistan a competiciones o espectáculos deportivos en condición de espectadores”.

Prensa Deportiva, éste, además de actuar como organismo sancionador para clubes federaciones y espectadores, tiene entre sus funciones la formulación y realización de políticas activas contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Junto a estos dos, destaca también en materia de seguridad vinculada a las atribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la “Oficina Nacional de Deportes, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil”, la cual coordina la actividades de servicios relativos a la seguridad y auxilio en espectáculos públicos como son los de policía, bomberos, Cruz roja, ambulancias...en básicamente las competiciones de la Liga ACB y en las 1ª y 2ª División "A" y "B" de fútbol.

No obstante, a pesar de esta estructura normativa reforzada por los órganos anteriores, el reciente informe de la ECRI¹⁴³ criticaba este panorama, destacando la necesidad de ampliar las competencias de la Comisión Estatal a todas las competiciones deportivas profesionales, así como la extensión de códigos éticos en federaciones, clubes y asociaciones de aficionados.

De esta forma, a diferencia de otros sectores normativos en el campo de la Administración, la regulación jurídica en esta materia afronta el fenómeno de forma muy completa en cuanto al ámbito del fútbol se refiere. Podría resultar positivo extender esta mecánica al resto de los deportes mediante la centralización en órganos no tan especializados en este deporte concreto.

No obstante, la presencia de este fenómeno sigue siendo una realidad, como señalábamos anteriormente, porque, en cierta medida, nos encontramos con el mismo problema que en ámbitos como el penal; la sanción, por si sola, ha demostrado no ser suficiente, para los grupos radicales estar en el punto de mira por su comportamiento es a veces una forma de legitimación basado en la capacidad de producir miedo, éste ha sido el caso de determinados sectores de grupos radicales, como, por ejemplo “ Ultra sur” por lo que una posible forma de progresar en este sentido sería el trabajo sobre la red de relaciones de éstos con el resto de personas físicas y jurídicas vinculadas al deporte.

¹⁴³ “Cuarto informe ECRI sobre España” , Febrero de 2011, página 30, disponible en <https://sede.asturias.es/bopa/disposiciones/repositorio/LEGISLACION11/66/6/001U002IPE0002.pdf>

E-CUARTO ASPECTO: SOLICITUD DE PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL.

La figura de la protección internacional se encuentra vinculada a la discriminación por razón de etnia o raza, en la medida en que este tipo de situaciones puede motivar su solicitud y derivar en el reconocimiento por parte del Estado Español de la concesión del derecho de asilo respecto de quien se reconozca el estatus de refugiado y de la protección subsidiaria en relación a los extranjeros en determinadas circunstancias¹⁴⁴.

El concepto de raza que se maneja en este ámbito se configura de forma amplia, que va más allá de la pertenencia a una raza o etnia reconocida como tal; de esta forma, las observaciones del ACNUR en su “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados Diciembre 1992”¹⁴⁵ han inspirado a la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 ¹⁴⁶cuya transposición literal en el artículo 7.a de nuestra Ley 12/2009 Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria señala como el concepto de raza “ comprenderá, en particular, consideraciones de color, origen o pertenencia a un determinado grupo étnico”. Se abre con ello un mayor abanico de posibilidades de combatir este fenómeno en países donde se materializa de otras formas.

El proceso de solicitud (tanto en frontera como en territorio) se caracteriza, entre otras cosas, por la posibilidad de que se incluyan, desde el

¹⁴⁴ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. En relación al derecho de asilo establece en su Artículo 2 que “... es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado”, regulada en el artículo 3 reconociéndose “... a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza...se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al ...”. Mientras que la protección subsidiaria se configura el artículos 4 como “...el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10”.

¹⁴⁵ Señala en su punto 68 que” En el presente contexto, el concepto de raza debe entenderse en su sentido más amplio, que abarca todos los grupos étnicos habitualmente denominados “razas”. Con frecuencia implicará también la pertenencia a un grupo social determinado de ascendencia común que constituye una minoría en el seno de una colectividad más amplia”.

¹⁴⁶ Directiva por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

inicio de la instrucción, todo tipo de informes de apoyo que avalen la situación su condición por parte de entidades del tercer sector ¹⁴⁷, lo cual, habiendo sido reconocida la importancia jurisprudencialmente¹⁴⁸ de este tipo de apoyos (conocidos como COI abreviatura de “Country original Information”), pone de manifiesto la importancia de una actividad desarrollada por el tercer sector, sobre todo en solicitudes presentadas en frontera donde el plazo máximo para resolver es de cuatro días.

Debe tenerse en cuenta que en estos casos la protección jurídica, frente a discriminación de raza o etnia, se traduce en una solicitud de protección internacional, motivada por una radiografía que demuestre esa realidad en países que en muchas ocasiones por la falta de un gobierno legitimado democráticamente, un mayor peso de elemento como el religioso en la determinación de sus normas jurídicas, o simplemente encontrarse en una situación de conflicto bélico interno o externo hacen que el fenómeno cristalice por canales diferentes a los que estamos acostumbrados en España.

No obstante, la protección frente a la discriminación racial o étnica que articula el ordenamiento jurídico español puede no aplicarse cuando habiéndose solicitado la protección internacional la persona solicitante tenga la consideración de refugiada con derecho a residir ¹⁴⁹ en un tercer Estado, siempre que sea readmitida en ese país, no exista peligro para su vida o su libertad, ni esté expuesta a tortura o a trato inhumano o degradante y tenga protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, con arreglo a la Convención de Ginebra. Pero si tenemos en cuenta que la protección de este fenómeno se articula también conforme a otros instrumentos como se ha visto con anterioridad debido a todos los ámbitos a los que afecta, no carecería de sentido el tener en cuenta todo este factor además del reconocimiento de la condición de refugiado en un tercer estado, fundamentalmente porque la

¹⁴⁷ Así se establece en la disposición adicional sexta de la Ley 12/en relación con la colaboración con las Organizaciones No Gubernamentales, estableciéndose que “Los poderes públicos promoverán la actividad de las asociaciones no lucrativas legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figuren el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional. Sus informes se incorporarán a los oportunos expedientes de solicitudes de protección internacional incoados por el Ministerio del Interior”.

