

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canadá*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

La no discriminación por motivos raciales o de origen étnico en la normativa española derivada de la adoptada por la Unión Europea

Ferran CAMAS RODA*

RESUMEN: Este artículo aborda el estudio del principio antidiscriminatorio por raza u origen étnico conforme a la regulación llevada a cabo por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. El estudio de esta Ley se lleva a cabo comparando la regulación española con una de las Directivas que transpone, en particular la Directiva 2000/43/CE del Consejo, 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. De hecho, también se analizan algunos problemas en la aplicación de esta Directiva en el ámbito europeo.

Palabras clave: Discriminación, raza u origen étnico, empleo, discriminación directa, discriminación indirecta, discriminación por asociación, igualdad de trato.

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Sobre el concepto de raza u origen étnico en el marco de la normativa europea y española. 3. Tipos de discriminación por motivos raciales o de origen étnico. 4. Ámbitos de aplicación de las medidas antidiscriminatorias contenidas en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. 5. La protección de derechos frente a la discriminación racial y su promoción. 6. A modo de coda. 7. Bibliografía.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía, Universitat de Girona (España).

Non-Discrimination on Grounds of Racial or Ethnic Origin in the Spanish Law Deriving from European Union Law

ABSTRACT: This contribution deals with the study of the anti-discrimination principle on the grounds of racial or ethnic origin, in accordance with the Spanish Act No. 62/2003, of 30 December, on fiscal, administrative and social order measures. This study is carried out by comparing the Spanish Act with one of the Directives that it transposes, in particular Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. Actually, some problems in the implementation of this Directive at the European level are also analysed in this work.

Key Words: Discrimination, race or ethnic origin, job, direct discrimination, indirect discrimination, discrimination by association, equal treatment.

1. Presentación

La funesta utilización de la raza en la cultura política del mundo occidental durante el primer tercio del s. XX como factor de diferenciación entre los seres humanos, alcanzó su paroxismo con el nazismo alemán y sus terribles consecuencias desde su ocupación del poder en 1933 hasta su destrucción con el fin de la Segunda Guerra Mundial.

En este marco, no me resisto a traer a colación algunas de las consideraciones que el gran escritor europeo, Stefan Zweig (1881-1942), realizó en su libro *Brasil. País do futuro* (1941), cuando estaba exiliado en ese país ante la persecución que sufrió por parte los nazis por su procedencia judía. Ya en el prefacio de su libro, Zweig se hace la pregunta de como puede conseguirse en nuestro mundo una convivencia pacífica de los hombres a pesar de las más decididas diferencias de raza, clase, color, religión o convicciones, y así contrariar la locura racista que se vivía en Europa que de ninguna manera admitía esa posibilidad. El referente para su respuesta es Brasil, donde según el escritor en la calle y en los mercados se reconocen las razas más diversas que constituyen la población, cuya composición abarca los descendientes de los portugueses que colonizaron el país, la población aborigen india, los millones de negros que en tiempos de la esclavitud fueron traídos de África, y junto a todos ellos, los millones de italianos, alemanes e incluso japoneses que llegaron como colonos. Con esta constatación, Zweig afirma que «de acuerdo con la posición europea, habría que suponer que esos grupos se enfrentan mutuamente con hostilidad, los primeros en llegar contra los recién venidos, los blancos contra los negros, americanos contra europeos, morenos contra amarillos; habría que suponer que mayorías y minorías se hallan en lucha permanente por sus derechos y privilegios. Y asombradísimo, se observa que todas esas razas, visiblemente diferenciadas por el color, viven en la más acabada armonía y que, a pesar de su origen individual, sólo compiten en la ambición de despojarse de las peculiaridades primitivas para convertirse cuánto antes y lo más perfectamente posible en brasileños, en una nueva y uniforme nación. Brasil – y el significado de este experimento magnífico me parece ejemplar – llevó el problema racial, que trastorna nuestro mundo europeo, del modo más simple *ad absurdum*: ignorando sencillamente su pretendida validez». Zweig remata su admiración por esa sociedad diciendo que «mientras que en nuestro mundo viejo predomina más que nunca la idea absurda de querer criar hombres “racialmente puros”, como caballos y perros de raza, la nación brasileña descansa desde hace siglos exclusivamente sobre el principio de la mezcla libre y sin trabas, de la

igualdad absoluta de negros y blancos, morenos y amarillos»¹.

El racismo de aquel mundo dejó expulsó a Stefan Zweig de su país y quemó en hogueras sus libros – por ser judío, y pienso también por el humanismo que plasmó en sus obras –, dejó una trágica y eterna mácula en la humanidad con el Holocausto, y enfrentó con una violencia inusitada a los seres humanos entre sí, desde Europa hasta Asia y el Océano Pacífico (donde se enfrentaron entre sí razas diferentes). Esos horribles efectos fueron determinantes para que los textos normativos internacionales que siguieron al fin de las hostilidades, en el intento de dejar atrás el “viejo mundo” expresado por Zweig, que tanto daño causó al ser humano, por otro nuevo en el que fuese posible esa igualdad entre personas de raza o color de piel diferentes que tanto deseó ver y no pudo hacerlo en su amada Europa.

Primero en 1945, con la Carta de Naciones Unidas, cuyo art. 45 le atribuye la promoción del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, «sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma y religión», y posteriormente en 1948 con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* proclamada por la Asamblea de Naciones Unidas, al que le siguió el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950* del Consejo de Europa, se pasó a asumir el reconocimiento de dichos derechos a toda persona sin distinción alguna de raza, color u origen nacional entre otras razones. Focalizando el tema de la raza en el ámbito del empleo, necesario es citar la labor de la Organización Internacional del Trabajo al adoptar en 1958 el *Convenio n. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, de 1958, cuyo tratamiento sobre la eliminación de cualquier acto discriminatorio entre otros motivos, por raza o color, influyó de forma importante a su vez en la regulación contenida en la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptada por Naciones Unidas en 1965, y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* así como el de *Derechos Económicos Sociales y Culturales*, ambos de 1966, de la misma entidad internacional.

En el ámbito de la organización Unión Europea (en adelante UE), cabe traer a colación el *Tratado de Maastrich* de 1992, cuyo art. 6 proclamó el respeto de los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos* de 1950, atrayendo hacia sí lo previsto en materia de prohibición de no discriminación por motivos de raza tal y como hemos visto anteriormente. En todo caso, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* del año 2000, pasa a incluir expresamente en su art. 21.1 la prohibición de toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de «sexo, raza, color, orígenes étnicos

¹ S. ZWEIG, *Brasil. País de futuro*, Capitán Swing, 2012, pp. 31-33.

o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Como expresó la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de julio de 2015 (Asunto C-83/14, *Chez c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*), la Directiva 2000/43, 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, que pasará a tratarse posteriormente, es la expresión concreta, en sus ámbitos materiales, del principio de no discriminación por razón de raza o de origen étnico reconocido por el artículo 21 de la Carta (fundamento 72).

Respecto a cuestiones competenciales en el tratamiento del principio antidiscriminatorio, la primera mención explícita a la cuestión racial vino con el *Tratado de Amsterdam*, firmado en 1997, que reformó el entonces denominado como Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, y atribuyó a uno de sus órganos, el Consejo europeo, la competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico (atribución competencial que aparece posteriormente en el actual art. 19 del ya conocido como *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE*). Posteriormente, el *Tratado de Lisboa* de 2007, reformador también de los Tratados fundacionales, incorporó al *TFUE* su art. 10 la regulación conforme a la cual, «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Precepto que merece ser subrayado por cuanto su aplicación es de alcance general y horizontal, con efectos también respecto a las relaciones entre los ciudadanos, adquirió el máximo rango jurídico al venir postulado en la normativa originaria de la UE.

Con estas bases jurídicas fundacionales, la UE adoptó la *Directiva 2000/43/CE del Consejo, 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*. Realizar una acción normativa focalizada en cuestiones raciales o étnicas mostró la importancia de estos ámbitos el marco jurídico europeo, como se ha dicho, otorgando una posición específica (no en términos jerárquicos) pero sí con personalidad propia, en el ámbito de las motivaciones de discriminación prohibidas. Conforme a su art. 1, su objetivo básico establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato. En consecuencia, por un lado, la Directiva 2000/43 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato de las

personas independientemente de su origen racial o étnico, en todo caso principio general del Derecho de la Unión, sino que solo tiene por objeto establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico²; en todo caso, el alcance de la Directiva va más allá del previsto en otra Directiva, la núm. 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la prohibición de discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, que únicamente se centra en el ámbito del empleo. De hecho, en 2008 la Comisión realizó una propuesta de Directiva para la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual más allá de aquel cambio de la ocupación, cuya adopción aún no se ha materializado. A mi parecer, sería conveniente homogeneizar los campos de aplicación de la normativa europea en materia antidiscriminatoria en materia de sexo, raza u orígenes étnicos, y el resto que actualmente están agrupados en la Directiva 2000/78, a los efectos de garantizar de forma efectiva la aplicación del principio de no discriminación.

