

LA DISCRIMINACIÓN RACIAL: UN ANÁLISIS COMPARADO SOBRE EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y EUROPEO

RACIAL DISCRIMINATION: A COMPARATIVE ANALYSIS OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK

Joana Abrisketa Uriarte*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN CONTEXTO. III. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL COMO PUNTO DE ARRANQUE. IV. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO MOTOR A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE SU TRIBUNAL. V. LA DIRECTIVA SOBRE IGUALDAD RACIAL Y LA ESCASA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. VI. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU IMPACTO AÚN LIMITADO. VII. ANÁLISIS COMPARADO SOBRE LOS MARCOS LEGALES. VIII. CONCLUSIONES: LA UTILIDAD DE CIERTOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

RESUMEN: El artículo examina algunos de los instrumentos jurídicos internacionales y europeos relativos a la prohibición de la discriminación racial. La hipótesis central parte de la afirmación de que el actual marco jurídico sobre la discriminación racial se asienta sobre unas bases que aún podrían ser utilizadas y desarrolladas en mayor medida, especialmente desde el punto de vista de la evolución de ciertos estándares jurisprudenciales. La aportación, por tanto, consiste en que el análisis permita fortalecer los pilares del principio antidiscriminatorio y hacer posible que la normativa internacional y europea vigente sea empleada de una manera más significativa y coherente. Desde una visión de conjunto, se comparan los principales instrumentos reguladores de este tipo de discriminación, lo que facilita valorar su alcance general y particular. Como conclusión, se propone que en todo análisis sobre situaciones de desigualdad racial se integren los estándares jurisprudenciales contemporáneos más avanzados.

Fecha de recepción del original: 10 de noviembre de 2014. Fecha de aceptación de la versión final: 9 de enero de 2015.

* Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Correo electrónico: joana.abrisketa@deusto.es. Agradezco a la catedrática Dagmar Schiek la ayuda que me prestó durante mi estancia en la Universidad de Leeds para la elaboración de este trabajo en noviembre de 2013. También quiero agradecer a la catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Paz Andrés Sáenz de Santa María y al catedrático de Derecho Constitucional Fernando Rey por sus sugerencias a la hora de abordar el presente estudio.

ABSTRACT: *This article analyses the international and European legal framework regarding the prohibition of racial discrimination. The main hypothesis assumes that the contemporary legal regime on racial discrimination is settled on some basis which could still be used and developed to a greater extent, specially from the point of view of the evolution of certain jurisprudential standards. The contribution is thus an analysis which would facilitate the strengthening of the pillars of the antidiscriminatory principle and make it possible for the international and European legislation currently in place to be used in a more significant and coherent way. From an overall view of the prohibition of racial discrimination, the article compares the main legal instruments related to this kind of discrimination. This focus allows us to interpret the content and scope of the antidiscriminatory principle. To conclude, the article proposes to integrate the most progressive judicial standards in any analysis related to a situation of inequity.*

PALABRAS CLAVE: Discriminación racial, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Protocolo n.º 12, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Directiva 2000/43/CE del Consejo, órganos de igualdad.

KEYWORDS: *Racial discrimination, International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, article 14 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol 12, EU Charter of Fundamental Rights, Council Directive 2000/43/EC, equality bodies.*

I. INTRODUCCIÓN

La prohibición de la discriminación racial se encuentra regulada en determinados tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), tanto de ámbito universal como regional, así como en el Derecho que proviene de la Unión Europea. A pesar de la vigencia de un número significativo de fuentes, el estudio conjunto y comparado del marco normativo relativo a la discriminación racial en su dimensión internacional y europea apenas se ha abordado desde el punto de vista de la doctrina iusinternacionalista española. A diferencia de lo que ocurre en la doctrina extranjera, sobre todo anglosajona, en donde el Derecho Antidiscriminatorio es en sí mismo toda un área de conocimiento que se presta a análisis profundos y voluminosos, en España se han dedicado escasos estudios sobre el principio de no discriminación por motivos racistas desde la perspectiva citada¹.

¹ Véase FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (dir.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4.ª ed., Dilex, Madrid, 2011, pp. 295-311; GARCÍA AÑÓN, J. y RUIZ SANZ, M. (eds.), *Discriminación racial y étnica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; AÑÓN ROIG, M. J., “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, n.º 39, 2013, pp. 127-158 y GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Fuera del ámbito español son numerosas las monografías que tratan el denominado “Antidiscrimination Law” o “Equality Law”. Por ejemplo, BAMFORTH, N., MALIK, M. y O’CINNEIDE, C., *Discrimination Law. Theory and Context*, Thomson, Londres, 2008; BELL, M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford Studies in European Law, Oxford University Press, Oxford, 2002; FRA y CONSEJO DE EUROPA, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011; FREDMAN, S., *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism*, Oxford University Press, Oxford, 2001 y SCHIEK, D., WADDINGTON, L. y BELL, M., *Cases, Materials and*

Además, el estudio se justifica por estar íntimamente ligado a una actualidad viva, que plantea delicados problemas en cuanto a su tratamiento desde el punto de vista del Derecho. El racismo, la xenofobia y la discriminación racial son fenómenos sociales que se manifiestan abiertamente en algunos casos, pero que por lo general constituyen una realidad velada, incluso desconocida, al tiempo que latente en el contexto europeo e internacional. Así, el Eurobarómetro 2012 sobre la Discriminación en la Unión Europea muestra que el motivo que suscita mayor percepción de discriminación es el basado en el origen étnico, por encima del género, la edad o la discapacidad². Llama la atención de cualquier lector la fricción entre la manifiesta percepción social de las víctimas de discriminación racial, por un lado, y el apenas perceptible uso de los mecanismos legales y judiciales, por otro. Cabe pensar, por lo tanto, que es pertinente reflexionar sobre el alcance de la normativa internacional y europea relativa a este principio y dibujar un escenario que daría lugar, eventualmente, a un mayor grado de protección y litigación.

Precisamente, los datos de la encuesta realizada por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) revelan que el 82 % de las personas pertenecientes a los grupos étnicos e inmigrantes entrevistados que sufrieron discriminación en el último año no la denunciaron³. Si lo contextualizamos, la cuestión no solo tiene que ver con la dificultad de contar con un depurado marco legal, sino que también se asocia a la propia naturaleza de la discriminación racial, un área políticamente sensible, caracterizada por arraigadas tradiciones dentro de cada Estado que llevan a legislar en la superficie. Karst se refiere a la “neutralidad política de lo racial” para explicar que el discurso se concentre exclusivamente en que el ordenamiento omita diferencias entre los derechos y las obligaciones que corresponden a la población negra y a la blanca. Se elude todo enfoque basado en los daños que el orden legal y el comportamiento privado estigmatizantes provocan en un grupo racial. La neutralidad política de lo racial minimiza la responsabilidad de las acciones gubernamentales así como de los actores no gubernamentales⁴.

En concreto, el artículo tiene por objeto explorar una serie de categorías jurídicas que configuran el armazón de la prohibición de discriminación racial. Nos limitamos a analizar los problemas sustanciales encontrados en los planos normativo y jurisprudencial dentro de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (en adelante Convención de 1965 o CERD⁵),

Texts on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Hart Publishing, Oxford, 2007.

² TNS Opinion & Social, *Discrimination in the EU in 2012, Special Eurobarometer 393*, Dirección General de Comunicación de la UE, Bruselas, 2012, p. 7.

³ FRA (European Union Agency for Fundamental Rights) y EU-MIDIS (European Union Minorities and Discrimination Survey), *Data in Focus Report. Rights Awareness and Equality Bodies. Strengthening the Fundamental Rights Architecture in the EU III*, Oficina de Publicaciones de la UE, Bruselas, 2010, p. 3.

⁴ KARST, K., *Law's Promise, Law's Expression. Visions of Power in the Politics of Race, Gender, and Religion*, Yale University Press, New Haven, 1993, pp. 74-75.

⁵ Por ser el más habitual, a lo largo del presente artículo utilizaremos este acrónimo, que responde a sus siglas en inglés, para designar el Convenio y añadiremos “Comité CERD” cuando nos refiramos al órgano de supervisión del mismo.

del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y de la Directiva sobre Igualdad Racial del año 2000⁶. A tales efectos, se trata de responder a los siguientes interrogantes: ¿cuáles son los estándares de la discriminación racial reconocidos por el Comité CERD y por el TEDH?, ¿por qué la Directiva sobre Igualdad Racial juega un papel escasamente relevante en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a pesar de su potencial?, ¿cuál es el alcance de la CDFUE en materia de discriminación racial?

Para abordar el análisis se desgranar una serie de casos emblemáticos y se da cuenta de las similitudes y diferencias entre la jurisprudencia del TEDH y del TJUE. Particularmente, el Tribunal de Estrasburgo confirma la tendencia creciente a abordar la discriminación racial a través de su jurisprudencia, aunque lo hace en un grado mucho menor si se compara con otros motivos de discriminación como el género o la orientación sexual⁷. Por el contrario, la Directiva sobre Igualdad Racial así como el Protocolo n.º 12 del CEDH —aprobados ambos en el año 2000—, e incluso la CDFUE, que parecían haberse configurado como los instrumentos útiles, por renovadores, para dotar de mayor visibilidad y proactividad institucional al problema, han logrado resultados limitados en el ámbito de la jurisprudencia.

El texto se estructura en ocho partes. Tras la presente introducción y la contextualización del estudio [II], se aborda la acepción que ha venido adquiriendo la discriminación racial conforme al CERD a través de su Comité [III]; después se analizan los aportes del artículo 14 del CEDH, del Protocolo n.º 12 y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo [IV]. A continuación se exploran las fortalezas y también las debilidades de la Directiva sobre Igualdad Racial y de la CDFUE, así como particularmente, de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en esta materia [V y VI]. Finalmente se esboza un análisis comparado de los diferentes instrumentos normativos y judiciales [VII]. Como conclusión, advertimos de la existencia de una tendencia a abordar los problemas relativos a la discriminación racial conforme a determinados estándares judiciales que muy probablemente adquirirían un contenido sustantivo más sólido si los diferentes regímenes, claramente permeables, se entrelazaran y complementaran entre sí [VIII].

II. LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN CONTEXTO

Puede afirmarse que las teorías basadas en razones biológicas o genéticas han sido superadas y que la noción contemporánea sobre la discriminación racial se nutre de

⁶ Utilizamos la expresión “Directiva sobre Igualdad Racial” para referirnos a la Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de julio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, DO L 180, de 17 de diciembre de 2000.

⁷ RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, F., “Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17, 2013, pp. 1-39.

teorías sociológicas y psicológicas⁸. El enfoque actual se inspira en las llamadas teorías racistas poscoloniales. Estas encuentran la explicación del racismo en las prácticas tanto institucionales como privadas que contribuyen a perpetuar la desigualdad de los grupos minoritarios⁹. La raza ya no se entiende como un concepto científico, sino como un término socialmente construido que indica una relación social y que ineludiblemente remite al racismo. Este no tiene que ver con rasgos objetivos, sino con relaciones de dominación y subordinación¹⁰. Es una actitud hacia determinados miembros de la comunidad que engloba tanto estereotipos y prejuicios como la intención de discriminar¹¹. El racismo se entiende como una “invención social que se transforma a medida que lo hace el contexto político, económico e histórico”¹². Por lo tanto, puede responder a motivos diferentes en función de la sociedad en la que se enmarque¹³. En Europa, los grupos sociales vulnerables al racismo son principalmente los inmigrantes, los gitanos, los afrodescendientes y ciertas minorías nacionales y religiosas, pero los motivos y los rasgos de la discriminación, así como el marco normativo nacional para hacerle frente, varían entre los Estados.

Un síntoma de la observación anterior lo encontramos en las diferencias entre los enfoques legales de los Estados europeos¹⁴. Algunos de ellos evitan utilizar el término “racial” u “origen racial” en su legislación antidiscriminatoria porque consideran que ello legitimaría la percepción de que los seres humanos se pueden distinguir en función de la “raza” cuando no existe base científica para dicha categorización. En Austria, por ejemplo, la ley federal sobre igualdad de trato adopta el término “filiación étnica” para omitir expresamente el término alemán “rasse”. La ley finlandesa contra la discriminación hace referencia al “origen étnico o nacional”, mientras que la ley sueca

⁸ En el Preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 se afirma que “toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa”. La Directiva sobre Igualdad Racial lo recoge en términos similares: “La UE rechaza las teorías que tratan de establecer la existencia de razas humanas. El uso, en la presente Directiva, del término ‘origen racial’ no implica el reconocimiento de dichas teorías”.

⁹ DE LUCAS, F. J. y AÑÓN ROIG, M. J., “Sobre el proceso de globalización de la xenofobia y el racismo institucionales”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 229, 2013, pp. 41-56.

¹⁰ FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 51.

¹¹ OBERAXE (Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia), *Manual de apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, OBERAXE, Madrid, 2012, p. 10.

¹² AMERICAN SOCIOLOGICAL ASSOCIATION, *The Importance of Collecting Data and Doing Social Scientific Research on Race*, American Sociological Association, Washington DC, 2003, p. 7.

¹³ R. MEIGHAN advierte que el significado social del racismo se plasma en tres capas: en la cultural general, en la institucional y en la personal. A través de la construcción cultural, el individuo es susceptible de albergar los prejuicios sociales dominantes en las estructuras, culturas o valores. Aquí aparecen las nociones sobre lo “otro” y lo extranjero. La dimensión institucional se identifica, entre otros modos, en los procesos de selección, las representaciones en los libros de texto o los materiales curriculares. Finalmente, el racismo individual es el más fácil de identificar dado que lleva a confrontaciones directas (MEIGHAN, R. *et al.*, *A Sociology of Education*, Ed. Continuum, Londres, 2004, p. 359).