¹⁴⁸ En ésta y a nivel europeo sirva de ejemplo la decisión del Consejo de Estado de los Países Bajos 200407775/1 de 2005 o la de la Corte de Apelación Belga en 04-3388/F1755 en el 2005.

¹⁴⁹ En el artículo 25.2.b) y en el artículo 26 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

integración social, de cuya falta viene huyendo el solicitante de protección, es uno de los objetivos de nuestro ordenamiento jurídico para tratar ese fenómeno.

Otro problema adicional son los plazos de tiempo establecidos para el estudio de las solicitudes de esta protección en los puestos fronterizos que es de cuatro días¹⁵⁰ desde la presentación de esta, si bien es cierto que posteriormente en caso de negativa cabe interponer un recurso potestativo de reposición, este sólo tiene un plazo para prepararse de dos días. De esta forma, la última opción consistiría en la interposición de un recurso contencioso - administrativo, junto con los gastos que de ello se deriva, en relación a unos solicitantes que en la mayoría de las ocasiones carecen de medios económicos suficientes, nuevamente el papel del tercer sector resulta clave a la hora de ofrecer asistencia jurídica en ese punto. Ya que tanto en el caso de solicitudes presentadas en frontera como en territorio, un país se considera seguro conforme a los criterios del artículo 27 de la Directiva 2005/85/CE¹⁵¹. Pero en materia de discriminación racial o étnica, la amenaza puede existir a través por ejemplo de políticas segregacionistas basadas en normas sociales que no jurídicas, pero si no se está sobre el propio terreno resulta difícil de ver como amenaza a largo plazo.

¹⁵⁰ Así lo establece el artículo 21.1 de la Ley 12/09: "Solicitudes presentadas en puestos fronterizos. En todo caso, la resolución deberá ser notificada a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación".

¹⁵¹ Directiva aprobada en 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Define en su artículo 27 como país seguro aquel que: "a) su vida o su libertad no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política; b) se respeta el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; c) se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho internacional; d) existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra".

VI: ÁMBITO JURÍDICO CIVIL.

A-INTRODUCCIÓN.

Dentro de este ámbito, donde se regulan las relaciones privadas entre los particulares, el fenómeno de la discriminación por raza o etnia se manifiesta con fuerza favorecido muchas veces por la autonomía privada de la voluntad. En este sentido, la acción civil de responsabilidad patrimonial¹⁵² es el mecanismo de carácter general que dispone la persona afectada frente a conductas discriminatorias de terceros que no puedan reconducirse a otros ámbitos (como la derivada por ejemplo de la responsabilidad penal por delito o falta, que se regula en los artículos 109 a 124 del Código Penal), la cual se ha visto favorecida por la aplicación de la inversión de la carga de la prueba regulada en Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ¹⁵³ .

Pero nuestro ordenamiento jurídico ha desarrollado normativas específicas para tratar este fenómeno en sectores determinados, sobre todo a raíz del impulso recibido por la directiva europea 2000/43/CE ¹⁵⁴, producto del riesgo que entiende puede producir este fenómeno respecto de los objetivos señalados en el Tratado CE¹⁵⁵. Aunque pueda suponer cierto riesgo en relación a la autonomía privada de la libertad para la contratación de bienes y servicios, en contextos que vayan más allá del ámbito estrictamente personal donde esta no puede aplicarse. En esta línea dos sectores muy concretos donde se observa con

¹⁵² El artículo 1902 del Código Civil establece que: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

¹⁵³ Su artículo 32 señala que: “En relación con el origen racial o étnico En aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

¹⁵⁴ La Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su etnia o raza establece como ámbito de aplicación en su artículo 3: “...el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda”.

¹⁵⁵ Así en el considerando número 9 de esta directiva se especifica: “La discriminación basada en el origen racial o étnico puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular la consecución de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad, y también puede hipotecar el objetivo de desarrollar la Unión Europea como un espacio de libertad, seguridad y justicia”.

lo anterior son el relativo al acceso a la vivienda y las restricciones impuestas en relación al acceso a determinados locales.

B-PRIMER ASPECTO: ACCESO A LA VIVIENDA.

En relación al acceso a la vivienda, el fenómeno que aquí se trata se materializa de múltiples formas que actuando a nivel individual pueden generar fenómenos secundarios que pueden afectar a una colectividad. De esta forma nos encontramos de un lado manifestaciones de discriminación que afectan al individuo, como serían la proliferación de anuncios de alquiler donde se especifica la no intención de alquilarlos a determinadas personas como gitanos, precios diferentes y desorbitados por el mismo, el rechazo por parte de los vecinos que integran la comunidad traducido en actitudes excluyentes...De otro lado, estas pueden derivar en fenómenos secundarios que afectan a grupos o colectividades como serían la segregación de viviendas o el exceso de personas que puede cristalizar en un fenómeno aún mayor como es el de la exclusión residencial¹⁵⁶.