La transposición al ordenamiento español de la Directiva 2000/43 se hizo a través de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*. Esta ley no solo asumió los principios de aquella, sino también de la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000*, cuyo fin es establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.

Como se observa, se trata de una ley que acogió el régimen de no discriminación por motivos raciales y étnicos no de forma específica, como al menos lo hace la Directiva 2000/43 que transponía, sino que, en forma de norma contenedor, incorporaba contenidos de matriz diversa además de los previstos en las dos directivas mencionadas. Un primer efecto ha sido la falta de dotación de una norma específica en materia de igualdad de trato de las personas con independencia de su origen racial o étnico, o al menos de una específica ley de igualdad y no discriminación cualquiera que fuese su motivación, lo cual, como dice Casas Baamonde, «hubiera sido una opción de política legislativa mucho más efectiva, y al tiempo más adecuada para cumplir un papel pedagógico y de transmisión del conocimiento de un Derecho difícil por su abstracción conceptual, pero de gran significación

² M.E. CASAS BAAMONDE, *Igualdad y prohibición de discriminación por origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000)*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2019.

jurídico-constitucional y social»³.

En consecuencia, se aprueba una ley, la núm. 62/2003, que en materia de no discriminación por razones de raza u origen étnico modifica a su vez otras de importancia, como la Ley del Estatuto de los Trabajadores, pero que tampoco agota las posibilidades que la lucha antidiscriminatoria por dichos motivos, al margen naturalmente de la protección del principio de igualdad y no discriminación garantizado por el art. 14 de la Constitución española. Un ejemplo de ello es la legislación educativa (véase la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, que reforma la LO 2/2006 de Educación) que también introduce importantes referencias en relación al principio de igualdad y no discriminación, también por aquellos motivos como al efecto se verá posteriormente, en especial para la comunidad gitana.

2. Sobre el concepto de raza u origen étnico en el marco de la normativa europea y española

El Capítulo III de la Ley 62/2003, relativo a las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, se inicia avanzando que, en lo que a este trabajo interesa, su objeto es establecer medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, «en particular por razón de origen racial o étnico», pero al igual que hace la Directiva 2000/43 de donde trae su origen esta referencia, ni una norma ni otra definen el término «origen racial o étnico». Tampoco lo hacen los principales textos internacionales que ha ratificado España que hacen referencia directa a la prohibición de discriminaciones por razón de raza como son la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965*, que en todo caso si define de forma global y concreta lo que es discriminación racial⁴, imponiendo la eliminación de toda distinción, exclusión o restricción en cualesquiera ámbitos o esferas, si está basada en motivos de «raza, color, linaje u origen nacional o étnico»⁵. Se trata de 5 nociones, la de raza, el color, el linaje u el

³ *Ibidem*, p. 333.

⁴ M. FUGAZZA, *La discrimination raciale: théories, faits, stratégies*, en *Revue Internationale du Travail*, 2003, n. 4, p. 584.

⁵ Para un estudio de este precepto y de la Convención, véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986, p. 102 ss. Los autores expresan la incorrección en la versión española ya que en esta se habla de “motivos de”, cuando en las otras versiones no se incluye esa noción, sino toda diferenciación “basada” en la raza, color, etc.

origen nacional o étnico, cuya protección a efectos discriminatorios basados en ellas, queda unificada por la Convención de 1965 en su objetivo de eliminar la discriminación racial en todas sus formas.

En la búsqueda de los criterios que delimitan la noción de raza, es de interés traer a colación el informe que se elevó en la Conferencia Internacional del Trabajo en 1996 en relación al *Convenio n. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958*, que la OIT había adoptado unos 40 años antes como al efecto se ha hecho referencia anteriormente. Dicho Convenio, a la hora de definir lo que se entiende por discriminación (prohibida), lo hace definiéndola como la amparada en «motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social». En concreto, por lo que hace a la noción de raza, en dicho informe se recogieron los debates sobre su alcance, y se expresó que con tal término se vendría a hacer referencia al grupo étnico al cual un individuo está unido por herencia⁶ (esta referencia a la “herencia” recuerda efectivamente a las políticas y leyes racistas aprobadas por los nazis el siglo pasado, conforme a las cuales para acreditar que se era puro racialmente hablando, es decir se forma parte de la raza aria, se tenía que acreditar la falta de ascendencia judía); se añadía en el informe que históricamente la atribución de la noción de raza ha estado ligada al color de la piel, aunque esta faceta no representa más que una de las características étnicas que pueda tener una persona, aunque sea la más aparente, si bien, esta faceta se encuentra a menudo asociada al criterio de raza en las disposiciones constitucionales o legislativas que algunos países adoptan para prohibir la discriminación⁷. En todo caso, la Conferencia advertía que a menudo el término raza es empleado de forma abusiva para referirse a comunidades lingüísticas o a grupos minoritarios donde la identidad está fundada sobre una pertenencia religiosa o cultural, o incluso de ascendencia nacional⁸, que podría estar cubiertas por otros factores de discriminación prohibidos.

Es de interés ver que en el Convenio de 1958 prevé un motivo de discriminación como es el de la ascendencia nacional (que según la Conferencia ceñía, más que a la distinción entre ciudadanos de un país y los de otra nacionalidad, a los ciudadanos de un mismo país en función de su lugar de nacimiento o de origen extranjero)⁹, mientras que la Convención

⁶ OIT, *Égalité dans l'emploi et la profession*, Conférence Internationale du Travail, 83^a Session 1996, p. 14.

⁷ *Idem*.

⁸ OIT, *La igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación en relación con el Convenio núm. 111*, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83^a reunión, 1996, §§ 30-31.

⁹ OIT, *Égalité dans l'emploi et la profession*, cit., p. 15.

de Naciones Unidas de 1965 incluye dentro de las formas de discriminación racial, la producida por el origen nacional o étnico.

Se ha de partir de la base que conforme a Directiva 2000/43 son distintos el indicador racial de un lado, y el nacional de otro. De hecho, en la propia Directiva 2000/43 sobre prohibición de discriminación por motivos raciales o étnicos se advierte en su art. 3.2 que dicha normativa «no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas». Es decir, por una parte, la Directiva deja fuera de su ámbito de cobertura la discriminación por nacionalidad, con lo cual dicha norma europea no se aplica a las diferencias de trato por ese factor entre personas con ciudadanía de la UE y nacionales de terceros países. A mi modo de ver, esta exclusión limita en gran medida la persecución de actitudes discriminatorias respecto de extranjeros extracomunitarios, y por tanto el reconocimiento de sus derechos en ámbitos diversos, como el del empleo, lo cual debería llevar a replantear esta cláusula de la normativa europea.

Por otra parte, el art. 3.2 deja salvaguarda las disposiciones que cada Estado miembro tenga adoptadas sobre la entrada y permanencia de los extranjeros extracomunitarios, así como en relación a «cualquier tratamiento» relativo a la situación jurídica de los extranjeros (se ha de afirmar que, en aras al respeto de la normativa que regule las situaciones jurídicas de los nacionales de terceros países, el art. 3.2 de la Directiva utiliza una noción ciertamente amplia, la de «cualquier tratamiento», cosa que sorprende al compararla con lo que dice la exposición de motivos en este punto, en la que solo se expresa que la norma europea se aplicará sin perjuicio de las disposiciones sobre «acceso al empleo y al ejercicio profesional»). Dicho esto, también debe afirmarse que la Directiva 2000/43 no se autoexcluye respecto de las personas migrantes extracomunitarias, de hecho, en su propia exposición de motivos reconoce que la prohibición de discriminación «se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países». Es más, pienso que esa prohibición vale tanto para extranjeros residentes como para extranjeros en situación irregular, ya que son las personas, como seres humanos al margen de su raza, quienes son sujetos titulares de la prohibición prevista en la Directiva. Lo que pretende la Directiva es respetar lo que cada Estado miembro pueda establecer respecto del estatuto jurídico de dichos extranjeros extracomunitarios, ya sea como residentes o también como migrantes en situación irregular, y el tratamiento de las situaciones jurídicas correspondientes (como podrían ser su acceso al empleo, a la protección

social o a la educación), pero respetando ese régimen, y en particular los límites que se impongan para el acceso a derechos en función o no de la regularidad o no de la situación del extranjero, las medidas adoptadas por la Directiva 2000/43 se sumarían a ese tratamiento en la prohibición de discriminación por motivos de raza. En todo caso, en España, el art. 23 de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* regula el régimen de actos discriminatorios, entre otras motivaciones, por raza, de los extranjeros que caen bajo su régimen de aplicación, los nacionales de terceros países a la UE.