¹⁴ La *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme* dedica un número monográfico al racismo y la xenofobia en 2001, en el que se recogen las perspectivas del Derecho interno de varios Estados europeos (en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 46, 2001).

contra la discriminación étnica se refiere a la “pertenencia étnica”. En otros Estados, por el contrario, la noción de “raza” se incluye en la legislación, aunque con reservas. En Francia, por ejemplo, varias disposiciones legales se refieren a la pertenencia “real o supuesta” (*vrai ou supposée*) a una raza, lo que ha sido criticado por el propio Consejo de Estado francés. Una solución frecuente ante este dilema es vincular la interpretación relativa al término “raza” a la definición sobre discriminación racial comprendida en el CERD¹⁵. Así lo hacen países como Alemania, Letonia y los Países Bajos¹⁶.

Lo expuesto revela que el discurso sobre la raza en su sentido normativo, epistemológico y ontológico sigue siendo en gran medida un tabú, no solo por tratarse de una cuestión políticamente sensible, sino también por la ausencia del suficiente debate legislativo (nos referimos fundamentalmente al plano internacional y europeo, pero también podría proyectarse esta afirmación al plano interno de varios Estados, entre ellos España)¹⁷. Frente a otros ámbitos de la discriminación como el género, en los que sí se han implementado estrategias políticas visibles acompañadas por la movilización legal ante los tribunales, no sucede lo mismo respecto a la discriminación racial cuyo avance es mucho más lento.

III. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL COMO PUNTO DE ARRANQUE

Asumimos, como punto de partida, que el CERD es el tratado de referencia, pero también que no es el único convenio internacional que se refiere a la discriminación racial. Tanto los Pactos de las Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979 recogen el derecho de igualdad ante la ley y la protección de toda persona frente a este tipo de discriminación. No obstante, nos limitamos al análisis del CERD y de su Comité por tratarse del instrumento genuino, original y específico, cuyo objeto exclusivo es la discriminación racial.

La adopción del CERD como instrumento independiente refleja la importancia que la comunidad internacional quiso otorgar a la discriminación racial desde la década de los sesenta del siglo XX. De hecho, además de tratarse de la primera base normativa internacional sobre la que se vertebra la prohibición de la discriminación por motivos de origen racial o étnico, es el primer tratado que introduce en las Naciones Unidas un

¹⁵ El CERD prevé que la expresión “‘discriminación racial’ denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico” (artículo 1).

¹⁶ CORMACK, J. y BELL, M., *Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU member States compared*, The European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, Bruselas, 2005, pp. 19-20.

¹⁷ GRIGOLO, M., HERMANIN, C. y MOSCHEL, M., “Introduction: How does race ‘count’ in fighting discrimination in Europe?”, *Ethnic and Racial Studies*, vol. 34, n.º 10, 2011, pp. 1635-1647 y DI TOMASO, N., *The American Non-Dilemma. Racial Inequality Without Racism*, Russel Sage Foundation, Nueva York, 2013.

sistema propio para supervisar su cumplimiento a través de un grupo de expertos, el Comité CERD.

Dado el contexto histórico en el que se redacta el CERD, el énfasis inicial se pone en la discriminación racial practicada a través de la política exterior de los Estados y en menor grado en su dimensión interna. La discriminación se asume como consustancial al sistema colonial y por extensión al “colonialismo interno” del *apartheid* de Sudáfrica y el sudoeste africano¹⁸. Aún hoy, varios Estados aseguran ante el Comité CERD que en su interior existe “homogeneidad” racial, aunque esta perspectiva se ha venido mitigando gracias a la labor del propio Comité que fija la atención en la política interna de los Estados¹⁹.

A tenor de lo dispuesto en la Convención de 1965, se opta por un concepto amplio de discriminación racial que acoge varios criterios²⁰. Se conserva el término “raza” y se complementa con otras categorías protegidas que delimitan la noción de lo racial: el “color”, que hoy se identifica con los afrodescendientes²¹; el “linaje”, un término singular del CERD, que denota la noción de casta y origen social; y por último, el “origen nacional o étnico”, que se refiere al prejuicio derivado de las diferencias

¹⁸ El CERD fue redactado en un momento emocional e ideológicamente delicado, fruto de los cambios decisivos que acontecieron en el sistema de las Naciones Unidas durante la década de los cincuenta y comienzos de los sesenta. El creciente número de nuevos Estados miembros en la ONU a raíz de la descolonización y los correspondientes cambios en la composición de la Asamblea General fueron determinantes. Indignados por la segregación de la población en las colonias europeas y en los Estados Unidos, el *apartheid* en Sudáfrica y las consecuencias del Holocausto, los nuevos Estados impulsaron la iniciativa que permitió la rápida adopción del Convenio. Sobre el proceso de adopción del tratado véase SCHWELB, E., “The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15, n.º 4, 1966, pp. 996-1068 y MERON, Th., “The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, *American Journal of International Law*, n.º 79, 1985, pp. 283-318.

¹⁹ THORNBERRY, P., “Confronting Racial Discrimination: A CERD Perspective”, *Human Rights Law Review*, núm. 5, vol. 2, 2005, pp. 239-269.

²⁰ Literalmente, la Convención de 1965 define la discriminación racial como aquella que denota “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en *motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico* que tenga *por objeto o por resultado* anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” (artículo 1 del CERD) (cursiva añadida). El concepto recoge tres elementos. En primer lugar, el acto se materializa en la distinción, la exclusión, la restricción o la preferencia; en segundo lugar, la causa o razón para llevar a cabo el acto obedece a la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico de la víctima; y en tercer lugar, el resultado implica anular o menoscabar el reconocimiento o el ejercicio de los derechos humanos. Junto a dicha concepción global, el artículo 3 del CERD prevé de manera particular que los Estados parte condenan “especialmente la segregación racial y el *apartheid* y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza”. Esta es la única forma precisa de discriminación racial a la que el CERD dedica un artículo completo. Véase LÉRNER, N., *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Sijthoff & Noordhoff International Publishers, Países Bajos, 1980, p. 10.

²¹ La Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en Durban en 2001 contribuyó de manera determinante a que el término “negros” fuera reemplazado por el de “afrodescendientes”, en Comité CERD, *Debate temático sobre la discriminación de los afrodescendientes*, CERD/C/SR.2081, de 9 de enero de 2012, apartado 6.

lingüísticas, culturales e históricas. Por lo tanto, además de ciertas características físicas, la definición abarca los aspectos subjetivos y socio-económicos con los que se asocia el racismo²².

La amplitud de la definición refleja la intención de los redactores de que la Convención de 1965 se extendiera a todas las manifestaciones y todas las dimensiones de la discriminación racial²³. En este orden de cosas, merece la pena recordar la demanda presentada ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ o Corte) por el Gobierno de Georgia contra la Federación de Rusia el 12 de agosto de 2008, por la controversia relativa a “las acciones en y alrededor del territorio de Georgia” en el *Caso relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*.

Georgia sostiene en su demanda que las violaciones del CERD cometidas por Rusia consisten, entre otras, en “la participación en actos y prácticas de discriminación racial”, en “no lograr asegurar que todas las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a sus obligaciones contrariando el artículo 2.1. (a) de la Convención de 1965” y en “no evitar el fin de la discriminación racial contraria al artículo 2.1 (d) de la Convención de 1965”²⁴.

Frente a la demanda de Georgia, la Federación Rusa opone una serie de excepciones preliminares a la jurisdicción de la CIJ relacionadas con la cláusula compromisoria del artículo 22 del CERD. El núcleo central de la alegación rusa es defender que no existió controversia alguna entre ambos Estados con respecto a la interpretación o aplicación de la Convención de 1965²⁵. En consecuencia, la Corte no debe entrar a conocer el asunto. En la misma línea, la CIJ concluye que ninguna de las pruebas aportadas proporcionaba base suficiente para considerar que hubiera controversia dado que en las negociaciones previas a la jurisdicción las partes no se refirieron expresamente a las disposiciones de la Convención de 1965 que definen la discriminación racial²⁶.

²² BOYLE, K. y BALDACCINI, A., “A Critical Evaluation of International Human Rights Approach to Racism”, en FREDMAN, S., *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 152.

²³ Este objetivo se plasma también en el hecho de que el Convenio, en lugar de enfocarse en patrones de discriminación atribuibles exclusivamente al Estado, le hace a este responsable por los actos cometidos por individuos o por grupos igualmente. El CERD recoge por tanto un doble enfoque: vertical —la relación del Estado con los individuos— y horizontal —la relación de los actores no estatales entre sí—. Esto podemos calificarlo como adelantado para su tiempo en lo que se refiere al régimen tradicional de protección de los derechos humanos, normalmente centrado en la actuación del Estado.

²⁴ CIJ, *Application Instituting Proceedings, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, 12 de agosto de 2008, apartado 82.

²⁵ Sobre las cláusulas compromisorias, y en concreto la del artículo 22 de la Convención de 1965, véase REQUENA CASANOVA, M., “Cláusulas compromisorias, derechos humanos y jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia”, en VÁZQUEZ, E., ADAM, M. y CORNAGO, N. (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 113-127.

²⁶ CIJ, *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, 1 de abril de 2011, apartados 163-184.

Teniendo en consideración varias circunstancias jurídicas, pueden cuestionarse ciertos detalles de la decisión de la CIJ²⁷. El primero de ellos es que se trata de examinar la reclamación por la vulneración de la norma de *ius cogens* que prohíbe la discriminación racial con las connotaciones que el rasgo de tal norma tiene frente a otras de diferente tipo. En segundo lugar, los hechos responden a un contexto que previamente había sido calificado como “limpieza étnica” por la Misión enviada por la UE²⁸. En tercer lugar, el objeto y fin del CERD es contemplar la discriminación racial desde una perspectiva amplia para alcanzar todas sus dimensiones.

Con todo, la estricta interpretación que hace la Corte sobre los requisitos procesales impuestos en la cláusula compromisoria del CERD, —exigencias formales que además son contempladas por primera vez en su jurisprudencia—, lleva a la misma a no entrar en el fondo del asunto y a eludir así la tarea de interpretar nociones como la de “limpieza étnica” a la luz de la Convención de 1965. Una interpretación más flexible sobre las condiciones formales del artículo 22 del CERD le hubiera permitido entrar a juzgar las peticiones de Georgia, incluyendo la eventual responsabilidad de Rusia por la comisión de actos de discriminación racial en los territorios de Osetia del Sur y Abjasia. Esto habría supuesto la primera aportación de la CIJ sobre las nociones relativas a la discriminación racial. Al respecto, en un elocuente Voto Disidente, el juez Cançado Trindade opina lo siguiente:

“The permissiveness of the insertion of limitations, not foreseen in the human rights treaties, in an instrument of acceptance on an optional clause of compulsory jurisdiction, represents a regrettable historical distortion of the original conception of such clause, in my view unacceptable in the field of the international protection of the rights of the human person”²⁹.

A esto se añade, volviendo al CERD, que su objetivo es “eliminar todas las formas de discriminación racial” tal como se recoge en su enunciado. Esto se presta a hacer la siguiente consideración: si el fin decisivo es “eliminar” la discriminación, quiere decir que esta se concibe como un fenómeno externo susceptible de ser erradicado. Se entiende como la manifestación de una condición provocada por cierto tipo de estructura social, que ocurre bajo determinadas condiciones históricas y en áreas geográficas concretas, como la Alemania nazi, Sudáfrica o Rodesia del Sur en el momento de su redacción³⁰. Dado que los hechos constitutivos de discriminación racial suceden en determinadas sociedades, hacerlos desaparecer por completo resulta factible aparentemente. Ahora bien, eliminar todas las formas de discriminación racial puede

²⁷ Así lo hacen las opiniones disidentes de los jueces Owada, Sima, Abraham, Donogue, Gaja y Cançado Trindade.

²⁸ *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia*, Report Vol. I., 30 de septiembre de 2009, apartados 27 y 37.

²⁹ CIJ, *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, 1 de abril de 2011, p. 278.

³⁰ BANTON, M., *International action against racial discrimination*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 59, y KRUCKENBERG, L., *The UNreal world of human rights*, Law and Society Series, Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 30.

considerarse un objetivo categórico que históricamente tuvo relevancia por la toma de posición que lleva implícita, pero obviamente no por su resultado. Al contrario, casi cuatro décadas después, en la Declaración y Programa de Acción de Durban, se reconoció que ningún país está exento de racismo³¹.

Aún más, la propia naturaleza de las previsiones comprendidas en el CERD, exageradamente dispar, pone de manifiesto la distancia existente entre el fin de eliminar todas las formas de discriminación racial y lo que realmente se hace factible para los Estados³². El CERD contempla medidas sociales, educativas, jurídicas y jurídico-penales cuyo grado de obligatoriedad difiere en cada caso. Algunas son de tipo orientativo y dejan margen al Estado. Otras, en cambio, imponen la obligación jurídica de su implementación, como el artículo 4 que obliga a los Estados al desarrollo de su Derecho Penal.

Aunque el CERD sienta las bases del principio de no discriminación desde la perspectiva amplia y extensiva mencionada, sin embargo, el mismo prevé que no se aplicará a las distinciones que haga un Estado parte entre ciudadanos y no ciudadanos³³. Una cláusula similar, llamada de exclusión de la nacionalidad, se recoge en la Directiva sobre Igualdad Racial. ¿Cabe interpretar entonces que el Estado que establece distinciones entre ciudadanos y no ciudadanos en su legislación interna queda exento de contravenir el CERD? El Comité CERD rechaza tal posibilidad. Observa que el artículo 1.2 de la Convención de 1965 no puede leerse en el sentido de que exima a los Estados parte de la obligación de presentar informes sobre cuestiones relativas a la legislación concerniente a los extranjeros y su aplicación³⁴. Es más, el CERD obliga a los Estados a adoptar leyes sobre extranjería conforme a los estándares generales recogidos en el propio tratado³⁵. Precisamente, un número relevante de las decisiones condenatorias emitidas por el Comité CERD se refieren a la discriminación por razón de la nacionalidad fundamentándose en la necesaria interpretación restrictiva del artículo 1.2 de la Convención de 1965³⁶.

1. La aportación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

La función del Comité CERD implica al mismo tiempo identificar un ambicioso y complejo estándar internacional e influir en un espacio delicado de soberanía del Estado. Incluso, en el camino hacia la reafirmación del principio de no discriminación racial que corresponde a su mandato, el Comité reclama su valor de norma de *ius*

³¹ Declaración y Programa de Acción de Durban. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, 2001, A/CONF.189/12.