El problema se circunscribe al ámbito de la exigencia de la no discriminación en el plano de las relaciones estrictamente privadas. La relación entre el principio de igualdad del artículo 14 de la CE y el ámbito de la autonomía privada fue analizado por el Tribunal Constitucional en su momento ¹⁵⁷ declarando que “...*el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otros, las que expresamente se indican en el artículo 14 de la Constitución*” de esta forma se reconocía que en el ámbito de las relaciones privadas se debe respetar los límites de la igualdad constitucional que se establece en el 14, pero el desarrollo posterior de normativa europea ha matizado que la libertad de es una manifestación de la libertad del individuo, que es a su vez uno de los valores fundamentales de

¹⁵⁶ Definida como “un proceso que conlleva la no resolución de las necesidades de alojamiento en los niveles precisos y adecuados para lograr que la vivienda actúe como un componente estable en el desarrollo de las actividades cotidianas, que refuerzan los procesos de integración y normalización social de cada persona, permitiendo un nivel de vida apropiado y el acceso a los recursos públicos. CORTES ALCALÁ, L, ANTÓN ALONSO, F. “La exclusión residencial. Gitanos. *Pensamiento Cultura*. Nº 40-41. Junio-octubre 2007. pp. 62-68.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1989 de 8 junio.

Unión Europea¹⁵⁸. De forma que normas como nuestra ley de transposición 6/2003, de 30 de diciembre intentan establecer los límites de la contracción en relación al derecho a la igualdad en casos concretos, así su artículo 29 especifica que su objetivo es *“para que el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas sea real y efectivo en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios”*. No obstante la normativa no es lo suficientemente concreta y carece de provisión en algunos aspectos, en este sentido volvamos a uno de los ejemplos anteriores y preguntémosnos si ¿podría entonces un particular interesado en alquilar una vivienda en propiedad ofertar con la condición de que no piensa tratar con gitanos?. En este sentido los prejuicios raciales de los propietarios manifiestan de dos formas, la primera públicamente si este decide colocar la oferta por ejemplo en un inmobiliaria, la segunda a través de la intención de no realizar ese contrato con determinadas personas. Respecto al primer caso, considerando que la colocación de la oferta como una vía de denegación a nuestra prestación a la que se tiene derecho, podríamos ir contra la inmobiliaria a través del artículo 512 del Código Penal (con la dificultad de determinar si se trata de una prestación a la que tiene derecho “, por lo que la conducta si sería punible, o bien “a la que puede acceder”). Otra alternativa sería considerar vulnerado el derecho al honor del artículo 18 de la CE¹⁵⁹ y proceder a una reclamación de daños por responsabilidad civil extracontractual en base a los artículos 1902 y ss. del Código Civil solicitando al órgano judicial como medida cautelar atípica negativa del 721.1 LEC la retirada del anuncio de la oferta entendemos que la oferta o incluso un acción de cesación que derivase de la aplicación del artículo 9.2 LO 1/1982¹⁶⁰. En el segundo caso, la manifestación del foro interno no alcanza la misma dimensión pública por lo

¹⁵⁸ Así el artículo 2 del TUE prevé: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

¹⁵⁹ LA CE en su artículo 18.1 establece que: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

¹⁶⁰ LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen establece en su artículo 9.2 que: “La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:...el cese inmediato de la misma”.

que el daño causado disminuye y además nos encontramos con el problema de la prueba lo que pone en duda la eficacia del auxilio judicial en este supuesto. Paralelamente parte de la solución frente a estas formas de discriminación, llega sobre todo , por parte el papel de las políticas públicas para hacer frente a este fenómeno que constituye una de las mejores estrategias para su erradicación, así lo destaca la ECRI en su último informe¹⁶¹, pese a reconocer la existencia de problemas de esta naturaleza sobre todo respecto de la comunidad gitana en España, donde pone de manifiesto la utilidad de medidas como “Plan Español de vivienda y rehabilitación” ¹⁶² como instrumento entre otras cosas para la erradicación del chabolismo, así como las políticas de entes administrativos de nivel locales y regionales que intermedian entre el propietario e inquilino de forma que ofreciendo la garantía el pago del alquiler busca por ,un lado, el erradicar posibles prejuicios étnico o raciales en los propietarios de forma que no restrinjan sus ofertas por estos motivos; Por otro, el que durante la vigencia del mismo este fenómeno no implique la rescisión, resolución o desistimiento anticipados aunque en estos supuestos cabría solicitar el auxilio judicial por incumplimiento contractual y responsabilidad civil contractual derivada de a un posible ataque contra la dignidad del arrendador en los mismos términos que señalábamos anteriormente.

C-SEGUNDO ASPECTO: DERECHO DE ADMISIÓN.

El fenómeno estudiado se encuentra relacionado en muchas ocasiones con el derecho de admisión reconocido a los establecimientos públicos como el caso de pubs, restaurantes, o comercios en la medida en que, erróneamente debido a su mala aplicación, sirve de base para que sus propietarios o encargados justifiquen negar la entrada de forma arbitraria a determinadas

¹⁶¹ “Cuarto informe ECRI sobre España” , Febrero de 2011, página 26, disponible en <https://sede.asturias.es/bopa/disposiciones/repositorio/LEGISLACION11/66/6/001U002IPE0002.pdf>

¹⁶² Plan Estatal Español de Vivienda y Rehabilitación (2009-2012), aprobado por Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre orientada a facilitar el acceso a una vivienda digna a personas con dificultades incluyendo también como objetivo contribuir a la erradicación del chabolismo, disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2008/12/24/pdfs/A51909-51937.pdf>. En esta línea destaca también el Plan de Acción para el Desarrollo de la Población Gitana (2010-2012) aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros el 9 de abril de 2010, que se centra de forma concreta en esta población y coincide con los objetivos de vivienda del otro. Disponible en http://www.msps.es/politicaSocial/inclusionSocial/poblaciónGitana/docs/ES_PLAN.pdf

personas en función por ejemplo de la etnia o raza o en base a criterios físicos o estéticos de los cuales pudiera deducirse esta . En la práctica esta discriminación se plasma de forma directa, bien sea por avisos o anuncios escritos o verbales, como de manera indirecta mediante justificaciones como la proximidad de la hora de cierre, el aforo limitado o la falta de reserva previa en restaurantes. Lo cual sirve de ejemplo de la capacidad de adaptación del fenómeno de la discriminación por raza o étnica que consigue socialmente verse legitimado en una práctica basada en el erróneo ejercicio de un derecho vinculado precisamente con la seguridad¹⁶³. Este derecho se encuentra regulado en el Real Decreto 2816/1982, del 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de policía de Espectáculos y actividades Recreativas, extendiéndose su campo a todo tipo de establecimientos destinados al público, de titularidad pública o privada¹⁶⁴. Pero a su vez algunas comunidades autónomas han desarrollado su contenido¹⁶⁵ como consecuencia de la

