

García Añón, José y Ruiz Sanz, Mario (ed.). *Discriminación racial y étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

María Dallí Almiñana
Universitat de València

Fecha de recepción 01/08/2013 | De publicación: 18/12/2013

Una de las características de las actuales sociedades plurales es la diversidad racial y étnica. Sin embargo, a su vez constatamos la triste realidad de que son espacios en los que florecen actos discriminatorios hacia aquél que se percibe como ‘diferente’. Son espacios en los que se llega a discutir, por ejemplo, y a propósito de un debate actual en nuestro país¹, sobre la conveniencia de las cuchillas en las fronteras para obstaculizar la entrada de inmigrantes. Pero la etnia y la raza han sido tradicionalmente motivos comunes de discriminación, siendo esenciales los instrumentos que protejan a las víctimas contra actos xenófobos y que luchen contra este

fenómeno. Esta importancia es aún mayor, si cabe, en época de crisis económica y social, debido al peligro de que aumenten los prejuicios que ven a la población inmigrante como competidora en el acceso al empleo y a las ayudas sociales. Así, este ‘racismo de clase’² puede dar lugar a incidentes xenófobos, entrelazándose con el racismo ordinario e influyendo en un incremento de los comportamientos discriminatorios por motivos propiamente étnicos o raciales, y culturales.

El manual *Discriminación racial y étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, es una publicación que ofrece a sus lectores la oportunidad de conocer el

¹ Debate del que se hacen eco diversos medios, entre otros: <http://www.publico.es/485022/las-cuchillas-seran-instaladas-en-un-tercio-de-la-valla-de-melilla>, <http://www.elmundo.es/espana/2013/11/27/5295e8c60ab740c4648b4588.html>, http://politica.elpais.com/politica/2013/11/22/actualidad/1385122249_220132.html

² GARCÍA AÑÓN, J., ‘Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: La identificación por perfil étnico’, *Discriminación racial y étnica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 282.

estado de la normativa que protege frente a estas discriminaciones étnicas y raciales, de informarse sobre la efectividad de estas disposiciones, y de reflexionar con espíritu crítico sobre los problemas que, en la actualidad, dificultan el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. Además, se pueden conocer los resultados de las investigaciones llevadas a cabo en el marco de algunos proyectos de investigación como el de ‘Eficacia de las garantías normativas frente a la discriminación racial y étnica en la Comunidad Valenciana’ y el proyecto ‘Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica. Estudio de casos y medidas de protección’, que tuvieron como investigadores principales, respectivamente, a los dos editores de este libro: José García Añón y Mario Ruiz Sanz. Así, al ofrecer información exhaustiva sobre la normativa existente y los factores que influyen en su inaplicación, se consigue estimular el debate y reflexionar sobre nuevas formas de alcanzar una mayor efectividad.

El libro está dividido en cuatro partes, cada una de las cuales recoge varios capítulos de distintos autores con las siguientes temáticas: la primera parte analiza la protección que la normativa y la jurisprudencia europeas ofrecen frente a la discriminación racial y étnica; la segunda estudia cómo es la protección

específicamente de carácter penal; la tercera parte contiene diversas cuestiones procedimentales y de aplicación; y la cuarta y última parte trata la evaluación de la eficacia de las normas, en relación con los resultados derivados de investigaciones llevadas a cabo, principalmente, en el ámbito de la Comunidad Valenciana y Cataluña.

Parte I: La protección frente a la discriminación racial y étnica en Europa

Así pues, la primera parte del libro incluye tres capítulos sobre el Derecho antidiscriminatorio en Europa; tanto en el ámbito de la Unión Europea, como en el del Consejo de Europa, haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En relación con ello, se recogen las recomendaciones de organismos europeos, y también, internacionales, que luchan contra la discriminación racial y étnica, para así formular propuestas de aplicación para España.