En todo caso, la distinción entre la cuestión nacional a efectos discriminatorios, por un lado, y la cuestión racial por otro, no implica que aquella pueda ser un factor que active la visibilización de una actitud discriminatoria por razones raciales. Cuando ambos indicadores se han vinculado, los efectos han resultado conflictivos. Vale la pena traer a colación el asunto acontecido al cambiar este siglo en España, cuando en un control policial en un espacio público para detectar inmigrantes irregulares, se pidió en exclusiva a una mujer de piel negra, de origen estadounidense pero nacionalizada española, que mostrara su documentación, actuación que llevó al inicio de procesos judiciales que llegaron al Tribunal Constitucional (TC) y posteriormente a que se pronunciará el Comité de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas. En su sentencia de 29 de enero de 2001, el TC justificó la actuación policial porque «aplicó el criterio racial simplemente como indicativo de una mayor probabilidad de que el interesado no fuera español», y porque «lo que podría haber sido discriminatorio habría sido el uso de un criterio [en este caso racial] sin relación con la identificación de las personas para quienes la ley estipula esta medida administrativa, en este caso ciudadanos extranjeros».

Con posterioridad a dicha resolución, el CDH puso en tela de juicio la doctrina establecida en la sentencia mencionada. En su fallo o dictamen del 2009, el CDH parte de la base de la legitimidad de efectuar controles contra la inmigración irregular, pero lo que no acepta es que aquellos se hagan en razón de las características «físicas o étnicas» de una persona, presumiendo que las mismas pueden llegar a constituir un “indicio” de la posible situación irregular de una persona en el país en cuestión; o dicho de otra forma, el Comité no acepta que las personas de esas características físicas o étnicas sean señaladas como posibles vulneradoras de la normativa sobre entrada y permanencia regular en el país, ya que lo contrario, como añade el Comité, «no sólo afectaría negativamente la dignidad de las personas afectadas, sino que además contribuiría a la propagación de actitudes xenófobas entre la población en general y sería contradictorio con una

política efectiva de lucha contra la discriminación racial»¹⁰.

Con la opinión del CDH se pone de manifiesto que el uso de un criterio racial (en el caso, el color de la piel de una persona), no puede ser un indicador de la posesión de una nacionalidad u origen nacional específico, ahora bien la amalgama de motivación racial estricta como el color de la piel o los rasgos físicos con la noción de nacionalidad, generalmente con el fin de atribuir a una persona con rasgos raciales diferentes al mayoritario de un estatuto nacional extranjero, que conlleve una diferencia peyorativa de trato o una estigmatización del grupo racial al que pertenezca esta persona, si debe ser considerado como una actitud discriminatoria de carácter racial.

Si la distinción entre raza y origen nacional es visible, la noción de raza se ha integrado con la correspondiente a origen étnico. La atribución por la Constitución española en el art. 14 del principio anti-discriminatorio en función de la raza supuso que esta noción adquiriera un sentido genérico y elástico¹¹, cuyo desarrollo doctrinal y judicial en el ámbito internacional no ha hecho más que respaldar, justamente permitiendo la absorción dentro del marco de la raza, del concepto de origen étnico. Como al efecto resolvió la Corte Europea de Derechos Humanos en su sentencia de 13 de diciembre de 2005 (Timichev-Rusia, casos 555762/00 y 55974/00)¹², en cuyo párrafo 55, se dice, en traducción al español en el comentario que la Pr. Fernández López hace de esta resolución, que «el origen étnico o la raza son nociones vinculadas, secantes. Si la noción de raza encuentra su origen en la idea de una clasificación biológica entre seres humanos en subespecies según sus particularidades morfológicas (color de la piel, rasgos del rostro), el origen étnico se funda sobre la idea de grupos sociales que tienen en común una nacionalidad, una pertenencia tribal, una religión, una lengua, orígenes y medios culturales tradicionales», de forma que la discriminación fundada en un origen étnico es una discriminación racial¹³.

Como dice la Pr. Fernández López, la raza o etnia, más que un concepto estable sería una categoría, que agruparía a los sujetos por razón de su comunidad de origen, real o imaginaria, con lo que el concepto se acaba disolviendo en las convicciones sociales en un momento dado, y por tanto

¹⁰ Para un comentario de este dictamen véase F. CAMAS RODA, C. LÓPEZ ROCA, *La influencia en el ámbito jurídico español de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, raza u origen étnico regulada en el ordenamiento europeo e internacional*, en M.A. BALLESTER PASTOR (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, 2010.

¹¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 184 ss.

¹² Véase la [resolución en francés](#).

¹³ Véanse M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La prohibición de discriminación*, en *Diario La Ley*, 10 diciembre 2018, n. 9314, o M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto*, en *Temas Laborales*, 2009, n. 98, pp. 11-57.

sujetas a modificación¹⁴. La utilización de un factor de identidad grupal, transmitido por herencia (color de piel o rasgos físicos, unido a linajes como el cultural, nacional o religioso), hace que el acogimiento del motivo raza tenga un campo de reconocimiento amplio frente a un acto discriminatorio. Debido a que en la categoría de raza entran factores tanto biológicos como religiosos y culturales, se ha de considerar que para la persona con esas características resulta imposible o muy difícil esconderlas o transformarlas a los efectos de evitar cualquier acto discriminatorio, buscando con ello ser visto como perteneciente a la raza mayoritaria en la sociedad en la que vive. Debe afirmarse así la intensidad que el factor colectivo o de grupo tienen en la localización de un acto de discriminación por motivos raciales. Este registro en el reconocimiento de un acto discriminatorio podría erigirse también en decisor de un acto discriminatorio cuando justamente la pertenencia a un grupo racial o étnico diferente al mayoritario, que es minoritario y débil en términos de influencia social y poder, es despreciado, estigmatizado o excluido por otros grupos que adoptan una postura de supremacía respecto de aquél.

También para la configuración amplia de la noción de origen racial o étnico protegido por la Directiva 2000/43, sirve la noción sobre “origen étnico” llevado a cabo por la sentencia antes mencionada también del TJUE de 16 de julio de 2015 (Asunto C-83/14, *Chez c. Komisija za raskrbtita ot diskriminatsia*), en la que se expresa que «el concepto de origen étnico proviene de la idea de que los grupos sociales se identifican en especial por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida». De ahí, que como ha informado la Comisión Europea, en la conformación de una noción racial o étnica para la activación de la correspondiente protección jurídica antidiscriminatoria, pasa también por las características del grupo como la lengua, la religión, el origen, el color de la piel o la religión de una persona constituyen desencadenantes específicos de discriminación étnica o racial¹⁵. La discriminación por motivos raciales es una noción que se ha de considerar incluida en la más amplia de racismo, y dentro de este, la nacionalidad también es uno de sus factores configuradores. Como al efecto

¹⁴ Véase M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto*, cit., p. 17.

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, [Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico \(«la Directiva de igualdad racial»\) y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación \(«la Directiva de igualdad en el empleo»\)](#), 19 marzo 2021, COM(2021)139 final.

ha dicho la Comisión contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, racismo «se entenderá como la creencia de que, por motivo de la raza, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico, se justifica el desprecio de una persona o grupo de personas o la noción de superioridad de una persona o grupo de personas»¹⁶. Derivado de ello, de esta noción considero importante destacar dos aspectos: por un lado, la dotación de una noción amplia de racismo, en la que no solo se tiene en cuenta únicamente el color de la piel o rasgos físicos; en segundo lugar que el supremacismo frente a un grupo que, tomando o no en cuenta el color de la piel u otros caracteres físicos, puede resultar homogéneo en su religión, nacionalidad o idioma, resulta un factor clave para detectar racismo, y por ello activar la protección jurídica derivada del principio antidiscriminatorio al establecer alguna distinción a la persona por razón del origen racial o étnico.

3. Tipos de discriminación por motivos raciales o de origen étnico

A) Como se ha expresado, la Ley 62/2003 se pone por objetivo el establecimiento de medidas que garanticen la igualdad de trato y no discriminación, conceptuando la primera como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico (art. 27 en relación al art. 28). Este último precepto define la discriminación directa como la situación en que una persona es tratada «de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico». Al no decir por razón de “su” origen racial o étnico, se resolvería una duda interpretativa derivada de la Directiva 2000/43¹⁷ de forma que en el ámbito español se admitiría que una persona pueda ser víctima de discriminación por aquellos motivos sin pertenecer a la raza o etnia a la que aquella iba dirigida.