¹⁶³ Como señala Fernando Rey “... el derecho de admisión no puede amparar, a nuestro juicio, una política sistemática de discriminación racial por parte de establecimientos abiertos al público, REY MARTINEZ ,Fernando “La prohibición de discriminación racial o étnica en la unión europea y en España. El caso de la minoría gitana”,*Revista de Derecho Político*, 63-105 2003.

¹⁶⁴ En su artículo 59.1.e) se establece que: “El público no podrá entrar en el recinto o local sin cumplir los requisitos a los que la empresa tuviese condicionado el derecho de admisión, a través de su publicidad o mediante carteles bien visibles colocados en lugares de acceso, haciendo constar claramente tales requisitos”.Esto se complementa con lo regulado en su apartado segundo cuando se dice que “En general, el público habrá de mantener la debida compostura y evitar en todo momento cualquier acción que pueda producir peligro, malestar, dificultar el desarrollo del espectáculo o actividad o deteriorar las instalaciones del local, así como guardar el buen orden y disciplina, de acuerdo con las prescripciones establecidas en el presente Reglamento y las órdenes o indicaciones que a tal fin reciba de la autoridad o de la empresa”.

¹⁶⁵ En el caso por ejemplo de Asturias, la Ley del Principado de Asturias 8/2002 de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas establece que: ” 1. Los titulares de los establecimientos, locales e instalaciones y los organizadores de espectáculos públicos y actividades recreativas o personas en quienes deleguen podrán ejercer el derecho de admisión al objeto de impedir el acceso de personas que se comporten de manera violenta, puedan producir molestias al público o usuarios o puedan alterar así el normal desarrollo del espectáculo o actividad. A tal fin, las condiciones de admisión deberán ser debidamente autorizadas y visadas por la Consejería competente en materia de seguridad pública.2- El ejercicio del derecho de admisión no podrá utilizarse para restringir el acceso de manera arbitraria o discriminatoria, ni para situar al usuario en condiciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo.3- Las condiciones objetivas en que se podrá ejercer el derecho de admisión deberán constar en lugar visible a la entrada de los establecimientos, locales e instalaciones.”. Por su parte el artículo 24.2 de la Ley 17/1997de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Madrid regula que: “Este derecho no podrá utilizarse para restringir el acceso de manera arbitraria o discriminatoria, ni situar al usuario en condiciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo...Se prohíbe el acceso a los establecimientos, espectáculos públicos y actividades recreativas portando prendas o símbolos que inciten a la violencia, el racismo y la xenofobia”. O como el caso de Ley vasca 4/1995, de espectáculos públicos que señala en su artículo 21.D: “este

aprobación de los Estatutos de Autonomía y la promulgación de la Ley Orgánica 9/1992 de 23 de diciembre, este es por ejemplo el caso de Asturias que se complementa con normativa adicional relativa a la discriminación étnica o racial al incluir en el ejercicio de este derecho variantes en el acceso que suponen un riesgo potencial¹⁶⁶. El valor de este derecho ha sido reconocido jurisprudencialmente en varias ocasiones¹⁶⁷, se articula de esta manera como un derecho reconocido al titular¹⁶⁸ de un establecimiento público producto de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE por el que se le otorga cierto margen de discrecionalidad, en ocasiones de forma muy concreta¹⁶⁹ para determinadas actividades, que además está sujeto a una serie de limitaciones respecto de las cuales la jurisprudencia ha señalado, de un lado, que el carácter del derecho de admisión no es absoluto, que tampoco puede servir de justificación para la realización de prácticas discriminatorias por parte de los propietarios o encargados y que se precisa de publicitar con claridad y corrección los motivos de entrada, acceso y permanencia sobre todo cuando vayan más allá de lo previsto en el derecho que de por sí conlleva la

derecho se ejercerá, en todo caso, de conformidad con el principio de no discriminación, quedando excluida igualmente cualquier aplicación arbitraria o vejatoria “.

¹⁶⁶ Así el Decreto 6/2006 de 6 de Septiembre por el que se regulan los servicios de vigilancia y seguridad en espectáculos públicos y actividades recreativas y el ejercicio del derecho de admisión, en relación a la preocupación del fenómeno de la discriminación señala en su artículo 8.4 como limitación al acceso: “Llevar ropas o símbolos que inciten...al racismo” *Disponible en <https://sede.asturias.es/bopa/> disposiciones/repositorio/LEGISLACION11/66/6/001U002IPE0002.pdf*

¹⁶⁷ En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, sala 2ª de 16 de diciembre de 1993, ponente Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, estableció que: “... el dueño de un local no está obligado a tolerar la entrada de personas que, por las razones que sean, pueden generar conflictos que puedan afectar a otros clientes del bar o al propietario mismo”.

¹⁶⁸ Como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 26/1981, de 17 de julio FJ. 15 y 109/2003, de 5 de junio FJ 15 que: “ no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo que pretenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de la libertad pública protegida, un sacrificio menor”.