³² Véase por ejemplo el artículo 5 de la Convención de 1965.

³³ Artículo 1.2 de la Convención de 1965.

³⁴ CERD, Recomendación General XI relativa a los no ciudadanos, 42.º período de sesiones, de 19 de marzo de 1993, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, A/48/18, (Suplemento Núm. 18), 1994.

³⁵ BELL, M., *Racism and Equality in the European Union*, Studies in European Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 140.

³⁶ Entre otras, CERD, Comunicación n.º 10/1997, de 17 de marzo de 1999; Comunicación n.º 13/1998, de 8 de agosto de 2000 y Comunicación n.º 34/2004, de 6 de marzo de 2006.

*cogens*³⁷. Más concretamente, de entre las casi cuarenta Recomendaciones Generales emitidas por el Comité hasta la fecha, destacamos las siguientes por tratarse de cuestiones especialmente significativas: la relativa al establecimiento de instituciones nacionales para facilitar la aplicación de la Convención de 1965³⁸; la relacionada con los refugiados y las personas desplazadas³⁹; la que alude a la necesidad de que los Estados proporcionen al Comité la mayor cantidad de información estadística sobre los grupos afectados por la discriminación⁴⁰; las Recomendaciones sobre dos grupos especialmente vulnerables: los romaníes⁴¹ y los pueblos de descendencia africana⁴² y la Recomendación para hacer frente al discurso racista⁴³. El conjunto de estas Recomendaciones pone de relieve que el Comité CERD va fijando los umbrales de protección principalmente en función de las carencias que se ponen de manifiesto en los informes presentados por los Estados⁴⁴.

Justamente, la última Recomendación referida, sobre los discursos de odio racista aprobada en 2013 insta a la tipificación como delito de las formas de expresión racista para los casos más graves. Pese a que la Convención de 1965 no utiliza expresamente el término “discurso de odio”, la falta de referencia explícita no ha impedido al Comité detectar fenómenos calificados como tales y en esta línea, examinar la relación entre el discurso del odio y este tratado⁴⁵.

³⁷ En la Declaración sobre la Discriminación Racial y las Medidas para Combatir el Terrorismo del año 2000 el Comité advirtió que “la prohibición de la discriminación racial es una norma de *ius cogens* del Derecho Internacional que no admite derogación”, Informe del CERD, de 1 de noviembre de 2002, A/57/18, capítulo XI C.

³⁸ CERD, “Recomendación General XVII sobre el establecimiento de instituciones nacionales para facilitar la aplicación del Convenio, A/48/18”, 42.º periodo de sesiones, 19 de marzo de 1993, en *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, A/48/18, (Suplemento Núm. 18), 1994.

³⁹ CERD, “Recomendación General XXII relativa al artículo 5 de la Convención y a los refugiados y desplazados, A/51/18”, 49.º periodo de sesiones, 1996.

⁴⁰ CERD, “Recomendación General N.º XXIV relativa al artículo 1 de la Convención”, HRI/GEN/1/Rev.6, de 12 de mayo de 2004, y con anterioridad, “General Guidelines regarding the Form and Contents of Reports to be Submitted by States Parties”, CERD/C/70/Rev.5, de 5 de diciembre de 2000.

⁴¹ CERD, “Recomendación General N.º XXVII relativa a la discriminación de los romaníes”, HRI/GEN/1/Rev.1, 57.º periodo de sesiones, 16 de agosto de 2000, p. 252. Se trata de una de las Recomendaciones más extensas, que comprende tanto medidas de carácter general como medidas específicas sobre la violencia racial, las relativas a la educación y a la participación en la esfera pública.

⁴² CERD, “Recomendación General N.º XXXIV sobre la Discriminación contra los afrodescendientes”, CERD/C/GC/34, de 3 de octubre de 2011.

⁴³ CERD, “Recomendación General N.º XXXV sobre la lucha contra el discurso racista”, CERD/C/GG/35, de 26 de septiembre de 2013.

⁴⁴ BANTON, M., “Decision-Taking in the CERD”, ALSTON, P. y CRAWFORD, J., *The future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 55-78.

⁴⁵ En España, el estudio sobre la delimitación del discurso del odio en el Derecho penal y en el ámbito del Consejo de Europa ha sido abordado, respectivamente, entre otros, por LANDA, J.M., “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 CP y propuesta *de lege ferenda*”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n.º 7, enero 2012, pp. 297-346 y por MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 28, 2012, 32 páginas.

Por otra parte, como es sabido, en virtud de lo establecido en el artículo 14 del CERD, todo Estado parte puede reconocer la competencia del Comité para recibir comunicaciones de personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de la violación de alguno de los derechos enunciados en el Tratado. Ahora bien, frente al número significativo de Estados parte en el CERD, que asciende a 177, es llamativo que los Estados que han aceptado la cláusula opcional del artículo 14 de dicho tratado no superen los 55⁴⁶. Esto lleva a que las comunicaciones individuales sobre la base del artículo 14 apenas ocupen un lugar relevante, si se compara con procesos similares establecidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Convenio sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1979 o el Convenio contra la Tortura de 1981⁴⁷.

A diferencia de lo que sucede en los sistemas regionales analizados más adelante, las demandas individuales ante el Comité CERD responden a causas más variadas y amplias. Tienen su origen tanto en la vertiente socio-económica del derecho a no ser discriminado por motivos racistas como en su rasgo de derecho civil. En su mayor parte, la causa del proceso se halla en el uso de expresiones de carácter discriminatorio utilizadas por los empleadores en los procesos de selección⁴⁸, en la negativa a conceder préstamos a los no nacionales⁴⁹, en la ausencia de investigaciones efectivas sobre los móviles racistas⁵⁰ y finalmente, en el marco de los discursos de odio racista (*hate speech*)⁵¹.

Corresponde preguntarse por qué las resoluciones sobre las reclamaciones individuales adoptadas en el seno del Comité CERD apenas se recogen en los sistemas regionales de control que vemos a continuación. El TEDH alude en una serie de ocasiones a las Recomendaciones Generales del Comité, sin entrar en el estudio de la casuística que permitiría avanzar en la identificación de los tipos discriminatorios que se reiteran y que provocan la aplicación de ciertos estándares judiciales de manera sistemática. La respuesta quizás se halle en que el camino judicial del principio analizado es aún incipiente en la Europa continental dado que las primeras sentencias son de 2005.

⁴⁶ Información consultada en diciembre de 2014 en la dirección electrónica: <https://treaties.un.org>

⁴⁷ Sobre la especificidad de las denuncias individuales ante el Comité, véase FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (dir.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op.cit., pp. 303-304.

⁴⁸ CERD, Comunicación n.º 6/1995, en *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Selección de decisiones del CERD*, Periodos de sesiones 36º a 75º (agosto de 1988 a agosto de 2011), Ginebra, pp. 23-34.

⁴⁹ *Ibid.*, CERD, Comunicación n.º 10/1997, pp.44-49.

⁵⁰ *Ibid.*, CERD, Comunicación n.º 26/2002, pp.75-826.

⁵¹ *Ibid.*, CERD, Comunicación n.º 30/2003, pp. 98-108.

IV. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO MOTOR A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE SU TRIBUNAL

1. El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950: una cláusula limitada pero útil

Como es sabido, el CEDH sólo recoge una cláusula sobre la prohibición de discriminación. Se trata del artículo 14 del CEDH, que prevé que únicamente se puede alegar la prohibición de discriminar con relación a los derechos reconocidos en el Convenio⁵². En otras palabras, el artículo 14 no tiene una existencia independiente, sino que *complementa* las disposiciones de fondo del CEDH al añadir el requisito de que éstas sean aplicadas sin distinción alguna por las razones contenidas en el mismo. Por este motivo, el artículo 14 del CEDH no puede invocarse de manera autónoma⁵³. No obstante, pese a esta limitación, ha sido justamente el artículo 14 del CEDH el que ha servido de motor al TEDH para desarrollar una relevante y cada vez más expansiva jurisprudencia en materia de discriminación, sobre todo a partir de la década del 2000 como se observa más adelante⁵⁴.

2. El nuevo estándar del Protocolo n.º 12

Con el objeto de superar el sistema anclado en el artículo 14 del CEDH, que no agota el potencial del principio antidiscriminatorio, se adopta el Protocolo n.º 12 del CEDH en el año 2000⁵⁵. En virtud del mismo, el principio de no discriminación adquiere un carácter claramente reglado al tiempo que se reconoce como principio autónomo de aplicación general respecto de los derechos reconocidos por la ley⁵⁶. A partir del mismo, en las demandas ante el TEDH, el *petitum* o *causa petendi* puede ser el propio hecho

⁵² CARMONA, E., “La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art.14 CEDH y Protocolo 12)”, en GARCÍA ROCA, J., y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 733-764.

⁵³ El Tribunal explicó: “tout se passe comme si l’article 14 faisait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et des libertés” (STEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 de junio de 1979, n.º 6833/74, apartado 32).

⁵⁴ Hasta esta época, sobre la evolución del artículo 14 CEDH, véase LAMBERT, P., “Vers une évolution de l’interprétation de l’article 14 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 35, 1998, pp. 497-498 y PICHERAL, C., “Discrimination raciale et Convention Européenne des Droits de L’homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 46, 2001, pp. 517-539.

⁵⁵ BONDÍA, D., “Hacia una superación de los límites intrínsecos del principio de no discriminación en el CEDH: el Protocolo N.º 12”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2001, pp. 269-287 y SHOKKENBROEK, J., “A New European Standard against Discrimination: Negotiating Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights”, en NIESSEN, J., CHOPIN, I. (eds.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2004, pp. 61-79.

⁵⁶ El Informe explicativo que acompaña al Protocolo n.º 12 señala que el alcance de la protección adicional en virtud del artículo 1 se refiere a los casos en que una persona es objeto de discriminación: a) en el disfrute de cualquier derecho específicamente reconocido por la legislación nacional; b) en el ámbito de las obligaciones de la autoridad pública de actuar de determinada manera; c) en el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la autoridad pública y d) en el ejercicio de cualquier acto u omisión de una autoridad pública (Apartado 22 del Informe explicativo, BOE núm. 64, 14 de marzo de 2008).

discriminatorio, sin que sea necesaria la vinculación a alguno de los derechos reconocidos en el Convenio de 1950.

Ahora bien, aunque el Protocolo n.º 12 prevé una nueva y relevante garantía en el ámbito antidiscriminatorio, lo que no resulta tan avanzado es que en el momento de su adopción en el año 2000, es decir, transcurridas cinco décadas desde la aprobación del Convenio de 1950, recoja exactamente en los mismos términos los trece motivos de discriminación del artículo 14 del CEDH. Otros criterios podrían haberse añadido de modo expreso, como la orientación sexual o la discapacidad, que ya habían sido apreciados por el TEDH. Además, concluye literalmente con la misma cláusula abierta al referirse a “cualquier otra situación”⁵⁷. Es cierto que esta cláusula final favorece la interpretación abierta a posibles nuevas causas de discriminación, pero otros motivos ya asentados por la vía jurisprudencial podían haberse recogido positivamente.

Precisamente, la primera vez en la que el TEDH declara la violación del Protocolo n.º 12 es en la Sentencia *Sejdić y Finci c. Bosnia Herzegovina* de 2009⁵⁸. Los demandantes, uno gitano y el otro judío, alegaron ser víctimas de discriminación basada en el origen étnico, dado que la Constitución bosnia les impedía ser candidatos en las elecciones al Parlamento y a la Presidencia de Bosnia Herzegovina. Se trataba de una discriminación que, según invocaron las partes, fue institucionalizada en los Acuerdos de Dayton en aras a dar por concluido el conflicto. El Tribunal de Estrasburgo declaró la existencia de discriminación e incluso, la implementación de la Sentencia obligó a la reforma de la Constitución bosnia.

Con todo, más que el Protocolo n.º 12, ha sido la propia jurisprudencia del TEDH en torno al artículo 14 del CEDH la que ha dotado de mayor contenido al principio de no discriminación en las últimas décadas⁵⁹. A pesar de la resistencia inicial a reconocer las violaciones del artículo 14 del CEDH, el Tribunal de Estrasburgo muestra una creciente sensibilidad en los asuntos de discriminación que se le plantean. Desde los primeros años de la década del 2000, el principio va tomando cuerpo y tiene reservado un papel en el razonamiento judicial de Estrasburgo⁶⁰. Aumenta el número de demandas

⁵⁷ El Tribunal se valió de esta cláusula cuando declaró la violación del artículo 14 del CEDH en el caso *Marckx*, en el que se cuestionaba la legislación belga en materia de igualdad de derechos sucesorios entre hijos legítimos e ilegítimos, en STEDH, *Marckx c. Bélgica*, loc. cit., y en el asunto *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, en el que advirtió la discriminación basada en la orientación sexual, en STEDH, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 de diciembre de 1999, n.º 33290/96.

⁵⁸ STEDH, *Sejdić y Finci c. Bosnia Herzegovina*, 22 de diciembre de 2009, n.º 27996/06 y n.º 34836/06.

⁵⁹ CASADO, L., “Recopilación y documentación de asuntos tramitados ante el TEDH en casos relacionados con la discriminación por motivos raciales, étnicos o por razón de nacionalidad”, en GARCÍA AÑÓN, J., *Discriminación racial y étnica*, op.cit., pp. 67-142; GERARDS, J., “The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights”, en NIESEN, J. y CHOPIN, I. (eds.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2004, pp. 3-60; REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 79, 2007, pp. 279-307, y del mismo autor “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensamiento Constitucional*, n.º 17, 2012, pp. 291-319.

⁶⁰ CARTABIA, M., “The European Court of Human Rights: Judging non discrimination”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n.º 3-4, 2011, pp. 808-814 y DANISI, C., “How far can the

admitidas a trámite y a través de la jurisprudencia se visibiliza el problema. La contribución más notable podemos extraerla de dos asuntos principalmente: *Nachova y otros contra Bulgaria*⁶¹, referido a los actos violentos contra la población romaní, y *D. H. y otros contra República Checa*, relativo a la segregación escolar del alumnado gitano⁶².