Por lo que hace a la discriminación de carácter indirecto se produce cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, ocasionan una desventaja particular a una persona respecto de otras, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios. En este tipo de discriminación es de interés la consideración de

¹⁶ Comunicación de la Comisión Europea, *Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025*, 18 septiembre 2020, COM(2020)565 final.

¹⁷ Véanse las reflexiones de M.E. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, p. 352.

su existencia cuando se acredite que el porcentaje de personas pertenecientes a una minoría étnica que resulte perjudicada por una medida neutra sencillamente supere al de la mayoría étnica (o al de otras minorías)¹⁸. Como dice la Directiva en su considerando 15, las pruebas estadísticas pueden servir como base de discriminaciones indirectas, por lo que en un conflicto discriminatorio son un factor clave la aportación de datos estadísticos sobre la composición étnica y racial de la población o de un grupo específico, o también los análisis del mercado de trabajo en función de la pertenencia a colectivos raciales o étnicos determinados. No obstante, la recolección de datos sobre identidad racial o étnica han sido de confección minoritaria¹⁹, particularmente por la sensibilidad de la información a extraer y su difusión. En todo caso, es de interés señalar que la Comisión Europea ha otorgado en su *Informe de 2021 sobre la aplicación de la Directiva 2000/43*, a la que denomina como “Directiva de igualdad racista”, una gran importancia a la recogida de datos pese a que, según el Informe, las Directivas europeas sobre igualdad de trato y no discriminación no digan nada sobre ello: en este sentido, se expresa que las directrices *Guidelines on improving the collection and use of equality data at national level* destacan que el Reglamento General UE/679/2016, de Protección de Datos (RGPD) no impide la recogida de datos sobre igualdad, incluso cuando se desagregan por origen racial y étnico, si se realiza «de forma apropiada»²⁰. Esa forma apropiada se cumpliría, siguiendo el Reglamento mencionado y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos, si se recogieran conforme a las posibilidades que esta normativa ofrece, el consentimiento del afectado o a falta de éste por los supuestos que justifican ese tratamiento en varios preceptos del Reglamento europeo (art. 9.1 y 2, 2a), f) y g))²¹.

¹⁸ M.A. BALLESTER PASTOR, *El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, n. 63, p. 50.

¹⁹ El tema de la recopilación de datos es abordado por los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial respecto de España. En el informe de 2016 le pide que reflexione sobre cómo perfeccionar herramientas para poder recabar y publicar datos demográficos sobre la composición de la población desglosados por comunidades territoriales y adoptar, con ese fin, métodos adecuados, garantizando la auto adscripción identitaria, y el anonimato (véase COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, *Observaciones finales sobre los informes periódicos vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo tercero de España*, 13 mayo 2016, CERD/C/ESP/CO/21-23).

²⁰ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, pp. 4-9.

²¹ Véase M.E. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, p. 371, para quién la solicitud y tratamiento de datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial o étnico de las personas físicas para elaborar pruebas estadísticas dirigidas a demostrar la existencia de discriminación indirecta quedan amparados en las excepciones que el Reglamento prevé.

Finalmente, hay que señalar que en la Ley se regulan también la conducta de acoso, entendidas como toda aquella “no deseada” relacionada con el origen racial o étnico de una persona, es decir se lleva al plano personal la acreditación de que la conducta afecte a su específica sensibilidad²², siempre que además «tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo». Esa definición puede abrir la puerta a varios tipos de conducta, desde violencia física hasta actitudes intimidatorias pasando por el hostigamiento psicológico, conforme a los requisitos que se doten a estas situaciones de acoso de forma general, por ejemplo, a lo que en relación a la situación de acoso pueda decirse cuando está motivado en razones de sexo, religión, discapacidad, etc. De hecho, la tendencia es al tratamiento conjunto de todas las formas de violencia y acoso, aunque con la dotación de referencias singulares en materia de género, prueba de ello es el Convenio n.º 190 (2019) de la Organización Internacional del Trabajo, primer tratado internacional que condena directamente todas las formas de violencia y acoso en el mundo laboral, y que, como tal, también incide en el acoso y la discriminación racial²³. La norma española no dota al acoso por razón de raza u origen étnico de ningún tipo de tratamiento especial respecto de aquellos, cuando las especiales circunstancias de este tipo de conductas y su capacidad de propagación sobre todo a través de internet o las redes sociales lo hacen recomendable. Especial atención debiera merecer el encaje en esta noción de acoso de la expresión y difusión a través de la red de opiniones, arengas o discursos dirigidos contra una persona en función de su raza u origen étnico, que, sin incurrir en delitos penales de odio, pudieran entrar en la noción de acoso. La especialidad que tiene este motivo, derivado además de la propia Directiva 2000/43, y por tanto diferenciado de otros motivos de discriminación, debiera ser un fundamento para un tratamiento singularizado de la conducta de acoso. No obstante, de la misma manera que acontece con conductas de acoso por otras motivaciones, la Ley 62/2003 considera al llevado a cabo por motivos raciales como acto

²² Como dice M.A. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 52, si bien el precepto añade una cláusula que favorece la redefinición del acoso por parte de los Estados miembros, la doctrina que ha estudiado este tema ha criticado la inclusión como elemento constitutivo del acoso del carácter *no deseado* del mismo, más cuando existen unos parámetros objetivos para la identificación del acoso por causa étnica (lo que cualquier persona en la misma situación consideraría ofensivo) que lo configuran independientemente de la posible oposición de la víctima.

²³ Véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, [Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025](#), SOC/666, que anima a todos los Estados miembros a que consideren la posibilidad de ratificar sin demora el Convenio OIT n. 190 (2019).

discriminatorio «en todo caso», y por lo tanto activa el conjunto de medidas de protección previstas en la normativa para el respaldo del principio antidiscriminatorio.

La normativa española no regula explícitamente varios tipos de discriminación basada en la raza u origen étnico de las personas, por lo que se ha de estar a las interpretaciones judiciales que se pronuncien sobre ellas. Una es la denominada como discriminación por combinación de motivos o de carácter múltiple (o también llamada interseccional), es decir, aquella basada en la combinación inseparable de varios motivos en vez de uno solo por separado, aunque el considerando 14 de la Directiva 2000/43 manifieste que en la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico «debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples». Tampoco está regulada la denominada «discriminación por asociación», es decir, cuando una persona o un grupo sufre una desventaja por su asociación con una persona o grupo que presenta las características protegidas. Ahora bien, a partir de la interpretación literal de la Ley 62/2003 que se ha realizado en este trabajo sobre la definición de discriminación directa, en la que norma la prohíbe en general por razón del origen racial, y no específicamente a una persona por «su» raza, si se estaría amparado por la norma la cobertura de un acto de discriminación por asociación. En este sentido, la Sentencia antes vista del TJUE de 16 de julio de 2015 (Asunto C-83/14, *Chez c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*), recaída en materia de no discriminación por origen racial o étnico, se demostró que una persona que no era de origen gitano podía beneficiarse de la correspondiente acción antidiscriminatoria por motivación racial o étnica, ya que, pese a no identificarse con la etnia gitana, sufría un trato menos favorable o una desventaja particular al igual que ésta. Como dice la Comisión Europea, de este asunto se desprende que la discriminación no depende de la existencia de una relación íntima o estrecha entre la presunta víctima y el grupo en el que esté asociado²⁴. Por esa misma razón, no se vería problema en aplicar también la «discriminación por percepción o discriminación por suposición», es decir, cuando el trato diferente se basa en la creencia o percepción errónea de que una persona posee una de las características protegidas.

²⁴ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, pp. 4-9.

4. Ámbitos de aplicación de las medidas antidiscriminatorias contenidas en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre

El art. 29 de la Ley 62/2003 es el primer precepto de la Sección 2ª del Capítulo III del Título II de la Ley 62/2003. Esta Sección 2ª contiene las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en razón del origen racial o étnico de la persona, que son la posibilidad de establecer medidas de acción positiva (art. 30), la legitimación de las personas jurídicas en la defensa de los derechos de las víctimas de discriminación (art. 31); la carga de la prueba en determinados procesos en relación con el origen racial o étnico (art. 32); y la creación del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico (art. 33), aspectos que posteriormente serán objeto de tratamiento.

Estas medidas contenidas en la Sección 2ª del Capítulo III del Título II de la Ley 2/2003 tienen por objeto, según el primer párrafo del art. 29.1, que el principio antidiscriminatorio 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». De entrada, al delimitar el art. 29 los ámbitos de aplicación de las medidas anteriormente citadas, sigue la misma estela ofrecida por la Directiva 2000/43, también en el sentido de que no desarrolla el alcance de cada uno de los ámbitos que integra.