¹⁶⁹ Así el Real Decreto 2110/1998, de 2 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de máquinas recreativas y de Azar. Establece en su Art. 54 que: “ Los titulares o responsables de los establecimientos donde se hallen instaladas las máquinas impedirán el uso de las de los tipos «B» y «C» a los menores de edad, debiendo figurar en ellas, en su parte frontal y de forma visible, la prohibición de uso a los mismos. Podrán, asimismo, impedir el uso o acceso a quienes maltraten las máquinas en su manejo o existan sospechas fundadas de que así pudieran hacerlo”. Que complementa los artículos 60 y 61 RD2816/1982 en relación al acceso de menores a espectáculos, recreos, verbenas, salas de fiesta, discotecas y salas.

administración del establecimiento¹⁷⁰ , lo que responde a su posible configuración regional de conformidad con lo que establezca la regulación de las respectivas comunidades autónomas y al poder establecer de forma autónoma requisitos adicionales que no contravengan las anteriores . Aunque también puede darse en el ámbito de los privados como asociaciones o clubes, y así se pronunció el Tribunal Constitucional respecto de la prohibición de entrada a un casino por parte de una persona que no era no socio, estableciendo que el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 no supone un derecho de acceso ilimitado¹⁷¹.

No obstante, a veces su interpretación puede resultar problemática debiendo analizarse cada caso concreto para saber si nos encontramos ante un supuesto de discriminación por razón de etnia o raza reconducible al artículo 14 de la CE¹⁷².

Debido también a que en muchas situaciones la discriminación suele producirse a la entrada de los establecimientos de la mano de personal auxiliar como porteros o vigilantes, el papel del atestado policial para acudir a la vía que

¹⁷⁰ Así se describía en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 2 marzo de 2002 condenó como responsable de una falta de vejaciones injustas a la propietaria de un bar de Alcalá de Xivert no servía a magrebíes: “el derecho de admisión en los establecimientos públicos ni es absoluto, ni puede amparar prácticas discriminatorias, pues la única finalidad que pudiere tener tan controvertido derecho sería el impedir el acceso a personas que desarrollaren una actividad violenta o inconveniente para el normal desarrollo de la actividad recreativa o de esparcimiento del establecimiento. En definitiva, el mero hecho de mostrar un cartel indicativo de que se reserva el derecho de admisión, es algo inocuo pues tal derecho se ostenta sin hacer publicidad del mismo, como inherente al derecho de administración del establecimiento, siendo superficial el hacer publicidad de algo obvio.... Otra cosa será el establecimiento de unos requisitos de entrada o acceso a una determinada actividad recreativa o un concreto espectáculo público, en cuyo caso tales motivos de exclusión (nunca de carácter discriminatorio ni atentatorio contra derechos constitucionales) deberían de ser expresos y publicitados en el local, pero jamás un simple cartel de reserva del derecho de admisión puede dar cobertura a exclusiones inmotivadas de acceso al local, o a los servicios que se expenden en el mismo”.

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1985 de 14 de Junio en la que se dice que: “no constituye vulneración de derecho fundamental alguno, ya que la admisión de los no socios se hace depender del consentimiento de los encargados del establecimiento, sin que resulte del ordenamiento un derecho de cualquier ciudadano al acceso a este tipo de locales» añadiendo que «la prohibición de acceso de que aquí se trata es una decisión adoptada por terceros particulares sobre la base de suposiciones fundadas, de la que no cabe decir que por sí misma, vulnere el principio de igualdad ya que constituye una actividad protectora de los intereses de la propia entidad privada”.

¹⁷² “De la misma forma que existe alguna diferencia entre el caso de cobrar en una discoteca a las chicas la mitad que a los hombres y aquél otro de cobrar en la misma discoteca a los blancos la mitad que a los negros... Obsérvese que la diferencia de trato que merezcan los dos últimos ejemplos citados no puede ser referida al art. 14 CE, que en este punto no permite hallar un criterio distintivo, sino a la cláusula de las buenas costumbres, cuya integración debe efectuarse a través de juicios de valor no reconducibles a la prohibición de discriminación de la referida norma constitucional.” CARRASCO PERERA, Ángel “El principio de no discriminación por razón de sexo”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha* 1991 páginas 14 y 15.

más nos interese es fundamental, bien sea a la administrativa de conformidad con lo establecido en el IX de la Ley 30/1992 , la penal reconduciendo la situación por el artículo 512 del Código Penal , o también la civil basándonos en un posible atentado contra la dignidad , pero de nuevo nos encontramos aquí con el problema de uno de los colectivos que sufre esta realidad, concretamente es el de las personas de otra etnia o raza en situación irregular en relación al riesgo que implica una denuncia en su condición que puede suponer la actuación de oficio por parte de la policía que derive en la expulsión del país de estos.

D-CONCLUSIONES.

A través de estos dos ejemplos anteriores, puede comprobarse cómo el fenómeno de la discriminación por razón de etnia o raza afecta a la dimensión de las relaciones privadas entre particulares de forma que según el contexto las herramientas para combatirla son diferentes.

El papel de algunas políticas del Estado, como las mencionadas anteriormente, resultan ser un instrumento clave que, no siendo sancionador, actúa de manera eficiente para la integración social en cuanto a la vivienda se refiere.

Por otro lado y producto de las competencias delegadas a las Comunidades Autónomas, éstas han desarrollado medidas complementarias a la normativa general regulando con más precisión derechos como el de admisión, que sirven, en ocasiones, a fenómenos como la discriminación para consolidarse en una práctica habitual, debido en parte al desconocimiento de la normativa, en muchos casos, consecuencia de una regulación general poco clara.