3. La jurisprudencia del TEDH más relevante sobre discriminación racial

Con carácter previo a todo un elenco de sentencias dictadas por el TEDH en materia de discriminación racial, cabe llamar la atención sobre un memorable Voto Particular del juez Bonello en el asunto *Anguelova contra Bulgaria*⁶³. En tal caso, los demandantes alegaron móviles racistas asociados a la muerte de las víctimas gitanas en dependencias policiales. Sin embargo, la Sentencia no contempló el artículo 14 del CEDH en su fundamentación jurídica.

Ante ello, el juez Bonello, en su Voto Particular, consideró especialmente preocupante que el Tribunal, en más de cincuenta años de intensa actividad judicial, no hubiera encontrado, hasta la fecha, un solo caso de violación del derecho a la vida o del derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes inducidos por la raza, el color o el lugar de origen de la víctima. Afirmó con sutil ironía lo siguiente:

“Leafing through the annals of the Court, an uninformed observer would be justified to conclude that, for over fifty years democratic Europe has been exempted from any suspicion of racism, intolerance or xenophobia. The Europe projected by the Court’s case-law is that of an exemplary haven of ethnic fraternity, in which peoples of the most diverse origin coalesce without distress, prejudice or recrimination”⁶⁴.

Este pronunciamiento, sin precedentes, sirvió de punto de partida al conjunto de sentencias que contemplan el artículo 14 del CEDH en su razonamiento jurídico. Los asuntos siguientes ilustran cómo el Tribunal de Estrasburgo comienza a desarrollar una serie de conceptos novedosos, tales como la doctrina relacionada con la violencia inspirada en la discriminación racial⁶⁵, el concepto de discriminación indirecta⁶⁶ o el concepto de segregación en la escuela como modelo discriminatorio⁶⁷. De entre los ya

European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its non discrimination jurisprudence”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n.º 3-4, 2011, pp. 793-807.

⁶¹ STEDH, *Nachova y otros c. Bulgaria*, de 6 de julio de 2005, n.º 43577/98 y 43579/98.

⁶² STEDH, *DH y otros c. República Checa*, de 13 de noviembre de 2007, n.º 57325/00.

⁶³ STEDH, *Anguelova c. Bulgaria*, de 13 de junio de 2002, n.º 38361/97. Opinión particular del juez Bonello, apartado 2.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ PETROVA, V., “Nachova and the Syncretic Stage in Interpreting Discrimination in Strasbourg Jurisprudence”, *Roma Rights Quarterly Journal of the European Roma Rights Centre*, n.º 2-3, 2006, pp. 95-96.

⁶⁶ STEDH, *D. H. y otros c. República Checa*, *op.cit.*

⁶⁷ STEDH, *Moldovan y otros c. Rumanía*, de 30 de noviembre de 2005, n.º 41138/98 y 64320/01; STEDH, *Sampanis y otros c. Grecia*, de 5 de junio de 2008, n.º 32526/05; STEDH, *Orsus y otros c.*

múltiples casos, recogemos estos porque evidencian las dos caras del principio antidiscriminatorio, la que pretende cubrir el componente civil del derecho (*Nachova y otros c. Bulgaria*) y la que responde al modelo social del derecho (*D. H. y otros c. República Checa*).

A) *Nachova y otros c. Bulgaria*: el deber de investigar las posibles motivaciones racistas

La Sentencia *Nachova y otros c. Bulgaria* vincula directamente un caso de violencia racial con la prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH. A tenor de los hechos recogidos en la Sentencia, dos jóvenes de origen romaní, miembros de las fuerzas armadas búlgaras, fueron encarcelados por ausencias no autorizadas en su trabajo. Huyeron de la prisión y se escondieron en el domicilio de un familiar. Cuando trataron de escapar también de allí, fueron abatidos con un rifle automático por un policía militar búlgaro. Tras el asesinato, el oficial increpó así a uno de los residentes de la zona: “¡Malditos gitanos!”. Los demandantes, familiares de las víctimas, invocaron la violación del artículo 2 del CEDH (derecho a la vida) en combinación con el artículo 14⁶⁸.

La Gran Sala señala que en los casos de privación de la vida presuntamente vinculados con el artículo 14 del CEDH, los Estados están obligados a llevar a cabo una investigación efectiva en torno a dicha conexión. En este sentido, las autoridades tienen el deber añadido de adoptar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier tipo de motivación racista en los hechos en los que los funcionarios responsables de hacer cumplir la ley utilizan la fuerza⁶⁹. Corresponde al Gobierno la carga de la prueba y demostrar la inexistencia de motivos discriminatorios por parte de los agentes del Estado. También debe probar el porqué del incumplimiento por parte de sus autoridades de llevar a cabo la investigación efectiva sobre la presunta motivación racista del homicidio. En el asunto *Nachova* el Gobierno búlgaro no convence al Tribunal de que los hechos denunciados no estuvieran influenciados por racismo, lo que lleva al órgano judicial a declarar la violación efectiva del artículo 14 del CEDH con relación al artículo 2 del mismo⁷⁰.

Croacia, de 16 de marzo de 2010, n.º 15766/03; STEDH, *Alajos Kiss c. Hungría*, de 20 de mayo 2010, n.º 38832/06; STEDH, *Kiyutin c. Rusia*, de 10 de marzo de 2011, n.º 2700/10 y STEDH, *Konstantin Markin c. Rusia*, de 22 de marzo de 2012, n.º 30078/06. Véase también GERARDS, J., “Discrimination Grounds of Article 14”, *Human Rights Law Review*, vol. 13, n.º 1, 2013, pp. 99-124; TIMMER, A., “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, n.º 4, 2011, pp. 707-738; O’CONNELL, R., “Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-discrimination in the Convention”, *Legal Studies*, n.º 29, 2009, pp. 1-20.

⁶⁸ Alegaron que los prejuicios y las actitudes hostiles hacia las personas de origen romaní fueron determinantes en los sucesos que condujeron a la muerte de las víctimas. A su vez, sostuvieron que las autoridades búlgaras habían incumplido su deber de investigar posibles motivaciones racistas en el asesinato (artículo 13 del CEDH) (STEDH, *Nachova y otros c. Bulgaria*, *op.cit.*, apartados 2, 87 y 88 principalmente).

⁶⁹ *Ibid.*, apartado 126.

⁷⁰ *Ibid.*, apartado 172.

Aún más, la Gran Sala manifiesta que la violencia racial es “una particular afrenta a la dignidad humana y dadas sus peligrosas consecuencias, exige a las autoridades una especial vigilancia y una reacción vigorosa”⁷¹. Por esta razón, las autoridades deben usar todos los medios disponibles para combatir el racismo y la violencia racista, y reforzar así la visión democrática de una sociedad en la que la diversidad no es percibida como una amenaza, sino como una fuente de enriquecimiento⁷².

Como conclusión, y en síntesis, además de sentar las bases de la Sentencia, el Tribunal dibuja el marco para el desarrollo posterior de su jurisprudencia: alegar que un acto violento ha sido motivado por prejuicio racial equivale a exigir al Gobierno demandado que pruebe la ausencia de toda actitud discriminatoria⁷³.

B) *D. H. y otros contra República Checa*: el valor de los datos estadísticos como prueba

El caso *D. H. y otros c. República Checa* marca las pautas de la jurisprudencia desarrollada posteriormente en materia de segregación en la escuela por motivos racistas⁷⁴. Se trata de la demanda interpuesta por dieciocho nacionales checos, todos ellos niños de origen romaní, quienes durante el periodo comprendido entre 1996 y 1999 fueron ubicados en escuelas para niños con necesidades educativas especiales en la localidad de Ostrava. Los niños eran enviados a dichas escuelas bien en el primer momento de la escolarización, bien posteriormente, tras ser trasladados desde la escuela ordinaria⁷⁵. En la demanda se alega que la segregación racial y el trato discriminatorio conlleva un trato inhumano y degradante (artículo 3 del CEDH), además de la violación del derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo 1) y del derecho a la no distinción por motivos de raza (artículo 14 del CEDH).

La diferencia de trato impugnada no resulta de la literalidad de los textos normativos checos, sino que el problema en este caso es dilucidar si el modo en el que se aplica la legislación es discriminatorio porque afecta de manera desproporcionada a un grupo concreto de niños, en este caso gitanos. Para sostener sus argumentos, los demandantes se apoyan en una serie de datos estadísticos: el 56 % de los alumnos de las escuelas para niños con necesidades educativas especiales de la localidad de Ostrava son gitanos. En contraste con lo anterior, los alumnos gitanos representan solo un 2,26 % del total de los alumnos de la escuela primaria ordinaria⁷⁶. Esta práctica desemboca en una situación de

⁷¹ *Ibid.*, apartado 145

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*, apartado 157. Entre una serie de sentencias en la misma línea, cabe recordar la dictada en el asunto *Beauty Salomon c. España*, en el que el TEDH condena al Estado por no investigar los hechos discriminatorios sufridos por la ciudadana nigeriana insultada y agredida por agentes de la Policía Nacional bajo el pretexto de estar realizando controles de seguridad (STEDH, *Beauty Salomon c. España*, de 24 de julio de 2012, n.º 47159/08).

⁷⁴ STEDH, *D. H. y otros c. República Checa*, *op.cit.*; STEDH, *Sampani y otros c. Grecia*, de 5 de junio de 2008, n.º 32526/05; STEDH, *Orsus y otros c. Croacia*, de 16 de marzo de 2010, n.º 15766 y STEDH, *Horvath y Kiss c. Hungría*, de 29 de enero de 2013, n.º 11146/11.

⁷⁵ STEDH, *D. H. y otros c. República Checa*, *op.cit.*, apartado 19.

⁷⁶ *Ibid.*, apartado 18.

segregación racial y de discriminación *de facto*. Implica la existencia de dos sistemas educativos organizados de manera separada para los miembros de los diferentes grupos, concretamente, las escuelas especiales para los gitanos y las escuelas ordinarias de primaria para el resto de la población⁷⁷.

El Tribunal dictamina que cuando se trata de evaluar el impacto de una medida, las estadísticas, cuya fiabilidad es examinada por el propio órgano judicial, son suficientes para constituir la evidencia, *prima facie*, exigible al demandante. Además, dado que las autoridades nacionales son las que conocen de manera casi exclusiva el alcance de los hechos, la carga de la prueba y el proveer una explicación satisfactoria y convincente se traslada a dichas instancias⁷⁸.

En este orden de cosas, el Estado demandado alega que las decisiones sobre la ubicación de los alumnos las toman los directores de las escuelas especiales sobre la base de las recomendaciones hechas por los centros psicológicos. Estos centros previamente realizan tests a los alumnos⁷⁹. La pregunta es si los resultados de los tests constituyen una justificación objetiva y razonable para adoptar la medida segregadora. El Tribunal niega que los mismos tengan validez como justificación objetiva y razonable porque se preparan pensando en la mayoría de la población, sin tomar en consideración las especificidades del pueblo gitano.

La justificación objetiva y razonable también se encuentra, según el Gobierno checo, en la prestación del consentimiento por parte de los padres. Este es el factor decisivo sin el cual los demandantes no hubieran sido ubicados en un centro especial. Tal consentimiento significa que los padres aceptan la diferencia de trato y por tanto se dispensa al Estado de la condena. Ahora bien, la renuncia a un derecho contenido en el CEDH debe hacerse de manera inequívoca y sobre la base del pleno conocimiento de los hechos. Es decir, se requiere un consentimiento informado y sin coacción. A la cuestión sobre las condiciones en las que consintieron los padres de los niños gitanos, el Gobierno admite que el consentimiento se presta a través de la firma que debe incorporarse sobre un formulario ya cumplimentado, que a su vez, no contiene información sobre las alternativas disponibles para los padres ni sobre las diferencias entre el currículum de la escuela especial y la regular.

Por todo ello, conforme a la Gran Sala, el Estado checo había adoptado las medidas sin tener en cuenta las necesidades especiales de los niños gitanos⁸⁰. En una decisión que supone, en palabras de Rey Martínez, “un giro copernicano a la interpretación de la discriminación en general y la discriminación racial en particular”⁸¹, la Gran Sala

⁷⁷ *Ibid.*, apartado 25.

⁷⁸ *Ibid.*, apartado 179.

⁷⁹ *Ibid.*, apartado 20.

⁸⁰ Previamente, en la Sentencia de 7 de febrero de 2006, la Sección Segunda había declarado lo contrario: no existía violación alguna del artículo 14 del CEDH en combinación con el artículo 2 del Protocolo 1, dado que no podía conceder valor probatorio a los datos estadísticos aportados por la demanda.

⁸¹ REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensamiento Constitucional, op.cit.*, p. 296.

declara que aunque la jurisprudencia del Tribunal en el pasado había negado eficacia a las estadísticas como prueba para calificar una determinada práctica como discriminatoria, en casos más recientes sobre discriminación (de género), el órgano judicial se había apoyado en las estadísticas para identificar una diferencia de trato de grupos en situaciones similares⁸². Por todo ello, el Tribunal declara que la segregación racial conlleva discriminación conforme al artículo 14 del CEDH. En esencia, la Sentencia *D. H. y otros c. República Checa* reconoce el valor de los datos estadísticos como prueba, recoge el concepto de discriminación indirecta e invierte la carga de la prueba, que corresponde al Estado demandado⁸³.

V. LA DIRECTIVA SOBRE IGUALDAD RACIAL Y LA ESCASA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. La Directiva sobre Igualdad Racial: la pieza clave de la legislación de la Unión Europea

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999 aporta el potencial para una profunda innovación en la legislación de la UE en materia social y de derechos humanos⁸⁴. Concretamente, el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam provoca la transformación de la normativa europea en materia de igualdad por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque multiplica los motivos de discriminación prohibidos; en segundo lugar, porque reconoce a favor del Consejo de la UE competencias legislativas para combatir la discriminación. No en vano, las Directivas aprobadas sobre su base fueron llamadas “las Directivas del artículo 13”⁸⁵ hasta que el Tratado de Lisboa de 2007 recogiera esta cuestión en el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁸⁶.