La Comisión Europea, en su *Informe sobre la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico*, de 19 de marzo de 2021²⁵, realiza un estudio del alcance de la Directiva y, a mi modo de ver, señala varias notas de interés, una inclusiva y otra excluyente, respecto de la aplicación de dicha normativa: de un lado la Comisión afirma que la Directiva también se aplica a la discriminación derivada del uso de la inteligencia artificial. Por otro, el Informe recuerda que la norma no incluye en su ámbito de aplicación material «las actuaciones del sector público que conllevan “el ejercicio de la autoridad pública”» (p. ej., la actuación policial, las autoridades de detección de fraudes, y el sistema judicial penal y civil) sin un elemento de prestación de servicios (para justificar esta delimitación, la Comisión vincula el concepto de servicios con el art. 57 del TFUE, de lo cual se deriva que la aplicación de la Directiva solo se da cuando aquellos se configuran como una actividad económica). Para visibilizar su postura en este sentido, la Comisión señala que la Directiva no se aplica cuando la policía para o acosa a alguien por su origen racial o étnico (cuestión esta que recuerda el caso visto por la STJUE de 12 de mayo de 2011, C-391/09,

²⁵ *Ibidem*, pp. 9-10.

donde el Tribunal recordó en su fundamento 46 que cuando se aprobó la Directiva 2000/43, no se aceptó la propuesta que pedía incluir el ejercicio de las funciones de cualquier órgano o autoridad públicos).

Se debe confirmar la protección de la Ley 62/2003 frente al uso de la inteligencia artificial como correa de transmisión de medidas discriminatorias en el marco de los ámbitos que aquella incluye. Además, de ello, no ha de pasarse por alto las iniciativas políticas que se han impulsado para evitar la utilización de los algoritmos con efectos discriminatorios, como el impulso por el Gobierno español de la [Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial](#), en la que se prevé la elaboración de medidas adecuada para el desarrollo de una inteligencia artificial basada en principios éticos, uno de ellos es el de inclusión y no discriminación. Finalmente, en el ámbito laboral, es necesario referirse al Convenio colectivo del sector de la Banca²⁶. En este convenio acordado entre la patronal bancaria y los sindicatos de trabajadores, se ha incluido un capítulo a los derechos digitales de la plantilla de trabajadores. Uno de esos derechos es el derecho de los trabajadores «ante la inteligencia artificial» y al empleo de algoritmos. En concreto, su art. 80.5 reconoce el derecho de las personas trabajadoras a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos, cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos.

Respecto de las actuaciones del sector público que conllevan «el ejercicio de la autoridad pública», debe empezarse por recordar su sumisión en todo caso a la Constitución y derivado de ello al principio de igualdad y no discriminación, también por motivos de raza, como al efecto expresa su art. 14. Por lo que hace a los extranjeros nacionales de terceros países a la UE, ya se ha citado anteriormente la protección del art. 23 de la LO 4/2000, que califica como acto discriminatorio todo aquel ejecutado por la autoridad o funcionario público o personal encargado de un servicio público contra un extranjero por pertenecer a una determinada raza.

En todo caso, respecto de la aplicación de las medidas previstas en la Ley 62/2003 a las actuaciones llevadas a cabo por Autoridades Públicas, se ha de advertir que el art. 27.2 dice que todo el capítulo (el III) de la ley dedicado a las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, «será de aplicación a todas las personas, tanto en el sector público como en el sector privado», sin que la norma realice ninguna exclusión específica. Ahora bien, posteriormente, el art. 29.1 dice que el ámbito de aplicación de las medidas antidiscriminatorias incluidas en la Sección II del Capítulo III en el que se incluye, se aplican a, «en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios». De entrada, podría interpretarse que la norma española asume

²⁶ [Resolución de 17 de marzo de 2021](#).

una proyección universal en su aplicación respecto de cualquier intervención del sector público o de la Administración pública, por ejemplo, incluyendo también funciones o potestades públicas como puede ser el ejercicio de actos de autoridad, y por tanto yendo más allá de lo previsto por la Directiva 2000/43.

Considero que no esa la pretensión de la Ley 62/2003, que se ciñe a la prestación de «bienes o servicios» (en el sector público entendiendo por tales los servicios públicos), y no a otro tipo de actividades que salen literalmente de ese concepto, en concreto el antedicho ejercicio de funciones de autoridad pública, o también, a mi parecer, las actividades públicas de fomento como puede ser el régimen de subvenciones públicas (sin perjuicio que en este ámbito se apliquen disposiciones específicas sobre el respeto del principio antidiscriminatorio, como al efecto se contienen en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones). Ciñéndome al ámbito público, al referirse la Ley 62/2003 a la oferta y el acceso a cualesquiera «bienes y servicios», está utilizando un marco verdaderamente amplio a los efectos de su aplicación, que restringe ciertamente la interpretación de posibles excepciones a la aplicación de las medidas contenidas en la norma, aunque también delimita su campo de actuación a esos objetos, los bienes y servicios públicos o, por supuesto, a todas aquellas actividades económicas que supongan o se conecten con su prestación o dispensación.

En todo caso, el art. 29.1 de la Ley 62/2003, en su segundo párrafo, advierte que otros ámbitos diferentes a los contenidos en su primer párrafo justo antes analizado (educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales etc.), como son los relativos al acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, se regirá por las medidas para la igualdad de trato previstas en la Sección 3ª del Capítulo III del Título II. Las medidas de tutela antidiscriminatoria que le son aplicables son en gran parte las previstas en aquella Sección 3ª, con la adición de preceptos específicos de diversas leyes en el ámbito laboral.

De todos ellos, considero que el empleo es el verdadero catalizador del principio antidiscriminatorio propulsado por la Ley 62/2003. De hecho, desde hace años el ámbito del empleo, entendiendo así tanto la búsqueda de trabajo como cuando ya se tiene y se está en el lugar de trabajo, viene siendo considerado como uno de los principales focos de discriminación por motivos raciales o de origen étnico²⁷, también junto a las producidas en

²⁷ OCDE, *Perspectivas del empleo 2008*, 2008, cap. 3, *El precio de los prejuicios: la discriminación en*

el ámbito educativo, situaciones que acaban afectando a la integración de las personas afectadas²⁸. Los estudios habidos en esta última década han venido enfatizando la detección de dichas discriminaciones en la fase de contratación, de hecho, según la OCDE, en los países en los que se han llevado estudios de campo, la probabilidad de ser llamado para realizar una entrevista después de una solicitud es varios puntos porcentuales menores en el caso de los solicitantes que pertenecen a grupos minoritarios, de lo que derivaría, por otro lado, en la publicación de menos ofertas de trabajo a los miembros de aquellos colectivos²⁹. En concreto, se ha constatado el hecho de que a los candidatos que se identifican abiertamente como musulmanes en sus currículos los convocan a menos entrevistas de trabajo en comparación con candidatos igualmente cualificados con un curriculum vitae sin connotaciones religiosas³⁰. Además, la Comunicación de la Comisión Europea de 18 de septiembre de 2020, [*Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025*](#) advierte que resultan particularmente afectados por actitudes racistas las personas de ascendencia africana, las cuales ven una disociación especialmente marcada entre la calidad de su empleo y su nivel de educación, que se manifiesta en una tasa de trabajo peor remunerado entre las personas con un título superior en comparación con la población en general. También que hay una tasa mucho mayor de jóvenes de origen norteafricano, de ascendencia africana o de comunidades gitanas que no trabajan, ni estudian ni reciben formación, en comparación con la población general. En fin, la discriminación racial en el empleo también toma diversas formas, como condiciones de trabajo desfavorables o la tendencia a una “etnización” de la organización de trabajo, por ejemplo, destinando a los trabajadores en función de sus caracteres físicos (y no de la evaluación de sus competencias) a ciertas tareas o lugares profesionales, excluyéndolos del contacto directo con los clientes³¹. Se ha de recordar en este punto que, como dice el Informe de la Comisión Europea sobre la Directiva de igualdad racial, únicamente existe

el mercado de trabajo por razones de sexo y de origen étnico, p. 143.

²⁸ Sobre estas encuestas que se realizan en el ámbito europeo, la Agencia, la Comisión Europea ha señalado que muestran que los ciudadanos de toda la UE sufren un alto nivel de discriminación por su origen racial o étnico de manera periódica. Comentando los datos elaborados por la Agencia de Derechos Fundamentales en dicho sentido, la Comisión expresa que es la esfera en la que se experimenta más discriminación en función del origen étnico o como inmigrante. Esto incluye situaciones en las que las personas están «en la búsqueda de trabajo» o «en el lugar de trabajo» (COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, p. 2).