VII: CONCLUSIONES Y VALORACIONES GENERALES

De lo expuesto hasta ahora podríamos destacar a modo de conclusión los siguientes aspectos:

1-El fenómeno de la discriminación por razón de raza o etnia es a día de hoy una realidad que afecta a todos los ámbitos de la vida cotidiana y que se ve favorecido por elementos culturales, políticos, sociales, económicos distintos de los que provocaron su nacimiento, así como de su capacidad de adaptación a la normativa jurídica que lo regula. Como por ejemplo hemos señalado en relación a las interpretaciones sobre las prácticas de los titulares realizan del derecho de admisión.

2-Para combatir este fenómeno no existe una única fórmula válida ni universal, de existir, la protección en materia jurídica es un parte de ella y esto se aprecia en los problemas que se presentaban en el ámbito penal en relación a la imposibilidad de regular el foro interno y determinar qué tipo de actitudes y hechos pueden que legitimados por este.

3-Inspirado en normativas internacionales y regionales, el ordenamiento jurídico español se ha articulado un sistema de protección jurídica frente a discriminaciones por razón de raza o etnia cuyo desarrollo llega incluso a niveles autonómicos, para aspectos concretos donde la libertad de las competencias delegadas lo permite, como el uso de la simbología que inste a la discriminación étnica o racial en espectáculos públicos. A su vez y fruto de este sistema se han desarrollado instrumentos propios de otros ámbitos, como el político, orientados a fortalecer la convivencia e integración como por ejemplo las políticas de vivienda o programas de inserciones respecto de la comunidad gitana.

4-Consecuencia de esa normativa internacional y regional, su transposición a nuestro ordenamiento jurídico y su desarrollo posterior, surgen en determinados ámbitos problemas de definición que pueden suponer incoherencias y falta de precisión, o como sucede con el artículo 510 del CP que incluye además del término racismo el antisemitismo.

5- Su regulación presenta dificultades en relación con otros derechos constitucionales como el de la libertad de empresa que condiciona en gran medida el acceso al mercado laboral. Por ejemplo, la fase de acceso al empleo

puede presentar problemas de objetividad que difícilmente pueden solucionarse con la promoción de códigos éticos o similares, sobre todo teniendo en cuenta que esta discriminación puede deberse a la consideración por parte del empresario o empleador de que esa persona puede suponer pérdidas, se necesita por tanto un mecanismo concreto de supervisión que vayan más allá de estrategias de sensibilización. También presenta problemas, por ejemplo, respecto al derecho constitucional prestacional de la educación, una de las medidas que se han articulado para tratar este fenómeno desde ese campo y que se ha concretado en bloque de las asignaturas de Educación para la Ciudadanía. Independientemente de que esta pueda o no llegar al alumno por el ejercicio del derecho al a objeción de conciencia por parte de los padres, no llega en su totalidad a aquellos alumnos que optan por no continuar sus estudios de bachillerato debido a su distribución.

6-Las penas y sanciones establecidas para las distintas manifestaciones de este fenómeno, en cada ámbito, son mayores cuando el hecho vincula a la administración y disminuyen conforme este se realiza en el plano de las relaciones privadas entre particulares, debido a que si bien la naturaleza del fenómeno es la misma en todas las situaciones, afecta de forma diferente a unos u otros derechos y también a su proyección pública. Podría resultar en este sentido positivo el generalizar en todos los ámbitos analizados la posibilidad de incluir, en las penas o sanciones que se establezca, medidas complementarias como cursos de sensibilización concreto o la participación en actividades interculturales, lo que sería una forma de combatir la raíz del fenómeno en esa persona.

7-Se hace necesaria la revisión de determinaos aspectos procesales como sucede en el ámbitos penal, evitando así situaciones como las del artículo 314 donde los requisitos que se exigen invitan a orientar la solicitud del auxilio judicial al ámbito laboral, lo que implica que dicho artículo parezca más una declaración de intenciones por parte del legislador que una forma efectiva de protección frente a estas discriminaciones.

8- Es innegable el valor del tercer sector como instrumento de apoyo para combatir este fenómeno. Esto se refleja en la medida en que en muchas asociaciones , entidades y ONGs descargan trabajos a órganos como los colegios de abogados en la medida en que sus profesionales prestan

asesoramiento gratuito a las víctimas , en muchos casos por la falta de recursos económicos que impiden acudir a un asesor privado , por ello sería positivo que la administración reconociese la utilidad de estos profesionales y elaborase convenios en lo que ejerzan como instrumentos de apoyo para los colegios profesionales de abogados de cara a quienes de oficio tenga que intervenir en un asunto de esta naturaleza, ya que la especialización concreta que se necesita y la naturaleza compleja de este fenómeno hace que frente a la falta de un nivel adecuado de formación resulte complicado distinguir si nos encontramos ante un supuesto de discriminación por razón de etnia o raza. En relación con esto, destaca el que conocen la realidad de primera mano al tratar con perfiles concretos y además la ubicación geográfica así como la creación de redes de estudios entre los centros propios de algunas permiten elaborar estadísticas fiables e informes sobre la realidad de este fenómeno, de hecho la creación de un organismo que recopilase todos esos datos estadísticos podría aportar indicios de cara a afinar las políticas sociales que puedan llevarse a cabo, también la figura del mediador cultural que gestiona en muchos casos la convivencia entre los usuarios de los servicios sería positiva de cara a la elaboración de cursos de sensibilización como complemento de sanciones impuestas basados en experiencias que vayan más allá del plano teórico. No obstante , la consideración hacia estas se refleja en que forman parte de determinados órganos creados con este fin como es el caso de la Comisión Estatal contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia , o en relación a la asistencia y apoyo que realizan aquellas que recogen solicitudes de protección internacional.