⁸² Concretamente, en la Sentencia *Hoogendijk c. Holanda* el Tribunal afirmó lo siguiente: “Cuando un demandante es capaz de mostrar, sobre la base de estadísticas oficiales incontestables, la existencia de una indicación *prima facie* de que una regla específica (aun formulada de una manera neutral) afecta de hecho a un porcentaje claramente mayor de mujeres que de hombres, corresponde al Gobierno demandado demostrar que esto es el resultado de factores objetivos sin relación con cualquier tipo de discriminación por sexo. Si la carga de probar que una diferencia de impacto entre hombres y mujeres no es una práctica discriminatoria no correspondiera al Gobierno demandado, sería extremadamente difícil para los demandantes probar la discriminación indirecta” (STEDH, *Hoogendijk c. Holanda*, de 6 de enero de 2005, n.º 58641/00, apartado 1, pp. 21-22).

⁸³ STEDH, *D. H. y otros c. República Checa*, *op.cit.*, apartado 154.

⁸⁴ Sobre la evolución de la acción de la UE en la lucha contra el racismo y la xenofobia hasta la adopción del Tratado de Ámsterdam, véase FLAUSS, J. F., “L’action de l’Union Européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 2001, pp. 487-515.

⁸⁵ MEENAN, H., *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

⁸⁶ El artículo 19 TFUE no establece una prohibición general de discriminar, sino que habilita al Consejo (con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo) para adoptar “acciones adecuadas” para combatir la discriminación por los motivos contemplados en tal precepto. Por lo tanto, al requerir medidas de aplicación, el artículo 19 TFUE carece de efecto directo. En este aspecto el artículo 19 TFUE difiere de los artículos 18 TFUE (discriminación por razón de nacionalidad) y 157 TFUE (discriminación por razón de género) que sí que prohíben tal conducta. Véase

Apoyada en aquel artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, la UE inicia una ambiciosa estrategia en la lucha contra la discriminación racial más allá de los motivos tradicionales de discriminación basados en el género y la nacionalidad. Además, la lucha contra el racismo y la xenofobia se incorpora al Tratado de la UE como un objetivo fundamental de la organización en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia⁸⁷. Como Bell explica gráficamente, el debate pasa de cuestionar si se trata de un asunto en el que la UE debe intervenir a plantear cómo la legislación y las políticas de la UE podrían ser más eficaces en la lucha contra el racismo⁸⁸.

Así, la Directiva sobre Igualdad Racial, aprobada por el Consejo de la UE en junio de 2000, es el primer acto jurídico de la nueva competencia legislativa⁸⁹. Es más, el Consejo negocia y adopta el texto en siete meses desde la propuesta original hecha por la Comisión. La rápida aprobación de la Directiva refleja, por un lado, que la UE quiere anticiparse al contexto político de la organización ampliada en la que podrían estallar los conflictos étnicos, y por otro, que quiere responder al clima racista provocado en el ámbito interno austriaco durante el año 2000⁹⁰. Así las cosas, una vez aprobada, la Directiva sobre Igualdad Racial hubo de transponerse a la legislación nacional de cada Estado miembro antes de que finalizara el año 2003, concediéndose un plazo ligeramente superior a los Estados miembros que se adhirieron a la UE en 2004 y 2007⁹¹.

A) La indefinición de los términos y los actos discriminatorios prohibidos

Aunque la Directiva sobre Igualdad Racial prohíbe la discriminación por motivos de origen racial o étnico, no define ninguno de los términos. Tan solo declara en su preámbulo que “la Unión Europea rechaza las teorías que tratan de establecer la

a este respecto, REQUENA, M., “La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 31, 2013, 30 páginas.

⁸⁷ ESTEVE GARCÍA, F., “La normativa europea contra la discriminación y el racismo. Su desarrollo y aplicación en España, Italia y Francia”, en GARCÍA AÑÓN, J. y RUIZ SANZ, M. (eds.), *Discriminación racial y étnica, op.cit.*, pp. 25-55.

⁸⁸ BELL, M., *Racism and Equality in the European Union, op.cit.*, p. 1.

⁸⁹ Además de la Directiva sobre Igualdad Racial, en el mismo año fue aprobada la Directiva 2000/78/CE que prohíbe la discriminación por motivos de religión o creencias, edad, discapacidad u orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, *DO L 303*, de 2 de diciembre de 2000.

⁹⁰ SCHIEK, D., “Broadening the scope and the norms of EU gender Equality Law: Towards a multidimensional conception of Equality Law”, *Maastricht Journal on European and Comparative Law*, n.º 12, vol. 4, 2005, pp. 427-466.

⁹¹ Cabe recordar que en España la transposición tuvo lugar a través de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, sobre medidas fiscales y de orden social (*BOE* n.º 313, de 31 de diciembre de 2003). Se trataba de una medida de acompañamiento que modificó más de cincuenta actos legislativos, por lo que se pone en cuestión el acto de transposición en sí mismo, no acorde con la relevancia de la Directiva. Con posterioridad, la tramitación del anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación quedó suspendida, coincidiendo con la finalización de la legislatura del Gobierno socialista en 2012. Obviamente, el aspecto relativo a la transposición de la Directiva en España escapa del ámbito estricto del presente estudio; sin embargo, es ineludible interrogarnos sobre el proceso de acomodación de nuestra legislación a la normativa de la UE. Ni el mecanismo de transposición ni las propias funciones del Consejo para la Igualdad de Trato cumplen con las expectativas generadas en la Directiva.

existencia de las razas humanas”. La indefinición de los conceptos esenciales de la Directiva sobre Igualdad Racial obedece a la especial sensibilidad política de la cuestión, ya que implica reconocer las diferencias culturales e históricas dentro de los Estados miembros y entre ellos. Teniendo en cuenta que el antiguo artículo 13 del Tratado de Ámsterdam requería la unanimidad del Consejo, y que parecía poco probable alcanzar un acuerdo unánime sobre la definición de raza, soslayarlo fue la solución⁹². Un modelo antidiscriminatorio unitario y formalista hubiese sido imposible como principio e ineficaz en la práctica. De modo que la Directiva pretende satisfacer al mismo tiempo el interés individual de cada Estado y el interés del grupo de Estados de la UE en hacer frente de manera colectiva al problema del racismo. En consecuencia, la Directiva sobre Igualdad Racial admite una especie de “renacionalización” del concepto relativo al origen racial o étnico, al que los Estados, a través de su legislación y de los órganos creados al efecto, darán contenido⁹³.

Pese a la indeterminación en lo que se refiere al significado legal de la discriminación racial, la Directiva recoge una serie de actos discriminatorios prohibidos bajo cuatro categorías: a) la discriminación directa, b) la discriminación indirecta, c) el acoso, y d) cualquier orden de discriminar. Cabe poner de relieve que la especial atención prestada al doble concepto de la discriminación, —directa e indirecta—, ha sido rescatada por el TEDH en su jurisprudencia reciente y que incluso ha ahondado en ella⁹⁴. Por un lado, la Directiva permite justificar la discriminación directa solo en circunstancias muy excepcionales: por exigencias profesionales esenciales (artículo 4) y por normas de acción positiva (artículo 5). Por otro lado, cobra peso la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, el Estado deberá evitar la adopción de aquellas medidas aparentemente neutras que conllevan como resultado efectos discriminatorios por situar a una persona o colectivo en una situación desfavorable respecto de otras.

B) El ámbito de aplicación: ¿hacia un Derecho social europeo?

El potencial de la Directiva sobre Igualdad Racial puede advertirse en su ámbito de aplicación, que es más amplio si se compara con las anteriores Directivas sobre discriminación. Además de abarcar el empleo, la ocupación, la formación profesional y las organizaciones profesionales, al igual que lo hacen otras Directivas, *también* cubre, de manera novedosa, la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia

⁹² HOWARD, E., “Race and Racism. Why does European Law have Difficulties with Definitions?”, *International Journal of Comparative Labour and Industrial Relations*, n.º 24, vol. 1, 2008, pp. 5-30.

⁹³ Los métodos de transposición de la Directiva variaron entre los Estados miembros. Destacamos algunos de ellos: a) se adopta una legislación que prácticamente reproduce los términos de la Directiva (Chipre, Grecia e Italia); b) la legislación antidiscriminatoria adoptada cubre más ámbitos que los de la propia Directiva (Austria, Bélgica, Finlandia, Irlanda, Hungría y Países Bajos) y c) se combina la legislación que abarca múltiples ámbitos discriminatorios con aquella legislación que aborda los ámbitos por separado (Dinamarca, Países Bajos y Suecia) (CORMACK, J. y BELL, M., *Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU member States compared*, *op.cit.*, p. 13).

⁹⁴ STEDH, *Carson y otros c. Reino Unido*, de 16 de marzo de 2010, n.º 42184/05 y STEDH, *Hoogendijk c. Holanda*, *op.cit.* respectivamente.

sanitaria⁹⁵. Extiende la legislación comunitaria contra la discriminación a otros aspectos de la vida cotidiana más allá del mercado de trabajo: las ventajas sociales, la educación y el acceso y suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda⁹⁶. Se quiebra el estereotipo de las Directivas antidiscriminatorias circunscritas a un campo eminentemente laboral. Esto se ve reforzado por el artículo 2 del TUE que relaciona el principio de no discriminación con uno de los valores en los que se fundamenta la Unión y por el artículo 10 TFUE que actuando como principio transversal integra el principio de no discriminación en todas las políticas y acciones de la UE. A ello se suma el artículo 21 de la CDFUE que recoge el principio general de no discriminación como se ve más adelante.

Ahora bien, en lo que se refiere al ámbito de aplicación personal, la Directiva excluye expresamente de su aplicación las diferencias de trato por motivos de nacionalidad. De esta manera, se deja a salvo la legislación sobre la entrada y residencia de nacionales de terceros países y apátridas. Este apartado fue añadido como una solución de compromiso durante las negociaciones de la Directiva sobre Igualdad Racial, ya que algunos Estados mostraron interés en preservar sus sistemas de extranjería y asilo⁹⁷. Como resultado, la Directiva sobre Igualdad Racial permite que los Estados europeos puedan distinguir entre nacionales y no nacionales y otorgarles un trato diferente⁹⁸. Esto es delicado porque coincide que las principales víctimas de discriminación racial son los nacionales de terceros países⁹⁹.

C) Los órganos de igualdad: ¿fortaleza o debilidad?

Una de las fortalezas de la Directiva 2000/43 es que prevé que los Estados miembros constituyan los llamados organismos de igualdad cuyas funciones incluyen, entre otras, la de prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación y presentar encuestas e informes sobre la situación de la discriminación racial en el interior de su Estado¹⁰⁰. Schiek afirma que, con la instauración de este mecanismo, la discriminación

⁹⁵ Artículo 3.1, apartado e) de la Directiva sobre Igualdad Racial.

⁹⁶ Artículo 3.1, apartado h) de la Directiva sobre Igualdad Racial. Sobre este aspecto, véase ALONSO GARCÍA, B., “El principio de no discriminación por origen racial o étnico en la UE: su aplicación al empleo y a la política social”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 5, 2003, pp. 127-141.

⁹⁷ HOWARD, E., “Race and Racism. Why does European Law have Difficulties with Definitions?”, *International Journal of Comparative Labour and Industrial Relations*, vol. 24, n.º 1, 2008, pp. 5-29.

⁹⁸ Por el contrario, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa adopta un enfoque más amplio que el de la Directiva respecto de la definición de discriminación racial. Incluye las características de “la raza, el color, la lengua, la religión, la nacionalidad y el origen nacional o étnico”, en una definición muy cercana a la del CERD (ECRI, *Recomendación n.º 7 de Política General de la ECRI sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial*, Doc. ECRI, (2003) 8, aprobada el 13 de diciembre de 2002, apartados 1 (b) y (c)).

⁹⁹ ESTEVE GARCÍA, F., “La normativa europea contra la discriminación y el racismo. Su desarrollo y aplicación en España, Italia y Francia”, *op. cit.*, pp. 29-31.

¹⁰⁰ El artículo 13.1 de la Directiva prevé que “Cada Estado miembro designará uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico”. En el momento de la redacción de este artículo, Bélgica y Finlandia se encuentran sometidos a un procedimiento de infracción ante el TJUE debido a las insuficientes competencias cedidas a los órganos de igualdad nacionales.

racial y étnica se alza en la primera posición en el *ranking* de las discriminaciones prohibidas, relegando incluso a la discriminación de género desde su antigua posición dominante a un segundo plano¹⁰¹. En efecto, se recoge un planteamiento original y genuino de protección, con unos determinados rasgos distintivos, en el que se opta por institucionalizar un sistema de control y asistencia a las víctimas.

Ahora bien, el artículo 13 de la Directiva sobre Igualdad Racial, cuyo fin es armonizar el grado de protección entre los Estados miembros, establece estándares tan laxos que en cierto sentido, se ha convertido en la debilidad de la norma. Cada Estado instituye su propio órgano de igualdad, lo que en la práctica provoca que existan diferencias tanto en lo referente a los recursos, como al alcance de las competencias de cada organismo y a su imbricación en la estructura interna de cada Estado. Así, algunas de las normas internas de transposición de la Directiva, como las de la legislación sueca, hacen una interpretación maximalista y prevén el establecimiento de una nueva agencia nacional de igualdad que abarca varios ámbitos de discriminación, no solo la racial o por origen étnico. De este modo constituyen una suerte de “Defensor del Pueblo para la igualdad” (“*Equality Ombudsman*”) que absorbe a los *Ombudsmen* preexistentes¹⁰². También en Finlandia, Noruega, Chipre, Letonia y Grecia, entre otros países, los órganos de igualdad se constituyen como *Ombudsman*¹⁰³. Por el contrario, en otros países, como en España, el órgano de igualdad tiene competencias y recursos aún limitados¹⁰⁴.