En el marco de la Unión Europea, la lucha contra las discriminaciones se configura como competencia y como valor común de la Unión³. Ello, y el reconocimiento de la prohibición de discriminación en la Carta de Derechos

³ Este reconocimiento lo encontramos en los artículos 2 y 3 del ‘Tratado de la Unión Europea’, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 10 de noviembre de 1997, C 340.

Fundamentales, tienen su fruto en la aprobación de la Directiva 2000/43, de igualdad racial. Sin embargo, a pesar de esta declaración de objetivos, encontramos obstáculos que dificultan que aquéllos se lleven a la práctica, como la inclusión de la cláusula de exclusión de la nacionalidad (artículo 3.2 de la Directiva), y, muy especialmente, dificultades que se derivan de la falta de voluntad de los Estados. Por lo que se refiere al ámbito del Consejo de Europa, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce la prohibición de discriminación en el goce de los derechos, pudiéndose invocar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación, pues, con otro derecho. La vinculación, no obstante, no tiene por qué hacerse necesariamente con los derechos que encontramos en el Convenio, sino que junto al artículo 14 puede alegarse cualquier derecho que esté reconocido por ley⁴. Lo cierto es que esta posibilidad supone una gran ampliación del alcance de la prohibición discriminatoria y refuerza la indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos, pues el acceso a los mismos en condiciones de igualdad es un contenido transversal a todos ellos, además de uno de los más incumplidos (piénsese en los

⁴ Posibilidad que ofrece la entrada en vigor del Protocolo núm. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Consejo de Europa), disponible en línea: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

derechos sociales). Ahora bien, en la práctica, la protección de la prohibición de la discriminación por parte del Tribunal, por lo que a las discriminaciones raciales y étnicas se refiere, es escasa, como se puede comprobar acudiendo a la recopilación jurisprudencial⁵.

En cuanto a la actuación de los organismos internacionales, destacamos el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) en el ámbito de las Naciones Unidas; y en el Consejo de Europa, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Una de las preocupaciones más comunes y que sigue sin solucionarse es la escasa información de que se dispone sobre la aplicación de la legislación penal en España⁶. Igualmente son interesantes las recomendaciones de la ECRI sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en las actividades de la policía, que guarda relación precisamente con otro de los capítulos de este

⁵ CASADO, L., 'Recopilación y documentación de asuntos tramitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relacionados con la discriminación por motivos raciales, étnicos o por razón de nacionalidad', *Discriminación racial y étnica*, pp.67-142.

⁶ La ECRI considera, frente al argumento en contra de la recogida de datos por parte del Estado español, que ni la Constitución ni la legislación española prohíben la recopilación de datos y estadísticas desglosados por categorías como la raza, la religión y el origen étnico, más allá de la exigencia de garantías por parte de la Ley sobre Protección de Datos de Carácter Personal de 1999 y la Legislación sobre Estadísticas Públicas. GALIANA, Á., 'Propuestas de desarrollo de la legislación antidiscriminatoria racial en España a partir del análisis de las observaciones de organismos internacionales', *Discriminación racial y étnica*, p. 176.

libro sobre la identificación por perfil étnico. Sobre esta cuestión se ha publicado recientemente el informe *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*⁷.

Parte II: La protección penal frente a la discriminación racial y étnica

Por lo que se refiere a la segunda parte del libro, creo que no puede haber mejor forma de iniciarse en una lectura sobre la protección penal en la materia que nos ocupa, que leyendo al profesor Emiliano Borja y su explicación sobre los presupuestos históricos que influyen en la producción de incidentes violentos de carácter étnico o racial. Así, entre las causas que determinaron el florecimiento de este tipo de violencia en los países europeos occidentales a partir del último tercio del siglo XX, se señala la crisis económica de los años setenta, el aumento de la inmigración y la intervención de las organizaciones políticas de extrema derecha, como el ‘Partido Republicano’ en Alemania. Asimismo, se analiza la forma de reacción que tiene en la actualidad el Derecho Penal español frente a los incidentes xenófobos, esto es, la