²⁹ OCDE, *op. cit.*, p. 143.

³⁰ COM(2020)565 final, cit.

³¹ M. MINÉ, *Les migrations et la discrimination raciale dans l'emploi*, en I. DAUGAREILH, F. VENNAT (dirs.), *Migrations internationales et marché du travail*, Chronique Sociale, 2004, pp. 167.

una excepción en la consideración como discriminatoria de una diferencia de trato basada en la raza o el origen étnico en el empleo, en concreto, cuando debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, una característica vinculada al factor racial constituya un requisito profesional esencial y determinante, y siempre que el objetivo perseguido con ello sea legítimo y el requisito proporcionado, sin que pueda (véase nuestro art. 34.2 de la Ley 62/2003 y art. 4 de la Directiva 2000/43). En su informe, la propia Comisión pone como ejemplo el caso de la búsqueda de un director de casting de un actor con un origen racial específico para representar un papel en una película. En todo caso, en la aplicación del art. 34.2 de la Ley 62/2003, se ha de tener en consideración la doctrina emanada del TJUE, en especial, su calificación como discriminatoria en función del artículo 2.2a) de la Directiva 2000/43, de la política de una empresa, puesta en boca de su director ante un medio de comunicación, de no contratar a trabajadores de determinado origen étnico o racial a causa de las reticencias de la clientela a la que atiende la empresa (Sentencia de 10 de julio de 2008, Asunto C-54/78). De forma analógica, también se llevará al ámbito de la discriminación racial (en particular en lo relativo a que se debe entender por requisito profesional y determinante del art. 4 de la Directiva 2000/43), la doctrina derivada de un caso de discriminación por motivos religiosos (despido de una trabajadora por prestar sus servicios con un pañuelo islámico), visto por la Sentencia del TJUE de 14/3/17 (Asunto C-188/15). En su resolución el Tribunal dice que la exigencia de un requisito profesional y determinado para el ejercicio de un servicio o trabajo como justificante de una diferencia de trato implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo, pero en cambio «no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente».

De interés es en España el estudio llevado a cabo por el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica sobre la *Percepción de la discriminación racial o étnica por parte de sus potenciales víctimas en 2020*³², en el que se concluye que los grupos que en mayor medida perciben tener una imagen desfavorable son la población gitana y la magrebí, también los afrodescendientes. Se resalta que los ámbitos en los que las personas están percibiendo mayor discriminación por su origen étnico son, en 2020, el de acceso a la vivienda (31%), el de establecimientos o espacios abiertos al público (30%), el ámbito laboral (26%) y la educación (20%), ámbito este

³² Véase su [Resumen Ejecutivo](#).

último que ha aumentado un 7% desde 2013.

Justamente, en referencia a la comunidad gitana, que es uno de los grupos especialmente sensibles en España a la discriminación por origen étnico, se ha de aportar que la nueva normativa educativa *Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*, ha pasado a exigir que en el currículo de las diferentes etapas de la educación básica, se atienda, entre otros valores, a la igualdad de trato y la no discriminación. Se añade que se considerará el estudio y respeto de otras culturas, particularmente la propia del pueblo gitano y la de otros grupos y colectivos, contribuyendo a la valoración de las diferencias culturales, así como el reconocimiento y la difusión de la historia y cultura de las minorías étnicas presentes en nuestro país, para promover su conocimiento y reducir estereotipos (Disposición adicional cuadragésima primera de la LO 2/2006 ya reformada).

En todo caso, son los problemas en el ámbito de la protección social los que han emergido en el ámbito judicial español como los más importantes. Prueba de ello es la [sentencia del TC de 25 de enero de 2021](#). El conflicto tiene origen en la denegación por la Seguridad Social a una mujer de etnia gitana de la pensión de viudedad por el fallecimiento de su marido. Ambos se habían casado en 1994 por el rito gitano (el cual, según la legislación española no es reconocido como forma válida de contraer matrimonio a efectos civiles) y convivieron durante 15 años antes de la muerte de él. De su unión nacieron 5 hijos, si bien en la inscripción por su nacimiento constaba que eran hijos de padres solteros. El Instituto Nacional de Seguridad Social resolvió no conceder la pensión de viudedad a la mujer por no haberse constituido formalmente como “pareja de hecho” con la persona con la que había convivido, en base al art. 174.3 del *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (según este precepto, para conceder la pensión de viudedad, el beneficiario debe acreditar haber contraído matrimonio, o bien haber convivido con la persona fallecida durante 5 años de duración como mínimo y haber inscrito esa pareja o haberla formalizado en un documento público con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión).

La mujer de etnia gitana recurre al Tribunal Constitucional alegando que la denegación de la pensión de viudedad vulnera su derecho a no sufrir discriminación por motivos raciales y étnicos conforme al art. 14 de la Constitución Española. Las alegaciones que realiza para fundamentar su decisión son: 1) la aplicación al caso de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009 (*Asunto Muñoz Díaz v. España*), ya que había actuado de buena fe en la creencia de que su

matrimonio era válido a todos los efectos; 2) si no se reconociese lo anterior, la recurrente alega que la exigencia de que las parejas de hecho deban estar inscritas puede producir una discriminación indirecta para el colectivo gitano por el fuerte arraigo de sus tradiciones, muy ligadas a la familia y a la convivencia permanente en la creencia que su relación es igual a la de cualquier otra unión de carácter matrimonial.

El Instituto Nacional de Seguridad Social y el Ministerio Fiscal se oponen a estas alegaciones alegando la no aplicabilidad de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, ya que a diferencia del conflicto visto por dicho Tribunal Europeo, en el presente caso no concurría buena fe de la mujer en relación a la validez del matrimonio celebrado conforme al rito gitano ya que en los documentos emitidos por las autoridades españolas en ningún momento había ninguna referencia al matrimonio de ambos convivientes (por ejemplo, en la inscripción de los hijos, estos figuraban como descendientes de “padres solteros”); ambas instituciones también alegan la legitimidad de la ley al exigir, bajo el principio de neutralidad desde la perspectiva racial, de que para obtener una pensión de viudedad las parejas de hecho éstas deban estar registradas o haberse constituido en un documento público.

Finalmente, el Ministerio Fiscal también realiza otra alegación para oponerse al recurso: partiendo de la base de que el rito gitano de celebración del matrimonio incluye una prueba de virginidad que se realiza en la novia, lo que a su parecer supondría un supuesto de discriminación por razón de sexo, el Ministerio Fiscal manifiesta que en el caso que el Tribunal Constitucional estimase que en función de la peculiaridad del pueblo gitano se debía modificar la existencia del requisito de inscripción de la pareja de hecho, debería evitar también que pudiera hacerse una distinción entre una pareja de hecho que se haya casado por el rito gitano y otra pareja de hecho gitana que tenga los mismos valores de su cultura pero que no estuviera dispuesta a aceptar la prueba de virginidad, no celebrase ese ritual y viviese maritalmente.

El Tribunal Constitucional desestima la demanda de amparo de la mujer gitana, y en consecuencia resuelve que en la denegación de la pensión de viudedad no se ha producido una discriminación por motivos raciales o de origen étnico. Los fundamentos que llevan a esa resolución son básicamente los siguientes: en primer lugar, no es aplicable la doctrina de la *Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009 (Asunto Muñoz Díaz v. España)* ya que su supuesto es diferente al visto ahora por el Tribunal español. Para el TC la buena fe de la demandante fue la base de aquél pronunciamiento judicial ya que las autoridades habían dado apariencia de un matrimonio celebrado conforme a la legislación española

a través de la mención de ello en varios documentos públicos, circunstancia que no concurre en el presente caso; además, en aquél supuesto no se discutía sobre la constitución formal de parejas de hecho y sus efectos en Seguridad Social, lo cual es base para denegar la pensión de viudedad en el caso que se le somete; en segundo lugar, no se deriva ninguna desigualdad de trato o trato discriminatorio por exigir que para obtener la pensión de viudedad, la persona beneficiaria deba haber contraído matrimonio válido según las formas legalmente reconocidas. Por tanto, la unión celebrada por el rito gitano que no ha sido reconocida como una de las modalidades válidas de contraer matrimonio con efectos civiles, no supone una discriminación directa basada en motivos étnicos; en tercer lugar, no se produce discriminación directa por motivos raciales o étnicos por no equiparar la unión celebrada conforme a los ritos gitanos, con las parejas de hecho formalizadas legalmente, a los efectos de obtener la pensión de viudedad (por tanto, no ampara que las personas gitanas deban recibir un trato específico en materia de pensión de viudedad en función de su cultura). El TC recuerda que el art. 14 de la Constitución no cubre la denominada como «discriminación por indiferenciación», ya que dicho precepto no consagra un «derecho a la desigualdad de trato», por no existir ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual; y finalmente, el TC no aprecia una discriminación indirecta por motivos raciales o étnicos por el hecho de que la ley obligue a constituir formalmente una relación de pareja de hecho para obtener la pensión de viudedad. Para el Tribunal, no se advierte un perjuicio que revele que esa obligación legal produzca efectos desfavorables en la comunidad gitana; no se aportan datos que permitan acreditar esos resultados en función de evidencias estadísticas, ni se justifica la existencia de un perjuicio derivada de la norma, en razón de pertenecer a la minoría gitana frente al que supone su aplicación para cualquier otro colectivo que opte por la no formalización de sus relaciones de convivencia o por una formalización que carezca de validez civil.