2. Las orientaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Diez años después de la transposición de la Directiva, el Tribunal de Luxemburgo ha conocido hasta la fecha solamente cuatro casos en los que la discriminación racial es el objeto central, en comparación con las decenas de ellos en el ámbito de la igualdad de género y la edad¹⁰⁵. Este es uno de los motivos por los que se sostiene que la Directiva

¹⁰¹ SCHIEK, D., “A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?”, *European Law Journal*, vol. 8, n.º 2, 2002, pp. 290-314, y WADDINGTON, L. y BELL, M., “More Equal Than Others: distinguishing European Union equality Directives?”, *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, pp. 587-611.

¹⁰² EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, “News from the EU Member States”, *European Anti-Discrimination Law Review*, n.ºs 6/7, 2008, p. 120.

¹⁰³ AMMER, M., CROWLEY, N., LIEGL, B., HOLZLEITHNER, E., WLADASCH, K., y YESILKAGIT, K., *Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC*, eds. Human European Consultancy y Ludwig Boltzmann Institute, Utrecht y Viena, 2010.

¹⁰⁴ Dadas las diferentes trayectorias de los organismos nacionales de promoción de la igualdad, el informe sobre la aplicación de las dos Directivas de Igualdad emitido por la Comisión en enero de 2014 analiza de forma amplia el cumplimiento por los Estados miembros de los requisitos previstos en las Directivas en lo que se refiere a estos organismos. Comprueba si cada organismo de promoción cuenta con el mandato y las competencias necesarias, y si desempeña de forma eficaz las funciones establecidas en la Directiva (COMISIÓN EUROPEA, *Informe conjunto sobre la aplicación de 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* (“Directiva de igualdad racial”) y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (“Directiva de igualdad en el empleo”), COM (2014) 2 final, Bruselas, 17 de enero de 2014, pp. 13-14).

¹⁰⁵ Dejamos a un margen los procesos por infracción de la Directiva sobre Igualdad Racial iniciados por la Comisión contra varios Estados miembros: *Comisión c. Finlandia*, C-327/04; *Comisión c.*

fue lejos, pero no lo suficientemente lejos¹⁰⁶. Precisamente por su carácter innovador, apenas es perceptible la incidencia de esta Directiva en la jurisprudencia del TJUE. Sirven como ejemplo de su tímido reflejo los dos casos a los que nos referimos en los siguientes apartados: la Sentencia *Firma Feryn*, de 10 de julio de 2008, más de cinco años después de la entrada en vigor de la Directiva¹⁰⁷, y la Sentencia *Belov* de 31 de enero de 2013¹⁰⁸.

A) *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV (Firma Feryn)*

La Sentencia sobre la *Firma Feryn* es, hasta el momento, la única que ha resuelto una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de la Directiva sobre Igualdad Racial¹⁰⁹. Según el relato de los hechos, uno de los directores de la empresa belga *Feryn*, especializada en la venta e instalación de puertas, manifiesta públicamente que la empresa busca instaladores, pero que no puede contratar a “personas extranjeras” ya que sus clientes son reacios a permitirles acceder a sus domicilios para la ejecución del trabajo¹¹⁰. Pese a que no se existe víctima específica, sino una referencia genérica publicada en un anuncio, el centro belga para la igualdad de oportunidades y la lucha contra el racismo, un ente público, presenta la demanda en el ámbito interno de la jurisdicción belga.

La demanda es desestimada en primera instancia porque no existen pruebas ni se presume que persona alguna hubiera solicitado el empleo y no hubiera sido contratada por razón de su origen étnico. Recurrida ante el Tribunal de Apelación de lo Social de Bruselas, este suspende el proceso para que el TJUE resuelva la petición de decisión prejudicial. Las cuestiones de interpretación de la Directiva fueron planteadas en los términos siguientes:

“El Tribunal remitente pide, en sustancia, la interpretación por el Tribunal de Justicia de las disposiciones de la Directiva 2000/43 para apreciar el alcance del concepto de *discriminación directa* en relación con declaraciones públicas de un

Luxemburgo, C-320/04; *Comisión c. Alemania*, C-329/04 y *Comisión c. Austria*, C-335/04. Tampoco entramos a examinar los efectos de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

¹⁰⁶ EINWALTER, T., “Far, but not far enough: an idealist critique of the Racial Equality Directive”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, n.º 4, 2008, pp. 195-222, y HEPPLER, B., “Race and Law in Fortress Europe”, *Modern Law Review*, 2004, vol. 67, n.º 1, pp. 1-15.

¹⁰⁷ STJUE, de 10 de julio de 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, C-54/07 (en adelante, *Firma Feryn*).

¹⁰⁸ STJUE, de 31 de enero de 2013, *Valeri Hariiev Belov c. Chez Elektro Bulgaria AD y otros. Petición de decisión prejudicial: Komisia za zashitita ot diskriminatsia-Bulgaria*, C-394/11. También se aborda el problema sobre la discriminación racial en la STJUE, de 19 de abril de 2012, *Meister*, C-415/10, y STJUE, de 12 de mayo de 2011, *Runevic-Vardyn*, C-391/09.

¹⁰⁹ STJUE, de 10 de julio de 2008, *Firma Feryn*, *op.cit.* Con carácter previo, la Sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/07, había aludido a la Directiva 2000/43 y a la Directiva 2000/78, pero sin que fueran el objeto central de la misma.

¹¹⁰ STJUE, de 10 de julio de 2008, *Firma Feryn*, *op.cit.*, apartados 2 y 16.

empleador en el contexto de un proceso de contratación (primera y segunda cuestión), los requisitos para que pueda aplicarse la regla de *la inversión de la carga de la prueba* prevista por la misma Directiva (tercera, cuarta y quinta cuestiones) y *la naturaleza de las sanciones* que pueden considerarse apropiadas en un supuesto como el del litigio principal” (sexta cuestión)¹¹¹ (cursiva añadida).

El Tribunal manifiesta que existe discriminación directa en la contratación cuando un empleador declara públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial (artículo 2.2 de la Directiva sobre Igualdad Racial). Conforme al Tribunal, tales declaraciones pueden disuadir firmemente a ciertos candidatos de solicitar el empleo y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo. Es más, las declaraciones públicas por las cuales un empleador da a conocer que, en virtud de su política de contratación, no contratará a trabajadores de un origen étnico o racial concreto bastan para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria, en el sentido del artículo 8.1 de la Directiva 2000/43¹¹². En tal caso, incumbe al empleador probar que no ha vulnerado el principio de igualdad de trato, lo que puede hacer demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esa declaración¹¹³.

La contribución pionera del TJUE consiste en haber extendido el alcance de los titulares del derecho. Sostiene que en este caso el perjuicio actúa a *nivel colectivo*¹¹⁴. La conexión se establece por el impacto negativo y desproporcionado, ya sea real o potencial, provocado por una declaración sobre un grupo de personas de un origen racial o étnico determinado. La Directiva 2000/43 trasciende los supuestos en los que un candidato a un empleo haya ejercitado una acción judicial contra el empleador por no haber sido contratado¹¹⁵. Aunque la relación de causalidad entre el perjuicio y el grupo protegido puede no existir aún, el Tribunal rechaza toda medida que sitúe a las personas de un grupo racial o étnico concreto en una desventaja particular.

En contra del Tribunal, algunos Estados, como el Reino Unido e Irlanda, sostienen que admitir como objeto de la demanda la declaración pública de un empleador sobre su política de contratación sin que ningún denunciante identificable afirme que ha sido víctima implica aceptar una especie de *actio popularis*. Cualquier persona o entidad podría ejercitar una acción judicial, no solo el perjudicado por el hecho discriminatorio. Añaden que aceptar la acción popular con independencia de la existencia de víctimas concretas restaría valor a los órganos de igualdad. Se rebajaría el compromiso de los Estados miembros de otorgar a los organismos de igualdad competencias sustanciales en materia de discriminación¹¹⁶.

¹¹¹ *Ibid.*, apartado 20.

¹¹² *Ibid.*, apartados 31.

¹¹³ *Ibid.*, apartado 32.

¹¹⁴ Ahondando en esta línea, exige que las sanciones por las infracciones de las disposiciones nacionales —establecidas por la transposición de dicha Directiva— sean efectivas, proporcionadas y disuasorias, aun cuando no haya víctima identificable (*Ibid.*, apartados 10, 18, 36 y 38).

¹¹⁵ *Ibid.*, apartado 24.

¹¹⁶ HENRAD, K., *The First Substantive ECJ Judgment on the Racial Equality Directive: A Strong Message in a Conceptually Flawed and Responsively Weak Bottle*, *Jean Monnet Working Paper 09/09*,

La Sentencia *Firma Feryn* aporta un mensaje contundente y favorable a la aplicación del principio antidiscriminatorio por razón del origen racial o étnico. El aporte jurisprudencial tiene un doble alcance: en primer lugar, acepta la legitimación activa aun cuando no existan víctimas particulares afectadas por el acto discriminatorio, y en segundo lugar, en estos casos se invierte la carga de la prueba, de modo que corresponde a la parte demandada demostrar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. Ahora bien, como señala Henrad, el mensaje se envuelve en “una botella frágil”¹¹⁷ en el sentido de que la Sentencia se circunscribe a los dos aspectos mencionados, pero no reconoce el valor de la Directiva 2000/43 como instrumento que sirve para precisar el principio general de no discriminación por razón de origen racial o étnico. Es llamativo que no evoque el carácter de principio general con mayor vigor, cuando previamente lo hace con relación a la Directiva 2000/7 en el asunto *Mangold*¹¹⁸. Si el Tribunal se hubiera referido a la Sentencia *Mangold*, habría supuesto un signo en la evolución del principio más allá de la discriminación por razón de la edad. Sin embargo, el TJUE se limita a dar contenido a dos aspectos concretos, sin envolverlos en tal principio general.

B) *Valeri Hariev Belov c. CHEZ Elektro Bulgaria AD y otros (Belov)*

El asunto *Belov* se origina a raíz de la petición de una decisión prejudicial planteada por la Comisión contra la Discriminación búlgara (en adelante *KZD* por responder a sus siglas en búlgaro) ante el TJUE¹¹⁹. El problema trae causa en una práctica consistente en instalar los contadores de electricidad de los postes eléctricos a una altura de 7 metros en dos barrios de la ciudad búlgara de Montana, cuya población es mayoritariamente gitana. Por el contrario, en otras localidades búlgaras los contadores de electricidad son colocados habitualmente de modo accesible para los consumidores, a una altura de 1,70 metros y en el propio domicilio.

El Sr. *Belov*, que en el proceso se define a sí mismo como gitano residente en uno de los barrios afectados, alega que la medida constituye un acto de discriminación por razón de origen étnico prohibida por la *Ley búlgara de protección contra la discriminación*. Solicita ante la *KZD* que la sociedad suministradora de electricidad ponga fin a la medida y pague las multas previstas conforme a la legislación interna búlgara. En la cuestión prejudicial, la *KZD* pregunta al Tribunal de Luxemburgo si considera

The Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, The NYU Institutes on the Park, Nueva York, 2009, p. 19.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ El contenido de los considerandos segundo y cuarto de la Directiva 2000/43 coincide enteramente con lo recogido en la Directiva 2000/78 en los considerandos primero y cuarto, que sirvieron al TJUE para fundamentar la existencia del principio general del Derecho de la UE en el asunto *Mangold* (STJUE, de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, *op. cit.*, apartado 74, citado literalmente en la nota 136 del presente artículo). Véase REQUENA, M., “La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 40, 2011, pp.767-793 y especialmente nota 19.

¹¹⁹ La cuestión prejudicial versa sobre el alcance y la interpretación de varios artículos de la Directiva sobre Igualdad Racial, sobre el principio relativo a la carga de la prueba y sobre el tipo de discriminación que se podría atribuir a las empresas suministradoras de la electricidad en el caso.

discriminatorio instalar los contadores de consumo eléctrico a una altura sustancialmente superior cuando se trata de barrios habitados por población gitana, en comparación con otros lugares no habitados por tal grupo¹²⁰. En el caso de que efectivamente sea discriminatorio, se solicita ordenar el cese de tal discriminación y que se condene eventualmente a los responsables al pago de multas. Las respuestas de la abogada general Kokott y del Tribunal son tan diametralmente opuestas que nos llevan a abordar cada aportación por separado.

a) Las conclusiones de la abogada general Kokott favorables a entrar en el fondo del asunto

Para empezar, la abogada general Kokott estudia si la KZD búlgara goza del derecho a remitir cuestiones prejudiciales conforme al artículo 267 del TFUE. Opina que, a la vista del elevado número de autoridades independientes establecidas en los Estados miembros en los últimos años —incluso para implementar la legislación de la UE—, no es una sorpresa que el Tribunal tenga que abordar nuevamente la cuestión sobre si tales órganos pueden plantear cuestiones prejudiciales¹²¹.

Aporta una serie de razones para defender la naturaleza judicial de la actividad de la Comisión contra la discriminación búlgara: en primer lugar, se trata de un órgano independiente, cuyas decisiones se adoptan al margen de la Administración; en segundo lugar, sus resoluciones tienen la naturaleza de cosa juzgada en tanto en cuanto son vinculantes y su incumplimiento es sancionable¹²². Por ello, explicado aquí sintéticamente, considera que, en el caso concreto, la KZD debería ser considerada como un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 del TFUE.

Lo anterior le da pie a entrar en el fondo del asunto, y así a interpretar el artículo 8 de la Directiva sobre Igualdad Racial relativo a la carga de la prueba en sintonía con los estándares aportados por la Sentencia *D. H. y otros c. República Checa* del TEDH. La abogada general sostiene que la presunción de que existe discriminación es suficiente *prima facie* para invertir la carga de la prueba, que recae desde tal momento en el Estado demandado¹²³.

Asimismo, la abogada general califica los hechos como un caso de discriminación indirecta. Tal tipo de discriminación puede justificarse y ser acorde a Derecho si a través de la medida supuestamente discriminatoria se pretende alcanzar un objetivo apropiado y necesario. La abogada general admite que la medida puede ser necesaria para evitar interferencias ilegales en el tendido eléctrico; sin embargo, también sostiene que la misma puede tener efectos estigmatizantes y limitar a los consumidores de un barrio determinado su acceso a la información relativa al gasto eléctrico¹²⁴.

¹²⁰ STJUE, de 31 de enero de 2013, *Belov, op.cit.*, apartado 2.

¹²¹ *Ibid.*, apartado 24.

¹²² *Ibid.*, apartado 28.

¹²³ *Conclusiones de la abogada general Kokott presentadas el 20 de septiembre de 2012*. Asunto C-394/11, apartados 87 y 88.

¹²⁴ *Ibid.*, apartados 118 y 119.

b) La Sentencia del Tribunal de Justicia que desestima la legitimación del órgano de igualdad

Para el Tribunal, el principal problema es aclarar si la KZD reúne las condiciones para ser considerada un “órgano judicial” a los efectos del artículo 267 TFUE. Como se sabe, según reiterada jurisprudencia, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de “órgano jurisdiccional” en el sentido del artículo 267 TFUE, debe tenerse en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas y su independencia¹²⁵.

Desde este plano, el Tribunal de Luxemburgo se ampara en el examen sobre la naturaleza de las funciones que ejerce la KZD en el marco del procedimiento normativo en el que remite la cuestión al TJUE. Una serie de circunstancias le llevan a considerar que la resolución que la KZD ha de dictar al término de un procedimiento iniciado en virtud de la *Ley búlgara de protección contra la discriminación* “constituye sustancialmente una resolución de tipo administrativo y no reviste carácter jurisdiccional en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de órgano jurisdiccional”¹²⁶. Por consiguiente, desestima la legitimación del Consejo para la Igualdad, órgano creado en virtud de la Directiva, para plantear la cuestión prejudicial.

La decisión del TJUE en la Sentencia *Belov* viene a expresar que las competencias de los órganos de igualdad no alcanzan a poder plantear cuestiones prejudiciales. No se muestra favorable a desarrollar a través de su jurisprudencia una interpretación amplia sobre las oportunidades de tales órganos. La Sentencia asume que los órganos de igualdad están desprovistos de toda competencia que trascienda el carácter meramente consultivo, de modo que apenas contribuye a fortalecer los principios que subyacen a la Directiva sobre Igualdad Racial. Tal y como se entiende por parte de la doctrina, en su origen, la cuestión prejudicial se configura como “la vía de recurso más inmediata, accesible y fiable para garantizar la aplicación judicial práctica cotidiana del Derecho comunitario”¹²⁷. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el Tribunal dicta una sentencia que renuncia a constatar la funcionalidad inherente de los organismos de igualdad, que es asegurar la mejor garantía de los derechos y un alcance normativo de mayor relieve.

Esta reflexión entronca con la concepción sobre los órganos de igualdad como aquellos que podrían brindar un asidero sobre el que desarrollar las categorías del Derecho Antidiscriminatorio. En efecto, una de las características de la Directiva sobre Igualdad

¹²⁵ STJUE, de 31 de enero de 2013, *Belov*, *op. cit.*, apartado 38.

¹²⁶ *Ibid.*, apartado 51.

¹²⁷ DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Las cuestiones prejudiciales y su procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en JIMÉNEZ PIERNAS, C., *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Universidad de Alcalá y Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 381-405. Véase también IZQUIERDO SANS, C., “La cuestión prejudicial ante el TJUE”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., y GARCÍA BECEDAS, G., (dirs.), *Lecciones de jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 879-902.

Racial es que al reconocimiento de derechos se añade la dimensión complementaria de apoyo, sustento y guía a través de las instituciones de igualdad. Corresponde a cada Estado miembro institucionalizarlas y dotarlas de competencias para que propicien el arraigo del principio de no discriminación racial. Por todo ello, resulta contradictorio que el Derecho originario y el Derecho derivado europeo empujen al desarrollo normativo del principio y, sin embargo, que el órgano judicial muestre aún una limitada intención de guiarse bajo la misma orientación.

Concurrían las mejores condiciones para que el Tribunal asumiera un rol más activo, e incluso fortaleciera los organismos de igualdad; sin embargo, sucede justamente lo contrario. La Sentencia *Belov* sorprende a quien espera del Tribunal una línea jurisprudencial que aporte luz sobre un problema ante el cual apenas se ha definido. Como afirma Moschel, el caso *Belov* tenía el potencial de convertirse en la segunda decisión del TJUE sobre la interpretación sustantiva de la Directiva sobre Igualdad Racial¹²⁸. Aún más, la Sentencia *Belov* podía haber sido determinante en lo que afecta al ámbito de aplicación de la Directiva ya que el caso tiene lugar en un ámbito que no es el del empleo (lo que sí que sucede en el caso *Firma Feryn*).

VI. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU IMPACTO AÚN LIMITADO

No hace falta incidir en que desde el 1 de diciembre de 2009 la CDFUE tiene el mismo valor jurídico que el TUE¹²⁹. De ahí la pertinencia de tomarla como instrumento de referencia, específicamente el artículo 21 de la CDFUE que proclama la prohibición general de no discriminación. Lo novedoso del citado precepto es la consideración de la *prohibición general* puesto que en el Derecho de la UE ni el artículo 13 TCE ni el artículo 19 TFUE lo prevén en dichos términos¹³⁰. Por lo tanto, aunque los artículos 19 TFUE y 21 de la CDFUE deban leerse conjuntamente, es este último el que establece la proscripción general de toda forma de discriminación, mientras que el artículo 19 TFUE contempla la posibilidad de legislar sobre la materia, o como señala Requena, “se limita a servir de base jurídica” para permitir la adopción de medidas legislativas¹³¹.

¹²⁸ MOSCHEL, M., “Race discrimination and access to the European Court of Justice: *Belov*”, *Common Market Law Review*, vol. 50, n.º 5, 2013, pp. 1433-1450. Otros casos se referían a interpretaciones procedimentales de la Directiva sobre Igualdad Racial: STJUE, de 12 de mayo de 2011, *Runevic-Vadyn*, C-391/09, ECR-I-3787; STJUE, de 19 de abril de 2012, *Galina Meister*, C-415/10 y STJUE, de 24 de abril de 2012, *Kanberaj*, C-571/10,

¹²⁹ El TJUE se ha referido al artículo 6.1 del TUE en asuntos relativamente recientes: STJUE, de 19 de enero de 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07, apartado 22; STJUE, de 4 de marzo de 2010, *Chakroun*, C-578/08, apartado 44 y STJUE, de 8 de septiembre de 2011, *Hennings, Peiseler y Seulen*, C-297/10 y C-298/10, apartado 57.

¹³⁰ MANGAS MARTÍN, A., “Artículo 21. No discriminación”, en MANGAS MARTÍN, A., (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 397-408.

¹³¹ REQUENA, M., “La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios”, *op.cit.*, p. 771.

El artículo 21.1 de la CDFUE prohíbe toda discriminación y en particular menciona la discriminación ejercida por varios motivos cuyo listado es el más extenso del conjunto de las disposiciones internacionales vigentes sobre este principio. De modo que este apartado representa una evolución con relación a las fuentes en las que se inspira. Amplía la relación de los motivos discriminatorios explícitamente prohibidos hasta dieciséis y además se trata de un listado abierto frente al artículo 19 TFUE cuya enumeración es cerrada¹³². El artículo 21.2 se ocupa expresamente de la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares¹³³.

A esto se suma que el artículo 21 de la CDFUE ha de leerse dentro del marco del artículo 51 del propio texto legal, que prevé que sus disposiciones se dirigen a las instituciones, órganos, y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. Dicho en palabras de Ugartemendía, el artículo 21 CDFUE no contiene “una prohibición que rija sobre toda actuación del poder público de un Estado miembro, sino que tiene un ámbito de aplicación limitado”¹³⁴. Por ello, para poder invocar el artículo 21 de la CDFUE se ha de identificar el vínculo efectivo con el Derecho de la Unión. En aras a poder determinar dicha conexión se entiende que sería suficiente acompañar al artículo 21 de la CDFUE como fundamentación jurídica con lo previsto en la Directiva sobre Igualdad Racial y en la normativa nacional correspondiente.

La línea jurisprudencial del TJUE tendente a identificar el principio de igualdad de trato (por razón de la edad) como un principio general del Derecho de la Unión se inicia con el caso *Mangold contra Helm*¹³⁵. En respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un juzgado de Munich sobre la compatibilidad del artículo 6.1 de la Directiva 2000/78 con una norma alemana que autoriza la celebración de un contrato laboral de duración determinada para los trabajadores mayores de 52 años, el TJUE reconoce el principio general de no discriminación con relación a la edad. Identifica su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados

¹³² Se refiere “en particular” a la discriminación “ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad o orientación sexual”. La redacción del artículo 21 de la CDFUE se inspira tanto en la versión del artículo 13 del Tratado CE, sustituido por el artículo 19 del TFUE, como en los artículos 14 del CEDH y 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina referente al patrimonio genético (Praesidium de la Convención Europea, *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, DO C 303/24, de 14 de diciembre de 2007).

¹³³ Este apartado 2 se corresponde con el apartado 1 del artículo 18 del TFUE, de modo que se aplican conjuntamente (MANGAS MARTÍN, A., *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea*, 17.ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 287).

¹³⁴ UGARTEMENDÍA, J.I., “La tutela de la igualdad de trato como cauce de expansión de la incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento interno”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008, pp. 105-143. En otros términos, el Protocolo n.º 12 del CEDH alude expresamente en su artículo 1.2 a la discriminación ejercida por parte de cualquier “autoridad pública”.

¹³⁵ STJUE, de 22 de noviembre de 2005, *Mangold c. Helm*, C-144/04, *Rec. I-9981*, apartados 74 a 76.

miembros “como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva”¹³⁶. Por primera vez, el Tribunal considera que una de las Directivas del 2000 tiene vocación de empujar hacia el reconocimiento del principio general de no discriminación (en el caso *Mangold*, por razón de la edad).

Limitándonos al alcance jurisprudencial del artículo 21 de la CDFUE y dejando al margen otros aspectos sobre la Sentencia *Mangold*¹³⁷, podría considerarse que la misma anticipa el efecto de la CDFUE en la medida en que asocia el principio antidiscriminatorio con un principio general del Derecho de la UE¹³⁸. Esta hipótesis se confirma en casos posteriores como *Runevic-Vardyn* y *Küçükdeveci*, resueltos tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en los que el TJUE explícitamente fundamenta el principio de no discriminación por razón de la edad en el artículo 21 de la Carta, pese a que los hechos debían ser juzgados bajo la normativa anterior¹³⁹.

Ahora bien, la referencia al artículo 21 de la CDFUE con relación a la discriminación racial aún no ha tenido entrada en la jurisprudencia del TJUE. Entre otras razones, porque la Sentencia *Feryn* —la única hasta el momento cuyo objeto central es la discriminación racial—, fue dictada en 2008, cuando la Carta aún no gozaba del valor jurídico vinculante otorgado por el Tratado de Lisboa.

VII. ANÁLISIS COMPARADO SOBRE LOS MARCOS LEGALES

La diversidad de los anclajes normativos en materia de discriminación racial obliga a contrastarlos en función de una serie de criterios que clasificamos en el sentido siguiente: el origen de cada marco legal, la titularidad del derecho a no ser discriminado en los diversos instrumentos, su contenido sustantivo, los ámbitos en los que los

¹³⁶ El Tribunal se expresa en los siguientes términos: “[...] la Directiva 2000/78/CE no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo u ocupación. En efecto, a tenor de su artículo 1, esta Directiva únicamente tiene por objeto ‘establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual’, mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” (*Ibid.*, apartado 74).

¹³⁷ La lectura crítica a la Sentencia *Mangold* se basa en que el TJUE se excede en la interpretación de los efectos de la Directiva, dado que por un lado le atribuye fuerza vinculante antes de finalizar el periodo transitorio y por otro lado, reconoce efecto directo horizontal a sus disposiciones. Véase DUBOS, O., “La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l’invocabilité des directives: de l’apostasie à l’hérésie?”, *La Semaine juridique*, 2006, pp. 1295-1297, y “Editorial Comments. Horizontal direct effect: A law of diminishing coherence?”, *Common Market Law Review*, vol. 43, n.º 1, 2006, pp. 1-8 y REQUENA, M., “La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios”, *op.cit.*

¹³⁸ KOKOTT, J. y SOBOTTA, C., *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, EUI Working Paper AEL 2010/6, Florencia, 2010, p. 3.

¹³⁹ STJUE, de 19 de enero de 2010, *Küçükdeveci*, *op. cit.*, apartado 22; STJUE, de 12 de mayo de 2011, *Runevic*, *op. cit.*, y STJUE, de 8 de septiembre de 2011, *Hennings, Peiseler y Seulen*, *op.cit.*, apartados 78 y 101.

instrumentos analizados son aplicables y los aportes de los órganos de control. Entre ellos, se dan coincidencias en algunos aspectos y diferencias en otros.

Como hemos visto, la prohibición de discriminación racial se acuñó en el Derecho internacional convencional a través del CERD a mediados de la década de los sesenta y en la UE a través de la Directiva sobre Igualdad Racial del año 2000¹⁴⁰. Aunque son momentos históricos distintos, en ambos casos el principio se encuadra en el proceso de transformación del concepto de racismo que es ya irreversible. Junto a dichos instrumentos legales, cuyo objeto central es la discriminación racial, el desarrollo del principio se ve fortalecido por la aplicación de la no distinción por diversos motivos, entre ellos la raza, el origen nacional o la pertenencia a una minoría nacional del artículo 14 del CEDH y por la prohibición general de toda discriminación del Protocolo n.º 12 y del artículo 21 de la CDFUE.

Haciendo un análisis comparativo, los instrumentos analizados difieren en lo que se refiere a la titularidad del derecho a no ser discriminado por motivos racistas. La titularidad es especialmente extensa en el CERD puesto que recoge varias categorías protegidas. Lo mismo sucede con el amplio número de motivos recogidos en el artículo 21 de la CDFUE en el que se engloban una serie de causas raciales. Ahora bien, el CERD no se aplica a las distinciones que haga un Estado parte entre ciudadanos y no ciudadanos. Una cláusula similar, llamada de exclusión de la nacionalidad, se recoge en la Directiva sobre Igualdad Racial y en la CDFUE. Esto es, se excluye expresamente el motivo de la nacionalidad del concepto de raza o etnia (y también la religión, que se regula a través de otra Directiva en lo que afecta al Derecho derivado). Frente a este extremo, el CEDH prevé que los derechos reconocidos en el Convenio se garantizan a todas las personas que se hallen bajo la jurisdicción de los Estados miembros (artículo 1 del CEDH). Se imponen pues a los Estados obligaciones con relación a los nacionales de terceros países, lo que va más allá de lo dispuesto en la legislación de la UE. El TEDH evidencia la tendencia a favor de la interpretación amplia de la titularidad del derecho a no ser discriminado por motivos racistas, incluida la nacionalidad. Incluso, en el asunto *Timishev c. Rusia* hace un intento por aclarar los conceptos:

“Ethnicity and race are related and overlapping concepts. Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human beings into subspecies according to morphological features such as skin, color or facial characteristics, ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked by common nationality, tribal affiliation, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds”¹⁴¹.

Desde esta perspectiva, se contempla un doble enfoque: por un lado, la noción de raza se asocia a los rasgos morfológicos, y por otro lado, la etnia se asocia al grupo social unido por la nacionalidad, la creencia religiosa o la lengua común. La distinción es

¹⁴⁰ El enfoque legislativo es diferente en el ámbito del Consejo de Europa. Se utilizan como instrumentos normativos principalmente el CEDH (artículo 14) y su Protocolo n.º 12, cuyo alcance es general puesto que prevé varias causas de discriminación, no solo la distinción por motivos étnicos o raciales.

¹⁴¹ STEDH, *Timishev c. Rusia*, de 13 de diciembre de 2005, n.º 55762/00 y 55974/00.

cuestionable dado que a efectos legales lo habitual es utilizar ambos términos indistintamente. Pero también lleva a concluir que el TEDH intenta avanzar en la identificación de los titulares del derecho y de su contenido, mientras que el TJUE actúa desde unos márgenes más restrictivos¹⁴². En este orden de cosas, resulta especialmente llamativo que en uno de los pocos casos planteados ante el Tribunal de Luxemburgo, este declarara la existencia de discriminación contra el grupo de población marroquí en Bélgica por las declaraciones hechas por el empleador de la *Firma Feryn* en torno a la contratación de trabajadores de este país. Podríamos inferir que los enfoques irán convergiendo.

Aún más, la norma de la UE concibe la discriminación bajo el modelo de los derechos individuales. Este rasgo se evidencia de manera clara en el artículo 7 (2) de la Directiva, a cuyo tenor las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas pueden iniciar “en nombre del *demandante* o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo”. Se plantea el dilema entre identificar a la víctima de manera individualizada o admitir el componente colectivo en la titularidad del derecho a la igualdad de trato. Esta cuestión aflora en el caso de la firma *Feryn* ante el TJUE dado que el empleador demandado anuncia públicamente que no contratará a “marroquíes”. El TJUE entra a examinar el asunto pese a que no identifica una víctima concreta y declara que el efecto práctico del anuncio es disuadir a un colectivo determinado, lo que ya implica discriminación. De esta manera, rebaja la exigencia legal de tener que reconocer a la víctima individualizada¹⁴³.

Tal vez la explicación de este planteamiento avanzado en el asunto *Firma Feryn* se encuentra en la propia filosofía que subyace a la Directiva sobre Igualdad Racial, que contiene elementos propios del Derecho europeo del trabajo. El énfasis que se pretende otorgar a la discriminación en el trabajo se refleja en el papel asignado a los actores sociales en la implementación de la Directiva¹⁴⁴. En esta línea, Bell se refiere a la Directiva como “el instrumento legal para la no discriminación en el empleo” con otras áreas como “sobreañadidas”¹⁴⁵. Justamente, el acento en la empleabilidad es el que lleva al TJUE a considerar en el asunto de la *Firma Feryn* que un colectivo de trabajadores unido por su nacionalidad se vea perjudicado.

En el aspecto relativo al desarrollo del contenido sustantivo del derecho, los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo han discurrido por caminos que apenas se acercan. El TEDH ha dado los primeros pasos, con sentencias relevantes como *Nachova c. Bulgaria*

¹⁴² Cabe matizar que aunque la Directiva 2000/43 ofrece una mayor grado de protección que la Directiva 2000/78, algunos de sus ámbitos materiales carecen de una nítida conexión con el Derecho de la UE. Por ejemplo, la Directiva 2000/43 alcanza ámbitos materiales como la educación o el acceso a la vivienda (artículos 3 (1) (g) y (h)) cuya vinculación con el Derecho de la UE debiera dilucidar el TJUE. En contraste con lo anterior, la prueba de la conexión con el Derecho del Consejo de Europa no se requiere en los mismos términos en lo que se refiere a las demandas ante el TEDH, de ahí que sus márgenes sean más amplios.

¹⁴³ BELL, M., *Racism and Equality in the European Union*, *op.cit.*, p. 80.

¹⁴⁴ Artículos 11 y 16 de la Directiva.

¹⁴⁵ BELL, M., “Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive” *European Law Journal*, vol. 8, n.º 3, pp. 384-399.

y *D. H. c. República Checa*, en las que desarrolla la teoría de la violencia por motivos racistas y afirma que la segregación en la escuela constituye un modelo discriminatorio, respectivamente. Incluso, dicho Tribunal hace referencias explícitas a la Directiva sobre Igualdad Racial aprobada en el seno de la Unión Europea.

Por el contrario, la primera nota característica del TJUE en esta materia es el escaso número de demandas recibidas, que obedece en primer término al tipo de funciones atribuidas a este órgano judicial. Este hecho coloca a los tribunales en situaciones difícilmente comparables, aspecto que obviamente se ha de tener en cuenta en el análisis. Con todo, el TJUE se muestra cauteloso a la hora de abordar la cuestión, como se pone de manifiesto en los asuntos *Firma Feryn* con dos aportaciones concretas y *Belov* con la desestimación de la cuestión prejudicial presentada por el organismo de igualdad búlgaro¹⁴⁶. Esto es llamativo cuando el propio TJUE ha reconocido expresamente que los tribunales de la UE deben tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH a la hora de interpretar los derechos fundamentales¹⁴⁷.

El divergente tratamiento normativo y jurisprudencial sobre la discriminación racial queda muy claramente reflejado en el fenómeno de la segregación de las comunidades gitanas. En Estados como Hungría, Eslovaquia, Bulgaria y la República Checa es habitual la segregación en las escuelas, entendida como la concentración de un grupo concreto de alumnos socialmente desfavorecido en determinados centros educativos. Aunque es una práctica conocida, y lo fuera también en el 2000, año en el que se aprueba la Directiva sobre Igualdad Racial así como la CDFUE, y en el que ya se prevé la adhesión de los Estados de Europa del Este a la UE, estos dos instrumentos no recogen la segregación como forma de discriminación (sí lo hace el CERD de manera expresa). El tribunal que realmente ha marcado una línea jurisprudencial pronunciada con relación a la protección de la población gitana, empujado por la ECRI, ha sido, sin duda, el Tribunal de Estrasburgo sobre la base del artículo 14 del CEDH.

A todo ello se suma la diferente naturaleza institucional y estructural de cada uno de los instrumentos normativos utilizados. Como es sabido por todos, el CERD procede de la Organización de las Naciones Unidas; el CEDH y su Protocolo n.º 12, del Consejo de Europa; y la CDFUE y la Directiva sobre Igualdad Racial obviamente se enmarcan en la UE. También, no obstante, las organizaciones se pertenecen entre sí. La UE y sus Estados miembros tienen cabida en el Consejo de Europa, al tiempo que los Estados miembros del Consejo de Europa la tienen en la Organización de Naciones Unidas. Pese a las vertientes heterogéneas, idealmente, insertar los elementos comunes de cada marco normativo en las orientaciones jurisprudenciales daría valor al conjunto. Un ejemplo de armonía se encuentra en la coincidencia entre el CERD y el TEDH en exigir a los

¹⁴⁶ Desde la perspectiva de la aplicación del principio, las dificultades se hallan sobre todo en dos motivos: en primer lugar, en el escaso número de demandas presentadas y en consecuencia de litigios y oportunidades de desarrollo jurisprudencial y en segundo lugar, en las dificultades del propio proceso probatorio.

¹⁴⁷ STUJE, de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij c. Comisión*, Asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P y C-254/99 P 2002, I-8375, apartado 274 y STJUE, de 29 de julio de 2006, *Comisión c. SGL Carbon*, C-301/04 P 2006, I-5915, apartado 43.

Estados estadísticas y datos desglosados sobre la discriminación racial. También en el consenso en lo que se refiere a la inversión de la carga de la prueba. Lo más llamativo, por el contrario, es que las referencias del TEDH a la Directiva sobre Igualdad Racial, aunque se dan, aún son escasas, y especialmente, la inexistente remisión del TJUE al CEDH y al Protocolo n.º 12.

En estos términos, los tres grandes marcos en los que se concentra el régimen relativo a la discriminación racial nos reenvían al problema recurrente sobre la articulación entre el orden internacional, el del Consejo de Europa y el de la Unión Europea. Coincide en los tres planos en que se trata de sistemas con una doble vertiente: por un lado, la compiladora de derechos y obligaciones, y por otro lado, la que institucionaliza un órgano competente para conocer y decidir sobre los asuntos en los que tales derechos y obligaciones se ven afectados. Con matices, el plano normativo es relativamente consistente en los tres órdenes; sin embargo, en el plano institucional (judicial especialmente) es donde puede aún cobrar más coherencia este principio y cuerpo de normas.

VIII. CONCLUSIONES: LA UTILIDAD DE CIERTOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Tras examinar el alcance y los estándares de los diferentes marcos jurídicos relativos a la discriminación racial en sus dimensiones universal y regional, cabe extraer, como primera conclusión, que en la actualidad sirven como marcos referenciales las contribuciones del Comité CERD y del TEDH, con aportaciones y jurisprudencia que innova y que se va intensificando, en contraste con la aún escasa jurisprudencia del TJUE, pese a las posibilidades que la CDFUE y la Directiva sobre Igualdad Racial ofrecen.

Más aún, el Comité CERD y el TEDH han abierto paso y consagrado dos grandes estándares jurisprudenciales sobre los que conviene prestar atención. Por un lado, la exigencia reiterada de que las autoridades públicas lleven a cabo una investigación efectiva ante todo indicio de discriminación. En segundo lugar, el valor probatorio de los datos estadísticos en los casos de discriminación indirecta se configura ya como un principio jurisprudencial. Esto tiene enormes implicaciones puesto que desplaza la carga de la prueba al Estado demandado, que tendrá que justificar de manera objetiva y razonable el porqué de la medida adoptada. A tales efectos, tanto el Comité CERD como el Tribunal de Estrasburgo se guían por el más estricto escrutinio y en consecuencia tienden desestimar la razonabilidad y proporcionalidad de las justificaciones aportadas por los Estados demandados. Por tanto, sirva como lección que toda medida que implique un trato diferenciado deberá ir acompañada de una sólida justificación. Por lo que se refiere al TJUE, el asunto *Firma Feryn* constituye un fuerte precedente en la misma línea jurisprudencial, que sin embargo, por el momento, permanece como un caso aislado de la jurisprudencia de Luxemburgo.

En contraste con lo anterior, la posterior Sentencia *Belov* del TJUE representa una oportunidad para entrar a examinar un caso de discriminación contra la minoría gitana que va más allá del ámbito del empleo. Fundamentando la Sentencia en la falta de legitimación del órgano de igualdad búlgaro para presentar una cuestión prejudicial y en contra de las Conclusiones de la abogado general, el TJUE desestima la cuestión formulada y no entra en el fondo del asunto.

También la CIJ desaprovecha la ocasión para avanzar en su interpretación sobre el principio general de no discriminación racial en la Sentencia sobre Objeciones Preliminares del *Caso relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia contra Rusia)*. El intento (fallido) de Georgia al invocar el CERD se encuentra con el impedimento del artículo 22 de dicha Convención y su extenso alcance procesal. Sobre la base de la cláusula compromisoria, la CIJ argumenta que no puede entrar en el fondo del asunto puesto que no existen pruebas que demuestren que las partes han llevado a cabo las requeridas negociaciones previas.

Con todo, pese a algunas oportunidades perdidas, desde una mirada prospectiva cabe pensar que corresponde a los tribunales europeos y al propio Comité CERD reforzar el principio de no discriminación racial con sólidos estándares como lo vienen haciendo desde la última década. En consonancia con esto, si la legislación interna de cada Estado dotara a los órganos nacionales de igualdad de un relevante elenco de competencias en materia de discriminación, tal y como se puede interpretar la Directiva sobre Igualdad Racial, dichos órganos probablemente empujarían a un mayor número de litigios internos. Esto, obviamente, brindaría más oportunidades al TEDH para pronunciarse en el caso de que, agotados los recursos en el ámbito nacional, las demandas siguieran su curso en Estrasburgo o ante el Comité CERD (si la cláusula del artículo 14 hubiera sido admitida por el Estado correspondiente en el último caso). A su vez, podría desembocar en el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos competentes que forzarían al TJUE a pronunciarse. Todo ello contribuiría a asentar el contenido esencial del principio antidiscriminatorio proclamado en los instrumentos examinados.

En el plano del desarrollo jurisprudencial, pueden considerarse las estrategias de litigación ya empleadas en el área de la discriminación de género, de la orientación sexual y de la edad. Se plantea como una conclusión en forma de sugerencia para un análisis futuro: cómo articular una estrategia para que, a través de un litigio, un caso concreto de discriminación racial ejerza una influencia determinante. En este sentido, habría que empezar por valerse de los estándares jurisdiccionales construidos (y en construcción) en el seno de los regímenes internacional y europeo, que son claramente permeables.