respuesta penal que específicamente lucha contra la discriminación racial como móvil de delitos genéricos. En este análisis se señalan algunos riesgos, como es la tensión entre la necesidad de protección del bien jurídico protegido (dignidad humana u orden público) y algunos derechos fundamentales (como la libertad de expresión o de asociación), así como argumentos de legitimidad para superarlos, y se realizan algunos apuntes en relación con el carácter simbólico del Derecho Penal antidiscriminatorio: la respuesta penal aumenta su sentido por la importancia que tiene la finalidad de advertir sobre la existencia de peligros y riesgos futuros, especialmente si prestamos atención a los acontecimientos históricos del pasado, que no deben volver a repetirse.

A continuación en el libro encontramos consideraciones sobre el concepto penal de ‘discriminación’ y los criterios que han sido utilizados jurisprudencialmente para definirlo. De esta forma, algunos criterios de diferenciación que permiten caracterizar una desigualdad como discriminatoria son la vulnerabilidad de los sujetos, la especial lesividad para la dignidad humana, la tutela de un grupo minoritario y el peligro para la comunidad política general. De otro lado, se subrayan cuestiones de utilidad en torno al bien jurídico protegido y se examinan los tipos penales antidiscriminatorios de los artículos

⁷ GARCÍA AÑÓN, J. y otros, *Identificación policial por perfil étnico en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

314, 510.1, 511, 512, 515.5° (más la agravante del artículo 22.4ª) del Código Penal.

Parte III: Discriminación, proceso y aplicación del Derecho

La tercera parte de *Discriminación racial y étnica* trata la aplicación del principio de discriminación y diversos aspectos relacionados con ésta. Uno de ellos es el principio de intervención mínima del Derecho Penal, y con ello la eficacia que pueden tener otros mandamientos judiciales no dictados desde el ámbito de lo penal. Como ejemplo, la sentencia *Brown*⁸, que declaró discriminatoria e inconstitucional la segregación contra los niños de raza negra en las escuelas de Estados Unidos, fue un pronunciamiento emblemático al declarar la necesidad de superar la doctrina ‘separados pero iguales’. Cabe decir, sin embargo, y en relación con estos hechos, que aún queda mucho por hacer para combatir la segregación escolar por razones étnicas o raciales, especialmente si pensamos en la situación que sufren los niños de etnia gitana en varios países europeos, situación que el TEDH se ha encargado de condenar en varias ocasiones⁹.

⁸ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954. Corte Suprema de los Estados Unidos.

⁹ *D.H. and others v. Czech Republic* (2007), *Sampanis and others v. Greece* (2008), *Orsus and Others v. Croatia* (2010), *Horvath and Kiss v. Hungary* (2013) (TEDH).

Por otra parte, esta tercera parte del libro analiza como aspecto procesal de interés la institución de la acusación popular, incluyendo una crítica a su ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta las motivaciones políticas que puedan existir.

En otro de los capítulos, el profesor García Añón explica el concepto de *ethnic* o *racial profiling*, esto es, el uso de generalizaciones basadas en la etnia, la raza, el origen nacional o la religión a la hora de llevar a cabo investigaciones sobre la participación en actividades delictivas. Entre los más afectados se encuentran la minoría étnica gitana, las personas de aspecto magrebí, los afro-latinoamericanos y los andino-latinoamericanos, como muestran las estadísticas recogidas en el informe al que hacía referencia anteriormente. Se reflexiona asimismo sobre la ineficacia de las identificaciones étnicas, y sobre los casos en que se deben calificar como discriminatorias, para lo que se examina el principio de no discriminación y las exigencias del juicio de proporcionalidad según el TEDH y el Tribunal Constitucional español.

Por último, la tercera parte del libro incluye un análisis de la sentencia del TEDH de 8 de noviembre de 2009, sobre el caso de la denegación de una pensión de viudedad por el hecho de haberse celebrado el matrimonio según

el rito gitano. Así pues, se estudian los argumentos del Tribunal Constitucional y el posterior pronunciamiento del TEDH, considerando una violación de la prohibición de discriminación étnica y reconociendo la pensión de viudedad a la demandante.

Parte IV: Evaluación sobre la eficacia de las normas que protegen frente a la discriminación racial y étnica. Especial referencia a Cataluña y la Comunidad Valenciana

Para finalizar, la cuarta y última parte de *Discriminación racial y étnica* recoge los resultados de algunos proyectos de investigación en materia de discriminación por motivos étnicos o raciales, de forma que se puedan conocer a través de su publicación y difusión. La investigación ‘Eficacia de las garantías normativas frente a la discriminación racial y étnica en la Comunidad Valenciana’, se dirigía a evaluar la eficacia de la legislación penal contra este tipo de discriminación, durante el período comprendido entre 1996 y 2006. Por ejemplo, se observaba que los jueces de la Comunidad Valenciana no tienen en cuenta, hablando en términos generales, los estándares internacionales de derechos humanos de carácter penal relacionados con esta materia. Esperamos que la

reciente creación en Valencia de una sección de la Fiscalía especializada en delitos de discriminación¹⁰ signifique importantes avances a este respecto así como el enjuiciamiento de posibles delitos inspirados en motivaciones racistas. Asimismo, se ponía de manifiesto, de nuevo, la falta de información pública sobre los sucesos y la aplicación de la normativa, razón por la cual es esencial la participación de las organizaciones no gubernamentales, en orden a la denuncia de los incidentes discriminatorios y la asistencia y asesoramiento de las víctimas. En relación con ello, se incluye una recopilación de denuncias de las organizaciones de la sociedad civil sobre hechos de discriminación racial y étnica en la Comunidad Valenciana. Igualmente se recogen los resultados de otras investigaciones: ‘Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica. Estudio de casos y medidas de protección’, con una relación de sentencias, y ‘Acción contra la Discriminación’, que evidencia el problema estructural que supone el fenómeno discriminatorio y la mayor vulnerabilidad en que se encuentran las personas en situación de irregularidad.

Precisamente el último capítulo de *Discriminación racial y étnica* hace referencia al

¹⁰ Sección de Tutela Penal de la igualdad y contra la discriminación de la Fiscalía Provincial de Valencia.

carácter estructural de este tipo de discriminación¹¹, que se muestra en realidades que tienen lugar en nuestro día a día: la presunción de los matrimonios de conveniencia, el establecimiento de perfiles étnicos en los controles policiales, el salario inferior por el mismo trabajo o las dificultades para acceder a la vivienda o a los servicios de salud son algunos ejemplos. A ello se suman las barreras que dificultan a las víctimas el acceso a la justicia para hacer valer su derecho a la no discriminación. Un problema tan complejo sólo puede solucionarse con respuestas de grandes dimensiones que puedan ser capaces de incidir en los diferentes niveles de lo social, lo político y lo normativo. La reflexión que nos ofrecen lecturas como la de este libro sirve para crear conciencia del problema. También actuaciones como la incidencia en la educación y la articulación de litigios estratégicos pueden ser instrumentos de gran utilidad para acabar con la invisibilidad. De esta forma, saliendo a la luz incidentes discriminatorios y generando impacto social, podremos cuestionar eficazmente la actuación de los poderes públicos en esta materia y discutir

nuestro propio comportamiento y el del resto de ciudadanos.

¹¹ Sobre el concepto de discriminación estructural o sistémica: *'it can be seen or detected in processes, attitudes and behaviour which amount to discrimination through unwitting prejudice, ignorance, thoughtlessness and racist stereotyping which disadvantage minority ethnic people.'* MARCPHERSON, W., *The Stephen Lawrence Inquiry: Report of an Inquiry*, Londres, HMSO, 1999, par. 6.34. Citado en BAMFORTH, N., MALIK, M., O' CINNEIDE, C., *Discrimination Law: Theory and Context*, Thomson, Londres, 2008, p. 336.