9-También como instrumento de apoyo se han creado una diversidad de órganos para el estudio, análisis y regulación de este fenómeno, como son El Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico, el OBERAXE, el Observatorio de la Violencia, el Racismo y la Xenofobia en el Deporte... si bien tratan de circunscribirse a ámbitos concretos, el fenómeno de la discriminación presenta como hemos visto muchas manifestaciones el cruce de datos y los medios empleados para combatirlo podrían reducirse disminuyendo el número de estos órganos y especializándolos internamente, reducir el gasto en este sentido es relevante sobre todo en tiempos de crisis y teniendo en cuenta que este

fenómeno se combate también de forma efectiva impulsando determinadas políticas sociales que precisan de financiación.

10-En relación al desarrollo de instrumentos normativos cada vez más completos, el anteproyecto de la “Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación” del año 2011 contemplaba supuestos concretos que a día de hoy no han sido regulados expresamente, por ejemplo, como la posibilidad de una sanción cuando una oferta de compra o arrendamiento no se realice por un motivo discriminatorio previa denuncia. Es necesaria de una Ley que regule que concrete criterios, canalice la dispersión legislativa y establezca procedimientos judiciales eficaces, ya que desde la dispersión resulta más costoso hacer frente a un fenómeno, tan peligroso, que puede estar presente en cualquier ámbito donde haya una relación entre dos individuos.

VIII: BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.

➤ BIBLIOGRAFÍA BÁSICA UTILIZADA:

→ AGUIAR DÍAZ, Antonio: *La violencia en el deporte desde el punto de vista jurídico* en Delgado Aguado, Julián y Iglesias Machado, Salvador: “Estudios sobre la violencia”, Dykinson, 2006, págs 81 y ss.

→ AGUILERA RULL, Ariadna: *Prohibición de discriminación y libertad de contratación*, Ed. Indret, 2009.

→AMNISTIA INTERNACIONAL, sección España: *Convivir con la diferencia, marco para combatir la discriminación en Europa 2008*, Ed. Amnistía Internacional, 2008.

→AMNISTIA INTERNACIONAL, sección España: *Parad el racismo, no a las personas. Perfiles raciales y control de la inmigración en España*, Ed. Amnistía Intencional, 2011.

→ BAR-TAL , Daniel. “Formación y cambio de estereotipos étnicos y nacionales” , en revista *Psicología Política*, N°9, 1994, págs 21 a 49.

→ BILBAO UBILLOS, Juan María: “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público” en AAVV, *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* Ed. Aranzadi, 2006, págs. 819-842

→BOLIVAR BOTÍA, Antonio: *Educación para la ciudadanía: Algo más que una asignatura*, Ed. Grao, 2007, págs 163 y ss.

→CARMONA SALGADO, Concepción: “Tutela jurídica del acoso laboral en el ámbito de las empresas y de las Administraciones públicas”. *Revista Penal*, nº 21, 2008

→ CARRASCO PERERA, Ángel “El principio de no discriminación por razón de sexo”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha* 1991 páginas 14 y 15

→ CEA D’ANCONA, María Ángeles y VALLES MARTÍNEZ, Miguel: *Evolución del racismo y la xenofobia en España*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.

→CACHÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo “Itinerarios laborales de los inmigrantes: mercado de trabajo y trayectorias sociales” dentro de TORNOS CUBILLO, A. “*Los inmigrantes y el mundo del trabajo*”. ICADE, 2003. Págs. 75 y ss.

→CACHÓN RODRIGUEZ, Lorenzo: “La discriminación por motivos de origen en el mercado laboral” en AAVV *Empleo e integración. Estrategias de comunicación para la promoción de la igualdad de trato*, 2003.

→CORBACHO PALACIOS, Francisco Javier: "El impacto del acoso moral en el ordenamiento jurídico español", *Revista de derecho de Extremadura*, N^o7, 2010, págs. 106 y ss.

→CORREA CARRASCO, Manuel: "Mercado de trabajo y principio de igualdad", *Revista andaluza de relaciones laborales*, 2007, N^o 20, págs. 71 y ss.

→ CORTÉS ALCALÁ, L. y ALONSO F. ANTON , " La exclusión residencial" , *Revista Gitanos, pensamiento y cultura*. N^o 40-41. Junio-octubre 2007. pp. 62-68.

→ CRUZ ROJA AUSTRIACA Y ACCORD: *Investigación de información sobre países de origen*, Cruz Roja Austriaca 2004 actualizado a 2006.

→ FRESNO GARCÍA, José Manuel: "La protección contra la discriminación por origen racial o étnico en España", ponencia en: *La protección de los Derechos Humanos por las Defensorías del Pueblo*, Ed. Consejo para la promoción de la igualdad y la no discriminación de las personas por el origen racial o étnico, 2011.

→ GARCÍA ÁLVAREZ, P. *El Derecho Penal y la discriminación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 página 227.

→GARCIA MAHAMUT , Rosario y GALPARSORO Javier: *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009* , Ed. Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2009, en especial Cap. V y parte II.

→GIMENEZ COSTA, Ana: "El principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada en el marco común de referencia" en BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Ed. Boch 2012, Cap. XXII.

→GONZÁLEZ I. y R. Benito, "Procesos de segregación escolar en Catalunya" . *Polítiques n^o59* , 2007

→ GRUPO RED2RED: *Panel sobre discriminación por origen racial o étnico: La percepción de las potenciales víctimas Estudio*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2010.

→GYULAI, Gábor: *Información sobre el país de origen en el procedimiento de asilo: La calidad como requisito legal en la UE* , Ed. Comité Helsinki de Hungría, 2011.

→HERNÁNDEZ CUEVAS, Raúl: "El principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral", publicación digital Noticias Jurídicas, sección laboral , 2007.

→HERNÁNDEZ MENDO, Antonio y Maíz Rodríguez, Josefina:"Análisis de los comportamientos violentos", artículo de la *revista digital Buenos Aires*, N^o 146, 2010.

→LANDA GOROSTIZA, J. “Racismo, xenofobia y Estado democrático”. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* N°18 , 2004, págs 59 y ss.

→MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y Sánchez Tomas, José Miguel: “*Controles de identidad, detenciones y uso del perfil étnico en la persecución y castigo del inmigrante sin papeles*”, publicación digital para Inmigrapenal, 2011.

→MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal parte especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, 18ª edición.

→NACIONES UNIDAS: *Derechos de las minoras: Normas internacionales y orientaciones políticas para su aplicación*. Naciones Unidas, 2010.

→NIZKOR, equipo de investigación: *Crímenes contra la humanidad: configuración del tipo penal en derecho internacional y sus diferencias respecto del tipo de genocidio*, publicación digital para Derechos HR, 2007.

→OLMO GUTIÉRREZ DEL, José María: *Historia del racismo en España*, Ed.Almuzara, 2009.

→PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar: “El enfoque español sobre lenguaje del odio” en AAVV, *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, Colección Debates del Instituto Bartolomé de las Casas Ed.Dykinson.2010

→REY MARTINEZ ,Fernando “La prohibición de discriminación racial o étnica en la unión europea y en España. El caso de la minoría gitana”,*Revista de Derecho Político*, 63-105 2003.

→RIVERO RECUENTO, Ángel: *Ponencia marco en el Seminario sobre atención a víctimas de discriminación*, Ed. Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

→ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS , María Luisa: “Régimen jurídico-administrativo del derecho de admisión en establecimientos públicos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* N° 36, 2010 , págs. 313-358.

→RODRÍGUEZ LÓPEZ-ROS, Sergio: *Gitanidad, otra manera de ver el mundo*, Ed. Kairos, 2011, En especial la parte I , II y III.

→ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina: “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español”, *Dos mil-tres mil N°11*, Ed. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, 2007.

→ ROSAL BLASCO, Bernardo ,*Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, 2005.Págs 1053 y ss.

→SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: *Constitución Española Comentada*, Ed. Thomson, 2005, 23º edición.

→ SUMALLA TAMARIT, José María “Comentarios a la Parte especial del Derecho penal”, QUINTERIO OLIVARES, dir. Ed. Aranzadi, 2007.

→ TSHITSHI, Kayamba: *La protección contra la discriminación racial en Europa: El caso de Reino Unido, Francia y España*, Ed. Fundación Ciudadanía y Valores, 2012.

→ VARIOS AUTORES, *Inmigración y mercado de trabajo en España 1997-2005*, Fundación BBVA, 2007, págs 25 y ss.

→ VARIOS AUTORES: *La discriminación empieza en ti, cuaderno analítico*, Proyecto Todoimás. Foro 2011 para la igualdad de trato y la no discriminación, Ed. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011.

→ VARIOS AUTORES: *Las Leyes Del Deporte de la Democracia: Bases para una Ley Del Siglo XXI*, Ed. Dykinson, 2003.

→ VARIOS AUTORES, Esteban Ibarra coord. : *Acción jurídica contra el racismo y los crímenes de odio*, Ed. Movimiento contra la intolerancia, 2011.

→ VARIOS AUTORES, Esteban Ibarra coord: *Leyes de Delitos de Odio. Una Guía Práctica (OSCE)*, Cuadernos de análisis monográfico N°36, Ed. Movimiento contra la intolerancia; 2009.

→ VARIOS AUTORES, Esteban Ibarra coord: *Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Neofascismo, Homofobia y otras manifestaciones de Intolerancia a través de los hechos*, Informe RAXEN N°50, Ed. Movimiento contra la intolerancia, 2011.

→ VARIOS AUTORES, Fernando de Haro Izquierdo, coord: *¿Qué hacemos con educación para la ciudadanía?*, Ed. Encuentro, 2010 págs 83 y ss.

→ VARIOS AUTORES, Red Transnacional Europea de Diversidad Étnica en el Empleo (ENEDE): *Minorías étnicas en el mercado laboral*, Ed. Fundación Directa, en especial el Cap.V sobre España, 2007.

→ VIVAS TESÓN, Inmaculada: “La horizontalidad de los derechos fundamentales” en AAVV, *Bienes de la personalidad: XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Universidad de Murcia, 2008, págs. 205-213.

➤ WEBGRAFÍA CON INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA:

→ Web de la Comisión europea para discriminación:
<http://ec.europa.eu/justice/fdad/cms/stopdiscrimination/resources/publications/?langid=es>

→ Centro de documentación de Amnistía Intencional:
<http://www.es.amnesty.org/nuestro-trabajo/>

→ Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación
de las Personas por su Origen Racial o Étnico:
<http://www.igualdadynodiscriminacion.org/home.do>

→ Web de juristas especializados críticos respecto la aplicación del
ordenamiento jurídico penal en la inmigración irregular:
<http://www.inmigrapenal.com>

→ Movimiento plural contra la intolerancia, racismo y violencia:
<http://www.movimientocontralaintolerancia.com>

→ Web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad:
<http://www.msssi.gob.es/ssi/portada/home.htm>

→ Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia:
<http://www.oberaxe.es>

→ Movimiento social para la igualdad y contra el racismo:
<http://www.sosracismo.org/>

→ Web dedicada a la lucha contra la discriminación en general:
<http://www.stopdiscriminacion.org/>

→ Centro de documentación de la ONU:
<http://www.un.org/es/documents/>

→ Página de la UE para la lucha contra la discriminación:
http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/index_es.htm

→ Recursos en materia intercultural para combatir la discriminación:
<http://www.aulaintercultural.org/spip.php?rubrique93>