En conclusión, los puntos clave de la sentencia son que la exigencia de que para obtener una pensión de viudedad sea necesario contraer matrimonio válido no supone una discriminación directa por motivos raciales para las personas de etnia gitana que según su cultura se hayan casado únicamente por el rito gitano, que no tiene reconocimiento de matrimonio a efectos civiles. Tampoco es una discriminación indirecta para las personas gitanas el hecho de denegar la pensión de viudedad por no haberse inscrito como parejas de hecho en los registros correspondientes, añade el TC, si no se fundamenta que perjuicio implica aquella exigencia, ni se aportan datos que lo evidencien, ni se justifica un perjuicio en comparación con otras personas que no opten por formalizar sus relaciones de convivencia.

De interés resulta esta sentencia por cuanto el TC limita la aplicación de la *Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009 (Asunto Muños Díaz v. España)* a casos muy específicos de personas casadas por el rito gitano pero que pensaban que su relación era plenamente matrimonial. Por otra parte, el TC establece que la legislación española que en materia de pensiones de viudedad exige, bajo el principio de neutralidad, bien la constitución válida de un matrimonio, bien la inscripción de una pareja de hecho, no supone una discriminación por motivos raciales directos o indirectos de las personas gitanas que únicamente se hayan casado a través del rito gitano o no se hayan inscrito. En todo caso, al hacerlo así, la sentencia equipara esta minoría étnica con otros colectivos indiferenciados a la hora de valorar una posible discriminación, es decir, aplica el principio de neutralidad sin tener en cuenta si la comunidad gitana puede tener tratamientos específicos (reconocidos en normas internacionales) que la hagan específica respecto de otras personas. Finalmente, la sentencia tampoco realiza ninguna valoración a la posible existencia de una discriminación múltiple en función de la concurrencia simultánea de dos factores: el sexo de la persona que reclama su pensión de viudedad y de pertenecer a una etnia. En todo caso, ello no aparece en las alegaciones que se le hacen al Tribunal sentenciador.

5. La protección de derechos frente a la discriminación racial y su promoción

El principio antidiscriminatorio por motivos raciales u origen étnico recogido en la Ley 62/2003, complementado por la normativa que regule los ámbitos (empleo, educación, etc.) en los que se aplica dicho principio, está protegido por los órganos judiciales de cada orden jurisdiccional al que pertenezca el conocimiento de la materia. En todos los casos, la legislación procesal reconoce la realización de procedimientos preferentes y sumarios para resolver este tipo de conflictos y, en los ámbitos de aplicación previstos por la Ley 62/2003, prevé medidas específicas sobre la carga de la prueba de una actividad discriminatoria, en concreto que es al “demandado” a quien corresponde la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

De interés es señalar que conforme al art. 31, de la Sección 2ª del Capítulo III del Título II de la Ley 62/2003 (que recordemos, contiene las medidas para la igualdad de trato en los ámbitos de 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), las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante «que así lo autorice» con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico. Por lo tanto, las personas jurídicas pueden actuar en defensa del demandante, víctima de una discriminación, si esta víctima se presenta como demandante en el proceso y además autoriza a la persona jurídica que actúe en su nombre. Esta norma deriva del art. 7.2, de la Directiva 2000/43, que según el TJUE constituye una especificación, en el ámbito considerado, del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (tal y como dice la sentencia del TJUE, que se comenta posteriormente, de 15 de abril de 2021, en el asunto C-30/19, Diskrimineringsombudsmannen (Defensor del Pueblo en materia de Discriminación, Suecia), y Braathens Regional Aviation AB).

Como medida para la igualdad de trato contenida en la Sección 2ª del Capítulo III del Título II de la Ley 62/2003 se encuentra en su art. 33 la creación del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico. Junto al resto de entidades creadas por exigencia de la Directiva 2000/43 en otros Estados miembros de la UE, instituciones como el Comité Económico y Social Europeo están pidiendo un refuerzo de sus funciones, a lo que hay que añadir la necesidad de que sean más conocidos por la sociedad³³, punto débil que el propio Consejo español ha reconocido en su último informe de 2020, del que se hablará posteriormente. Por otra parte, debe mencionarse que el Consejo tiene un importante alcance aplicativo: pese a que se regule en la Ley 62/2003 en el marco de la Sección 2ª, recordemos solo destinado a ámbitos específicos, sus competencias van más allá de estos al añadir el campo específico de la Sección 3ª, que es el acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua.

Justamente, en el ámbito laboral y de protección social la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, prevé que el juez puede pedir un dictamen o informe a los organismos públicos competentes cuando en el

³³ Según [este dictamen](#), «aún es poco conocido el trabajo que realizan las organizaciones que trabajan en el ámbito de la lucha contra la discriminación, así como el de las instituciones públicas».

proceso se suscite una discriminación por origen étnico; y además, otorga legitimación a sindicatos y a entidades públicas o privadas, para que actúen como coadyuvantes del demandante en el proceso (es decir, que dichas entidades pueden incorporarse al proceso para apoyar al demandante), aunque no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado (demandante). En consecuencia, la presencia o autorización como demandante del perjudicado por la discriminación es necesario. En todo caso, si hay víctimas identificables de discriminación los sindicatos podrían actuar a través de un proceso de conflicto colectivo, actuando en defensa de los derechos de una pluralidad indeterminada de trabajadores. Como dice la Pr. Casas Baamonde, en España no ha sido prevista la posibilidad otorgada por el art. 13 de la Directiva 2000/43, así como por la STJUE de 10.07.08, *Feryn*, C-54/07) de que las entidades o asociaciones de promoción de la igualdad de trato promuevan procesos judiciales o administrativos sin necesidad de que actúen en nombre de un denunciante determinado, o incluso a falta de un denunciante identificable. En el ámbito laboral, solo en caso de denunciantes identificables en la forma que se ha visto, mientras que en los Juzgados que conocen de asuntos civiles o administrativos no es posible³⁴. Aún y este arsenal jurídico, los informes que se están emitiendo en el ámbito europeo para para comprobar el grado de observancia del principio antidiscriminatorio previsto en la Directiva 2000/43 están poniendo de manifiesto algunos problemas importantes, principalmente, en lo que se refiere a la iniciativa de las víctimas en presentar denuncias; también en la demostración de sus argumentaciones (donde considero que la cuestión deficitaria de la recopilación de datos para el uso de pruebas estadísticas puede ser una de las raíces del problema); la protección contra las represalias; así como la aplicación de sanciones adecuadas³⁵. Frente a ello, la Comisión Europea ha lanzado varias propuestas de mejora, como son permitir la denuncia por internet. Relacionado con ello, se ha de hacer constar que en relación a las comunicaciones electrónicas entre los ciudadanos y los servicios públicos, se ha aprobado el *Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos*. Este reglamento reconoce el principio de igualdad y no discriminación en las comunicaciones electrónicas entre ciudadanos y administraciones públicas, aunque remite a su normativa específica a determinados procedimientos de carácter sancionador. En todo caso, la Comisión europea también propone otras medidas para mejorar la

³⁴ M.E. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, pp. 367-370.

³⁵ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, p. 6 ss.

aplicación de la prohibición de discriminación por motivos raciales como son la mejora de la capacidad y accesibilidad de las autoridades locales y las organizaciones comunitarias o de intermediación locales; crear organismos de resolución de litigios fácilmente accesibles; proporcionar oficinas de asesoramiento jurídico especializadas; y crear redes de policías y magistrados formados en cuestiones de discriminación³⁶.

Por otra parte, en su Comunicación de 18 de septiembre de 2020, la Comisión Europea se ha comprometido a emprender una evaluación global del marco jurídico vigente para determinar cómo mejorar su aplicación, si sigue respondiendo a su finalidad y si existen lagunas que subsanar. De forma específica, la Comunicación señala que en materia de igualdad racial un aspecto que debe examinarse específicamente en el contexto de la posible nueva legislación es el del control del cumplimiento de la ley³⁷.

En todo caso, un elemento de alta importancia en el chequeo de la aplicación material del principio antidiscriminatorio pasa por el régimen de sanciones e indemnizaciones por su incumplimiento. Así lo establece la Directiva 2000/43, cuando dice en su art. 15 que «los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento», añadiendo que «dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias». La Ley 62/2003 debería haber regulado o desarrollado esta obligación de que las sanciones o indemnizaciones deban ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, más que dejarlo al albur de cada legislación sectorial, dejando así vías abiertas a que la jurisdicción pueda interpretar la intensidad de dichas indemnizaciones.

En todo caso, en este ámbito vale la pena traer a colación la Sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021, en el asunto C-30/19, Diskrimineringsombudsmannen (Defensor del Pueblo en materia de Discriminación, Suecia), y Braathens Regional Aviation AB., que conoce justamente del alcance del art. 15 de la Directiva 2000/43 anteriormente mencionado.

De forma resumida, un pasajero de origen chileno residente en Estocolmo (Suecia), que disponía de una reserva para un vuelo interno en Suecia, operado por una compañía de esa nacionalidad, fue sometido a un control de seguridad adicional a la del resto de pasajeros por decisión del comandante de la aeronave. Ante la denuncia del pasajero que había sido

³⁶ *Idem.*

³⁷ [COM\(2020\)565 final](#), cit.

objeto de una discriminación directa por motivación racial o de origen étnico, la compañía aérea aceptó pagar al pasajero una indemnización, pero sin reconocer que ello derivaba de una conducta discriminatoria. Con esta actitud procesal, la jurisdicción podía entrar a valorar aspectos como la cuantía de la indemnización u otro tipo de sanciones económicas, pero sin conocer el fondo del asunto según la legislación sueca.

En su resolución, el TJUE toma como bases jurídicas la Directiva 2000/43, el art. 7 y el art. 15 de la Directiva 2000/43. Por lo que hace al primero, que como se ha dicho anteriormente, supone una especificación del Derecho de tutela judicial efectiva garantizado por la Carta europea de Derechos fundamentales, se debe desprender que, si el demandado no reconoce la discriminación alegada, esa persona ha de poder lograr que el juez se pronuncie sobre una eventual vulneración de los derechos que con tales procedimientos se quieren hacer respetar. En consecuencia, señala el TJUE que el mero pago de un importe pecuniario, aunque sea lo reclamado por el demandante víctima de la actitud discriminatoria, no garantiza la tutela judicial efectiva de una persona que solicita que se constate la existencia de la violación de su derecho a la igualdad de trato que se deriva de la Directiva 2000/43, en particular cuando el principal interés de esa persona no es económico, sino que se acrediten los hechos reprochados al demandado así como su calificación jurídica.

Respecto del art. 15 de la Directiva 2000/43, la sentencia apela a la función reparadora y disuasoria que deben tener las sanciones previstas por los Estados miembros de este precepto, de forma que sean adecuada la compensación habida y en ningún caso simbólica. Esas funciones no son cumplidas, según el TJUE, por la normativa sueca. En este sentido, la sentencia recalca que «el pago de un importe pecuniario no basta para satisfacer las pretensiones de una persona que quiere primordialmente que se reconozca, como reparación del perjuicio moral sufrido, que ha sido víctima de discriminación, de modo que no puede considerarse, a tal efecto, que ese pago tenga una función reparadora satisfactoria». Respecto de la función disuasoria del precepto, dice el TJUE que «la obligación de abonar una cantidad de dinero no puede garantizar un efecto realmente disuasorio respecto al autor de una discriminación incitándole a no reiterar su comportamiento discriminatorio, previniendo así nuevas discriminaciones por su parte, cuando, como sucede en este caso, el demandado cuestiona la existencia de la discriminación, pero considera más ventajoso, en términos de coste y de imagen, abonar la indemnización solicitada por el demandante, evitando así que el juez nacional declare la existencia de discriminación».

6. A modo de coda

Este trabajo ha empezado haciendo referencia a la tragedia que vivió Europa y el resto del mundo el siglo pasado fruto de la extensión de ideologías racistas, que solo entendían la supremacía de una raza sobre otras, y el continuo conflicto entre ellas. Para no volverlo a repetir, tras la última guerra mundial, diversos instrumentos jurídicos internacionales y europeos, y también en el ámbito nacional con la aprobación de normas constitucionales democráticas, asumieron principios de igualdad de trato y la regulación de principios antidiscriminatorios en materia de raza u origen étnico. En todo caso, sin que en ningún caso pretenda hacer ninguna comparación con las situaciones vividas pronto va a hacer 100 años, si se está asistiendo a un aumento del racismo en Europa. Frente a ello, la UE está llevando a cabo diversas iniciativas, entre ellas la adopción de un Plan de acción sobre Antirracismo para 2020-2025.

Y justamente por eso, en el marco de la normativa española debe hacerse más visible por la sociedad los instrumentos jurídicos e institucionales que se disponen en la actualidad para luchar contra esa lacra. Para empezar, la existencia de la Ley 62/2003, norma contenedor de diversas materias, entre ellas la de no discriminación por motivos varios, debiera dar lugar a una nueva normativa específica sobre el principio antidiscriminatorio por motivos raciales; en segundo lugar, el Consejo que crea para promover la igualdad de trato y no discriminación por raza u origen étnico ha de ser un instrumento útil para las víctimas de discriminación, empezando por la difusión del conocimiento sobre su existencia.

Por lo demás, en España uno de los colectivos más afectados por racismo es, junto al africano, las personas de etnia gitana. Se ha de valorar las iniciativas habidas en el ámbito educativo respecto de la eliminación de estereotipos que están en la raíz de las actitudes discriminatorias. En todo caso, respecto de las sentencias judiciales que están resolviéndose en materia de protección social, donde resultan afectadas mujeres de dicho pueblo, sería de interés que valorasen también la existencia de discriminaciones múltiples, o evaluarasen si en determinados aspectos la comunidad gitana puede tener tratamientos específicos que la hagan específica respecto de otras personas.

Finalmente, mencionar que un elemento débil en el régimen de protección del principio antidiscriminatorio tiene que ver con su traslado del papel a la realidad, de la ley a su cumplimiento y visualización práctica de ello. Como al efecto dicen las instituciones europeas, se están poniendo de manifiesto una infrutilización de las denuncias o, añadido yo, la falta de confianza en

que estas sirvan para algo. Algunas propuestas que se han puesto de manifiesto en este trabajo podrían coadyuvar a evitarlo, pasando por un mayor conocimiento de todos los actores implicados en la lucha antidiscriminatoria en cuestiones de discriminación por este motivo, incluso en la creación de cuerpos especializados en las instituciones en esta temática.

7. Bibliografía

BALLESTER PASTOR M.A., *El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, n. 63

CAMAS RODA F., LÓPEZ ROCA C., *La influencia en el ámbito jurídico español de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, raza u origen étnico regulada en el ordenamiento europeo e internacional*, en M.A. BALLESTER PASTOR (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, 2010

CASAS BAAMONDE M.E., *Igualdad y prohibición de discriminación por origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000)*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2019

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, [Observaciones finales sobre los informes periódicos vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo tercero de España](#), 13 mayo 2016, CERD/C/ESP/CO/21-23

FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *La prohibición de discriminación*, en *Diario La Ley*, 10 diciembre 2018, n. 9314

FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto*, en *Temas Laborales*, 2009, n. 98

FUGAZZA M., *La discrimination raciale: théories, faits, stratégies*, en *Revue Internationale du Travail*, 2003, n. 4

MINÉ M., *Les migrations et la discrimination raciale dans l'emploi*, en I. DAUGAREILH, F. VENNAT (dirs.), *Migrations internationales et marché du travail*, Chronique Sociale, 2004

MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, [ENLA. Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial](#), 2020

OCDE, *Perspectivas del empleo 2008*, 2008

OIT, *Égalité dans l'emploi et la profession*, Conférence Internationale du Travail, 83^a Session 1996

OIT, *La igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación en relación con el Convenio núm. 111*, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996

RED2RED, [*Percepción de la discriminación racial o étnica por parte de sus potenciales víctimas en 2020. Resumen Ejecutivo*](#), Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, 2020

RODRÍGUEZ-PIÑERO M., FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986

ZWEIG S., *Brasil. País de futuro*, Capitán Swing, 2012

Normativa europea

COMISIÓN EUROPEA, [*Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico \(«la Directiva de igualdad racial»\) y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación \(«la Directiva de igualdad en el empleo»\)*](#), 19 marzo 2021, COM(2021)139 final

Comunicación de la Comisión Europea, [*Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025*](#), 18 septiembre 2020, COM(2020)565 final

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, [*Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025*](#), SOC/666

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo