

IDENTIDAD ÉTNICA Y DIVERSIDAD LABORAL

ETHNIC IDENTITY AND WORKPLACE DIVERSITY

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

RESUMEN

Palabras clave: diversidad, discriminación, raza, etnia

La identidad étnica es un factor que las normas jurídicas, tanto nacionales como supranacionales, han incorporado expresamente como sustitución o alternativa al discutible criterio de la raza entre los que son elementos de diferenciación y de trato desfavorable prohibidos. La locución vigente es la de origen racial o étnico, si bien la referencia étnica tiene un mayor alcance al haber incluido a la raza como una de sus manifestaciones, lo que fuerza a realizar una distinción entre la discriminación por el origen racial y el origen étnico. Lo anterior lleva a la formulación del concepto de etnia como una construcción social determinada por un conjunto de elementos históricos, de tradición, usos, costumbres y cultura. La complejidad del concepto, y las dificultades de la prueba de su concreción han provocado una orientación jurisprudencial simplificadora que tiene como expresión más directa la identificación de la condición de extranjería como síntesis de un enfoque étnico, elevándola, junto con la xenofobia y el rechazo a las personas inmigrantes a una de las más actuales manifestaciones de la discriminación por razones étnicas. El análisis jurisprudencial de todo este proceso, así como de las manifestaciones concretas de este tipo de discriminación, particularmente de la que impacta en la dimensión laboral y de protección social, constituye uno de los ejes del presente trabajo.

ABSTRACT

Keywords: diversity, discrimination, race, ethnicity

Ethnic identity is a factor that legal norms, both national and supranational, have explicitly incorporated as a replacement or alternative to the questionable criterion of race among those elements of differentiation and unfavorable treatment that are prohibited. The current terminology is of racial or ethnic origin, although the ethnics reference has a broader scope since it includes race as one of its manifestations, which necessitates making a distinction between discrimination based on racial origin and ethnic origin. The above leads to the formulation of the concept of ethnicity as a social construct. The current terminology is of racial or ethnic origin, although the ethnic reference as a broader scope since it includes race of a one of it manifestations, determined by a set of historical elements tradition, practices, customs and culture. The complexity of the concept, and the difficulties in proving its concreteness, have led to a jurisprudentially simplified approach most directly expressed in the identification of foreign status as a synthesis of an ethnic perspective, elevating it, along with xenophobia and the rejection of immigrants, to one of de most current manifestations of discrimination based on ethnic grounds. The jurisprudential analysis of this entire process, as well as of the specific manifestations of this type of discrimination, particularly that which impacts the labor and social protection dimensions, constitutes one of the main focuses of the present work.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DOCUMENTOS REFERIDOS A LA RAZA Y/O ETNIA COMO FACTOR DE DIFERENCIACIÓN PROHIBIDO
3. EL ORIGEN RACIAL Y ÉTNICO: DEFINICIÓN
 - 3.1. La diferencia entre discriminación por raza o etnia
 - 3.2. Los elementos, factores o referentes que no contribuyen (o sí) por sí solos a la identificación de una etnia
 - 3.3. Conclusiones acerca de lo étnico como factor de discriminación
4. OTRAS AFIRMACIONES DE LA JURISPRUDENCIA ACERCA DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN ÉTNICO
5. CASOS DE DISCRIMINACIÓN ÉTNICA QUE AFECTAN A SUPUESTOS DE RELEVANCIA LABORAL EN SENTIDO EXTENSO
 - 5.1. La Sentencia del TEDH, de 18 de octubre de 2022, en el asunto Muhammad v. España
 - 5.2. La STJUE de 10 de julio de 2008, en el caso Feryn (Asunto C-54/07)
 - 5.3. La discriminación étnica en relación con el derecho a la pensión de viudedad
 - 5.3.1. Los antecedentes: la STEDH, de 8 de diciembre de 2009, en el Asunto Muñoz Díaz
 - 5.3.2. La Sentencia del Tribunal Supremo 294/2018, de 25 de enero
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El término diversidad está emparentado con los sinónimos de variedad y diferencia. Eliminada cualquier carga valorativa y aplicado a las personas desde un punto de vista individual, la diversidad constata las singulares características físicas, psicológicas, sociales, económicas, culturales e ideológicas propias de cada uno; es decir, todas las que colaboran en la conformación de la identidad de la persona como ser distinto, diferenciado y único. No obstante, hablar de individualidad no es equivalente a hacerlo de diversidad. Porque la diversidad requiere un elemento de comparación en la que uno de los polos lo constituye una característica o rasgo, o conjunto de ellos, que la cultura social dominante considera o califica de normal, habitual o estándar; y que, por lo mismo, llama diversos, con toda la carga crítica que esa calificación arrastra, a quienes no comparten, se apartan o son distintos respecto de todos o algunos de los elementos centrales que arrojan y dan cuerpo a esa imagen de la normalidad.

Pero lo relevante de la diversidad, y es la dimensión que aquí interesa tener en cuenta, es que también puede enfocarse desde una perspectiva colectiva o grupal, de manera que tales rasgos identificatorios y diferenciales se refieran a un conjunto, grupo o conglomerado de personas, siendo precisamente todos o algunos de tales rasgos los que constituyen la base del grupo, los factores centrales

de conexión entre sus miembros y las manifestaciones más directas y visibles de su singularidad como agrupación de personas.

Aunque, como se verá a lo largo del trabajo, la centralidad de los rasgos diferenciales que sirven para identificar y definir una etnia no siempre son producto de la historia, la evolución y la conciencia del colectivo, algo que es coherente con la etnia como construcción cultural, sino que vienen seleccionados e impuestos como referentes por el grupo social dominante, llevando incluso esa dominación a los textos normativos nacionales, tratándose entonces de casos que pueden calificarse como etnias por oposición o reflejo. De manera que la etnia se define en esta hipótesis en sentido negativo, es decir, no tanto por lo que es sino por lo que no es, como sucede típicamente con la condición de extranjero enfrentada a la de nacional.

Con carácter general, el repertorio de las características que pueden operar como elementos, a la vez de diferenciación y de cohesión entre los individuos y los grupos sociales, es amplio. Basta para ponerlo en evidencia su enumeración, hecha a partir de la recopilación de lo establecido en los diversos textos normativos y documentos, tanto nacionales como supranacionales, con el fin de constatar su existencia, subrayar su naturaleza positiva y articular instrumentos de defensa frente a tratamientos desfavorables o perjudiciales que, precisamente basados en ellas, no pueden sino incurrir en el calificativo de discriminatorios. Destacan así los rasgos físicos y la apariencia, el nacimiento, el origen nacional, geográfico o social, la raza o la etnia, el color, la edad, el sexo o las características sexuales, la orientación y la identidad sexual, la capacidad física y mental, el estado civil, los ingresos y la capacidad económica, la formación y la profesión, la lengua, la religión, la opinión, la ideología, las convicciones y las ideas políticas, las tradiciones, la cultura, el estado de salud o el patrimonio genético o, en fin, la carga y las responsabilidades familiares o de cuidado.

Como puede apreciarse, hasta los factores que tienen un contenido más individualista pueden alcanzar una dimensión colectiva en la medida en que se compartan por un grupo específico de personas que se manifiestan como grupo precisamente por reunir ese o esos rasgos que los identifican como colectivo. De aquí que se pueda hablar, por ejemplo, de hombres y mujeres, de jóvenes o personas o adultos mayores, de capacitados y discapacitados, de heterosexuales y homosexuales, de vascos, árabes o sudamericanos, de kurdos o gitanos, de nacionales o extranjeros, de ricos y pobres, de izquierdistas, progresistas, conservadores o partidarios de la ultraderecha, de francófonos o hispanoparlantes, de formados profesionalmente y cultos o de carentes de formación o ignorantes, de

religiosos y ateos o agnósticos, de católicos, musulmanes o budistas, de sanos y enfermos, de personas con o sin responsabilidades familiares, etc.

Cualquiera de estos rasgos, sobre todo los colectivos, al ser elementos con potencialidad diferenciadora, pueden ser utilizados como criterio distintivo sobre los que se base la diversidad, sea en un sentido positivo como expresión de la riqueza multicultural de las sociedades¹, o, más frecuentemente, con carácter negativo; es decir, para dar a quienes los portan un trato comparativamente peor, para impedirles el acceso a determinadas ventajas o beneficios o, más precisamente, para no atribuirles a estas personas frente a otras a las que se les reconoce por no tenerlos.

En síntesis, para discriminar a los primeros frente a los segundos; sea porque tales características se juzgan, conforme a una determinada visión ideológica, como negativas en sí mismas o porque con ese tratamiento diferencial se persigue precisamente obtener unas ventajas que el enfoque igualitario negaría o pondría en peligro. Aunque todo ello se base, cuando carecen de una justificación objetiva, proporcionada y solvente, en un prejuicio; con la consecuencia de ser un elemento de diferenciación que, salvo en casos muy excepcionales, debe ser irrelevante ya que tomarlo en consideración atentaría a la propia dignidad humana; concepto global del que forma parte el derecho a ser distinto o diverso.

Es en este contexto donde hay que analizar la identidad étnica que da título al presente trabajo, debiendo partirse de una diferenciación, que a menudo no se establece, entre raza y etnia. Sobre todo si se tiene en cuenta que las normas que pretenden poner coto a la discriminación, es decir, al tratamiento más desfavorable sin justificación objetiva, ha venido limitándose inicialmente, junto con otras referencias clásicas como el sexo o la discapacidad, a la raza como factor de discriminación prohibido para, a partir de un cierto momento a lo largo de

¹ En el sentido expuesto por Ruiz Vieytez, E.J., “Derechos Humanos y diversidad cultural: ¿un binomio inestable?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 39/2019, pp. 60 a 75, donde afirma que en democracia se exige asumir la existencia de un pluralismo cultural e identitario dentro de la sociedad y un grado de división y diversidad que debe ser respetado. Salvando, con flexibilidad y elasticidad jurídica, la tensión entre universalidad y diversidad mediante el respeto de las identidades de las minorías y de la naturaleza multicultural de las sociedades globalizadas. Finalmente, la diversidad obliga a releer los derechos humanos universales en clave inclusiva, es decir, sin barreras nacionales, y plural, esto es, sin obstáculos debidos a adscripciones culturales. Lo que choca con comportamientos en los que los derechos humanos se analizan desde una clave nacionalista, sometiéndolos al filtro de una interpretación generada por la mayoría social, afectando negativamente a la titularidad y al disfrute de tales derechos por quienes pertenecen a grupos culturalmente diferentes y minoritarios.

los años sesenta del pasado siglo, incluir junto a ella y en íntima asociación, a la cuestión étnica, bajo la ya habitual formulación dual de “origen racial o étnico”.

2. DOCUMENTOS REFERIDOS A LA RAZA Y/O ETNIA COMO FACTOR DE DIFERENCIACIÓN PROHIBIDO

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), proclamada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948, exigió, en su art. 2, la igualdad de trato para toda persona sin tener en cuenta alguno o varios de los factores ya clásicos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social y posición económica o nacimiento, añadiendo la coletilla de “o cualquier otra condición”. No hay, por tanto, ninguna referencia directa a la etnia como elemento prohibido de diferenciación, aunque pudiera entenderse comprendida, sea en la mención a la raza, sea en la cláusula general del último inciso citado.

Algo semejante puede decirse de los dos Pactos Internacionales del año 1966 (el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) los cuales, en sus respectivos artículos 2, establecen la obligación de respeto y de garantía de los derechos consagrados en sus textos y la prohibición de discriminación basada literalmente en algunos de los rasgos diferenciales enumerados en el art. 2 de la DUDH. Una referencia que se vuelve a encontrar en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 así como en el Protocolo nº 12 del Convenio, suscrito el 4 de noviembre del año 2000, dedicado específicamente a la prohibición de discriminación; y también en el Convenio 111 OIT (1958, ratificado por España en diciembre de 1968) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La misma falta de mención directa al factor étnico se encuentra en la Carta Social Europea (de 18 de octubre de 1961 y revisada el 3 de mayo de 1996) que recoge toda la gama de derechos laborales, ya sean individuales como colectivos, así como de protección social, y respecto de los que, junto al reconocimiento mismo de los derechos que abarcan todas las dimensiones desde el acceso al empleo u ocupación a la promoción, pasando por cualquiera de las condiciones de trabajo como salario, jornada, salud laboral, y también los derechos a la salud, la seguridad social, los servicios sociales y la asistencia social, reclama un tratamiento igualitario. Sin que pueda introducirse ningún trato desfavorable o discriminatorio por razón de sexo (en cuanto al acceso a la formación y orientación profesionales, al empleo o a la profesión y a las condiciones de desempeño del mismo o la misma), por tener responsabilidades familiares (en relación con el acceso y desempeño de un trabajo), por ser persona discapacitada (en cuanto a la orientación y formación profesional y al empleo), por ser trabajador migrante (en lo que hace a las condiciones de trabajo y los derechos colectivos). Finalmente,

la Parte V de la Carta Social recoge un artículo E, titulado precisamente como “No discriminación” en el que vuelve a reproducir la enumeración de factores contenida en el art. 2 de la DUDH, aunque a lo largo de su articulado puedan encontrarse referencias a otros más modernos como el embarazo, el estado civil, la edad de los trabajadores, o la pertenencia a una minoría nacional, considerados igualmente, y con carácter general, factores de distinción prohibidos.

Para acabar, hay que recordar que el art. 14 de la Constitución Española (CE), tras afirmar el principio constitucional de igualdad ante la ley, prohíbe un tratamiento discriminatorio por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; dentro las cuales puede incluirse sin duda el origen étnico, pero sin que exista en la norma constitucional una mención expresa a este factor prohibido de diferenciación.

No obstante todo lo anterior, ya en el Preámbulo de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial (aprobada por Naciones Unidas en la Asamblea General de 21 de diciembre de 1965), y sobre la base de la condena de toda discriminación por motivo de raza, color u origen nacional, se hace referencia al trato diferencial injustificado por estos motivos, pero sumando a los mismos lo relativo al origen étnico de las personas, incluyendo estos comportamientos como discriminación racial. Así lo señala el art. 1.1, donde define la discriminación racial como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje, origen nacional o étnico que tenga como resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad. Una referencia al origen étnico que se reitera en el texto, si bien tan estrechamente vinculada a la raza haciéndola aparecer como una de sus manifestaciones.

Por su parte, el Tratado de la Unión Europea (versión consolidada, DOUE de 30 de marzo de 2010) hace mención en su art. 2 a la protección de los derechos de las personas pertenecientes a las minorías, si bien es el art. 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada, DOUE de 30 de marzo de 2010) el que establece una prohibición general de discriminación por razón de sexo, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y también, por raza u origen étnico; lo que se repite en el art. 19. Y lo mismo sucede con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE de 18 de diciembre de 2000) cuyo art. 21 hace mención, entre los factores de discriminación prohibidos, a la raza, color y orígenes étnicos o sociales, añadiendo a los ya habituales los de características genéticas y pertenencia a una minoría nacional.

Finalmente, es 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, la que da carta de naturaleza

a la vinculación entre esos dos factores. Así, el Preámbulo de la Directiva, tras el rechazo tajante de las teorías que tratan de establecer la existencia de razas humanas y el compromiso de lucha contra el racismo y la xenofobia, se detiene en la necesidad de una política que combata la discriminación contra grupos como es el caso de las minorías étnicas, equiparando la discriminación basada en el origen racial con la de origen étnico y prohibiéndola en una serie de dimensiones o ámbitos que se recogen en el art. 3. De entre los que destacan los referidos al acceso y desempeño del trabajo y sus condiciones de todo tipo, incluido lo relativo al despido y la remuneración; al margen de la garantía de igualdad también en el terreno de la protección social.

Esta Directiva, junto con la más general 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, fueron traspuestas al ordenamiento español por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Así lo indica su art. 27 que se refiere a la igualdad de trato y no discriminación, “en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”; dedicando una sección (arts. 29 a 36) justamente a la discriminación por origen racial o étnico.

Así, además de referir el principio de igualdad, en las hipótesis de origen racial o étnico, a las materias de educación, sanidad, prestaciones y servicios sociales, vivienda y, en general, a la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios, el art. 34 se dedica específicamente a lo relacionado con el acceso al empleo, a la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, a las condiciones de trabajo, la promoción y la formación profesional, el acceso a la actividad por cuenta propia, al ejercicio profesional y a la incorporación y participación en organizaciones de este tipo. Incluyendo la legitimación de las medidas de acción positiva, así como la ya clásica traslación de la carga de la prueba en las demandas por discriminación en las que existan indicios fundados de este tipo de comportamiento. La Ley 63/2003 supuso también la modificación tanto de los arts. 4.2, c) y e), 16.2, 17.1 y 54.2 del entonces vigente Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), precisamente para incluir, entre otras, a la discriminación por origen racial o étnico².

Por otra parte y a raíz del art. 33 de la Ley 63/2003 se dispuso la creación por el Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, del Consejo para la Eliminación

² Y lo mismo hizo con normas como el art. 96 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral; los arts. 8.12 y 8.13 bis del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS); el art. 31.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; o el art. 63.1 del texto articulado de la Ley de

de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE) cuyo objetivo es promocionar el principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por origen racial o étnico en ámbitos como la educación y formación, la sanidad, el acceso a las prestaciones, servicios sociales, a la vivienda, al empleo y en general a cualquier bien o servicio. Sus funciones son, entre otras, asistir a las víctimas en sus reclamaciones, realizar estudios e informes y la promoción de medidas de favorecimiento de la igualdad. El CEDRE es el organismo de igualdad exigido por la Ley 63/2003 y así lo caracteriza su art. 42 tras la modificación introducida por la Ley 1%/2014, de 16 de septiembre. De racionalización del sector público.

La Ley 63/2003 ha sido sustituida por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuya característica central es ser, justamente, una norma en la que se incluye un amplio listado de factores o motivos de discriminación, incluyendo expresamente el origen racial o étnico, y refiriendo las medidas que contiene a todos los ámbitos desde el empleo al transporte, la educación, la publicidad o la cultura, pasando por la seguridad ciudadana o la administración de justicia. La norma da especial énfasis a las definiciones de discriminación, incluyendo la discriminación por asociación o por error y la múltiple e interseccional que, como se verá, es habitual en el supuesto de la discriminación por origen racial o étnico³. En todo caso, al tratarse de una norma general, sus numerosas previsiones, incluidas las procesales, organizativas e institucionales, están diseñadas en relación con cualquier tipo de discriminación, aplicándose por tanto también a la basada en el origen racial o étnico.

Lo que sí puede señalarse en relación con estas causas específicas de discriminación es la existencia de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)⁴ y sus Informes, pudiendo destacarse, respecto de España, el publicado el 27 de febrero de 2018⁵ en el que se vincula la discriminación por

Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero. Algunas de estas normas han sido sustituidas por las actualmente vigentes como el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, respecto del ET, el art. 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social o el art. 14, i) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) que mantienen las referencias al origen racial o étnico como factor de diferenciación laboral prohibido.

³ Marcela Mantel, M., “Etnogénesis, relatos de origen, etnicidad e identidad étnica: en torno a los conceptos y sus definiciones, *Análisis de Historia Antigua, Medieval y Moderna*, 51/2017, pp. 8-13; sobre estas variedades de la discriminación y sobre el concepto de la causa de origen racial o étnico, Lousada Arochena, F., Cabeza Pereiro J. y Núñez-Cortes Contreras, P., *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 285-287.

⁴ La ECRI es el organismo independiente de vigilancia de los derechos humanos del Consejo de Europa, fundado en 1993 y activo desde 1994. Está especializado en combatir el antisemitismo, la discriminación, el racismo, la intolerancia religiosa y la xenofobia, publicando informes periódicos sobre los Estados miembros del Consejo, así como recomendaciones de política general.

⁵ ECRI Secretariat Directorate General II - Democracy Council of Europe www.coe.int/ecri

razón de raza con la intolerancia y la incitación al odio, destacando la existencia de discursos y comportamientos intolerantes en relación con la raza, el color, el idioma o la nacionalidad, teniendo como objetivo colectivos los ciudadanos de origen Roma⁶, los afroamericanos y subsaharianos, y los nacionales marroquíes e integrando comportamientos xenófobos e islamófobos que reclaman medidas en el campo de la educación, la vivienda, la pobreza y la integración social.

En una línea similar pueden citarse 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 (DOUE de 6 de diciembre de 2008), con el objetivo de aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los países de la UE referentes a los delitos de carácter racista o xenófobo; la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2019, sobre los derechos fundamentales de las personas de ascendencia africana en Europa (2018/2899 (RSP); DOUE de 26 de marzo de 2021, C/108); o la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones acerca del Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2021-2027 (de 24 de noviembre de 2020; COM(2020) 758 final) centrada en el tratamiento igualitario e inclusivo de la población comunitaria inmigrante o con este origen.

Asimismo, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativo a la aplicación del Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020/2025 y a los planes de acción nacionales contra el racismo y la discriminación (Bruselas 25 de septiembre de 2024; COM(2024) 419 final 108/2). Documento que habla de la existencia de la discriminación racial a la que considera una lacra, incentivando la lucha contra la misma y promoviendo la no discriminación, la igualdad, la diversidad y el pluralismo. El Informe destaca los incidentes de discriminación respecto de las actuaciones policiales, la existencia de grupos violentos extremistas de derechas, la cuestión de las tendencias implícitas o sesgos en los algoritmos aplicables en materia de empleo, los problemas de segregación y exclusión social por motivos raciales o asimilados, así como las discriminaciones en el ámbito de la vivienda, la educación y la asistencia sanitaria.

También cabe citar, en fin, el Marco Estratégico de Ciudadanía e Inclusión, contra el Racismo y la Xenofobia (2023-2027)⁷. En este documento se insiste en la conexión entre racismo, xenofobia y otras formas asociadas de intolerancia que el propio documento concreta en el antisemitismo, el antigitanismo, la

⁶ Con la expresión origen Roma se hace referencia a las personas perteneciente a la comunidad gitana, pretendiéndose evitar la carga negativa del término gitano o gitana.

⁷ Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2023

islamofobia, rusofobia, chinofobia, u otras muchas fobias vinculadas con la inmigración, configurando un factor o elemento complejo en el confluyen, además y más allá de la raza estrictamente entendida, otras circunstancias habitualmente conectadas como la condición de extranjero o inmigrante, o con un específico origen nacional, practicante de una determinada religión o portador de una concreta cultura entendida en sentido amplio (p. 13). Según el documento, estas formas de racismo, basadas en prejuicios sin fundamento sólido, están arraigadas en las estructuras sociales, financieras y políticas, perpetuando los obstáculos en la vida de las personas que las sufren; de forma que la ideología racista tradicional ha sido sustituida por una ideología populista y xenófoba (p. 13). En cuanto al creciente carácter multicultural de la actual población española, el documento considera necesario eliminar la brecha de la desigualdad social y étnica; gestionar la creciente diversidad étnica desde una perspectiva intercultural; actuar contra el prejuicio étnico grupal, fuertemente arraigado y extendido en España (p. 14); garantizar la integración; y fomentar un modelo de acogida para las personas migrantes (p. 15).

Es importante subrayar que el documento se dirige a toda la población, aunque contempla particularmente a la población de origen extranjero, en particular mujeres migrantes, menores no acompañados, personas africanas y afrodescendientes, de origen asiático o de etnia gitana u otro origen étnico, o las personas con diferentes creencias o prácticas religiosas. Todo ello partiendo del rechazo a la existencia de razas al afirmar, como es habitual en el ámbito comunitario, que todos los seres humanos pertenecen a una misma y única raza; por lo que se habla de discriminación racial o étnica y no de raza. También se deja constancia de una situación de infra denuncia de las situaciones discriminatorias y de los delitos de odio cometidos por prejuicios racistas.

3. EL ORIGEN RACIAL Y ÉTNICO: DEFINICIÓN

Como ya se ha indicado, el punto de partida de la referencia al origen racial o étnico lo constituye paradójicamente el rechazo a la existencia de razas. Así lo hace la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, emitida por la UNESCO en el año 1978, en cuyo artículo primero se afirma que “todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen”; añadiendo, en el artículo segundo, que “toda teoría que invoque una superioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho a dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los principios morales y éticos de la humanidad”. Esta consideración, que se repite en todos los textos internacionales y comunitarios al respecto, se confirma en el considerando 6 de la Directiva 2000/43 cuando declara el rechazo de la UE “de las teorías que tratan de

establecer la existencia de las razas humanas”; lo que ha hecho que la referencia normativa exclusiva a la raza como factor de discriminación haya sido sustituida por la más matizada del “origen racial o étnico”.

3.1. La diferencia entre discriminación por raza o etnia

Lo anterior obliga, no obstante, a establecer la diferencia entre ambos orígenes e identidades. Una labor en la que puede destacarse la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de julio de 2015 (Asunto CHEZ, C-83/14) en relación con la aplicación de la Directiva 2000/43 respecto de la instalación de contadores eléctricos en los postes del tendido eléctrico aéreo a una altura de seis o siete metros en barrios urbanos poblados mayoritariamente por personas de origen gitano; mientras que, en otros barrios sin esta característica, los contadores permiten una fácil accesibilidad por parte de los usuarios.

Para dar solución a la controversia, la STJUE aborda la cuestión del concepto de “origen étnico” señalando que proviene de la idea de que existen grupos sociales que se identifican por una comunidad de nacionalidad, fe religiosa, lengua, origen cultural y tradicional y de entorno de vida”; lo que, sin duda, puede afirmarse de la comunidad gitana⁸. Esto es, un conjunto de referencias que confluyen para crear una identidad étnica diferenciada y que se articula sumando las aportaciones de distintas fuentes como el origen común o los antepasados biológicos, la lengua, las pautas culturales, las creencias, las normas, los usos, los modos de vida, los valores, la lengua y las tradiciones compartidas que hacen referencia a una concreta cosmogonía, creencias y prácticas religiosas. En conclusión, pues, la identidad étnica es un producto cultural complejo y polifacético que, basado en la genealogía común, la memoria histórica y los elementos culturales se apoya en un sentido de solidaridad grupal y en la conciencia individual de la pertenencia a un grupo así caracterizado⁹.

Lo étnico, en cuanto elemento identitario del grupo, conecta así la discriminación étnica con la complejidad que diferencia la formulación “el origen o la identidad étnica” de la mención exclusiva de la raza en sentido estricto, ya que esta se limita a una aproximación biológica que distingue, debido a determinados

⁸ Este es el planteamiento también en el recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2023 por la Comisión frente a Eslovaquia (Asunto C-799/23), donde lo que se plantea es un tipo de escolarización de niños gitanos en clases especiales para niños con discapacidad intelectual u otro tipo de discapacidad, donde se les imparte un plan de estudios limitado, segregándolos en escuelas separadas o clases aparte.

⁹ Olivero Guidobono, S., *Reflexiones pluridisciplinares en torno a la construcción de identidades*, Egregius, 2021, pp. 6-8; M. Marcela Mantel, cit. pp. 71-79. Esta concepción también se encuentra en el fundamento del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1989).

caracteres morfológicos, fisiológicos y psicológicos propios, a grupos de individuos frente a otros de su misma especie. El paso de la constatación de estos elementos fenotípicos a la afirmación de la correspondencia entre elementos físicos y caracteres intelectuales y morales es en lo que consiste el racismo. Que establece una frontera y diferencia en sentido negativo entre ellos y nosotros, justificando y normalizando la segregación y la imposición de pautas vitales por parte del grupo hegemónico, su supremacía jerárquica y la autoatribución excluyente de la pureza racial.

Todo lo cual caracteriza hoy la noción de raza y la aceptación acientífica de la existencia de varias de ellas (a partir de las cuatro clásicas: blanca o caucásica, negroide o africana, amarilla o mongólica y roja o amerindia) como una construcción de elementos identitarios basados en connotaciones históricas, prejuicios heredados y con una fortísima carga negativa¹⁰. En cambio, y frente al fundamento biológico de la raza, la etnia o el origen étnico tiene una relación más compleja y directa con la cultura, la identidad, la alteridad y la diversidad, presentándose como un valor positivo que expresa la multiculturalidad característica de las sociedades actuales, particularmente las más evolucionadas.

La STJUE CHEZ sostiene, por tanto, una interpretación muy general del concepto de origen étnico que remite a un amplio abanico de referencias que pueden servir para identificar un grupo o comunidad étnicamente diferenciado. Referencias que, tanto pueden existir todas, como solamente algunas, o incluso alguna exclusivamente; siempre que, en estos casos y mucho más en el segundo, los o el elemento o factores/factor de diferenciación tengan/a tanta relevancia como para permitir, solo a partir de ellos o de él, construir una agrupación o colectivo étnicamente diferenciado. Sin olvidar que, del conjunto de esas referencias, unas pueden ser consideradas por sí mismas como factores singulares de discriminación, mientras que otras carecen de esa connotación. Y que no todas tienen que existir a la hora de definir la etnicidad porque la enumeración de las mismas se hace presidida por la idea de que se trata de una enumeración no exhaustiva ni exigente en todos sus términos.

Así lo indica, por ejemplo, la STEDH, de 22 de diciembre de 2009 (Asunto Sejdic y Finci contra Bosnia-Herzegovina), respecto de la alegación de dos ciudadanos bosnios, de origen romaní y judío respectivamente, de ser objeto de una discriminación por origen étnico, al impedírseles concurrir a las elecciones de la Cámara de los Pueblos y presidenciales de Bosnia-Herzegovina. Impedimentos que se fundamentan en normas constitucionales del país y el Acuerdo de Paz de Dayton que afrontaban con reglas singulares el equilibrio entre los que llama

¹⁰ Domínguez Chevira, C.T., Sandoval Gutiérrez, F. e Isla Salinas, P., “Sustitución del término raza por etnia, un intento de buena voluntad fallido”, *Estudios la Lambda. Teoría y práctica de la didáctica de la lengua y literatura*, 6/2021, pp. 26 y ss.

pueblos constituyentes (bosníacos, croatas y serbios) y que impedían la elección de ciudadanos que no tuvieran uno de tales orígenes étnicos, considerando, dadas la singular situación política del país, que estas limitaciones eran legítimas, objetivas y proporcionales.

La STEDH, teniendo en cuenta las abundantes críticas que la diferenciación anterior ha provocado en todo tipo de instituciones internacionales y europeas, afirma, de una parte y un tanto llamativamente, que “el origen étnico y la raza son conceptos análogos”. Si bien especificando que “mientras que el concepto de raza tiene su origen en la idea de una clasificación biológica de los seres humanos en subespecies basándose en características morfológicas tales como el color de la piel o los rasgos faciales”, por el contrario, “el origen étnico procede de la idea de que los grupos sociales se distinguen especialmente por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, lengua, origen cultural y tradicional y entorno”. Concluyendo, un tanto sorprendentemente que “la discriminación basada en el origen étnico de una persona constituye una forma de discriminación racial”; cuando, la diferenciación racial (o, mejor, hecha sobre una connotación de origen racial) puede considerarse, si acaso y no siempre lo es, como uno de los elementos de la etnicidad.

Sobre esta cuestión se pronuncia el 13 de febrero de 2025 la Abogada General en sus conclusiones en el Asunto Boligselskab (C-47/23)¹¹ en las que aborda la diferenciación entre lo racial y lo étnico aceptando que la utilización indistinta, conjunta e intercambiable de los términos étnico y racial pudiera ser el resultado de excluir a la raza como criterio individualizado, al no reconocerse la existencia de una división racial. De aquí que las normas recurran a la mención de la raza precediendo al origen étnico, o incluso, agrupando ambas discriminaciones bajo la referencia más cercana a lo étnico como es la del origen racial o étnico. Para finalizar desplazando el objetivo de lo racial a lo étnico, al hacer a la raza, aunque sea como habitualmente es concebida, una de las posibles características de una discriminación por razones étnicas. Como indica la Abogada General, la expresión “origen étnico” o “etnia” son “un constructo social, es decir, una percepción en una sociedad determinada de la existencia de un grupo reconocible como diferente sobre la base de determinadas características socioculturales, como la

¹¹ Conclusiones que pueden obtenerse acudiendo a la página <https://curia.europa.eu/jurist/document>

lengua, la literatura, la música, las costumbres u otros elementos similares.”; el color también, entre ellos.

3. 2. Los elementos, factores o referentes que no contribuyen (o sí) por sí solos a la identificación de una etnia

La calificación de un tratamiento desfavorable prohibido por razones derivadas del origen étnico se encuentra en la STJUE de 10 de julio de 2008, en el caso Feryn (Asunto C-54/07) en la que se discute si lo es una declaración pública de una empresa danesa, especializada en la venta y la instalación de puertas basculantes y seccionales, en el sentido de que no contratará a personal extranjero en general. Afirmación que la STJUE considera que materializa una discriminación por razones de origen racial o étnico, pese a la justificación de la empresa de que esta declaración se debe a las reticencias de la clientela a permitirles acceder a su domicilio privado durante la ejecución del trabajo. En el caso, la STJUE identifica, sin mayor dificultad, aunque de forma muy superficial y discutible, esta exclusión de los trabajadores extranjeros con un tratamiento diferencial por razones étnicas. Así, lo sostiene en el caso asimilando la discriminación de todos los extranjeros con la hecha por motivos raciales o étnicos, y bastando esa referencia para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria.

La extranjería, por tanto, puede ser, desde el punto de vista del TJUE un elemento único que permita basar en él una hipotética discriminación por razones étnicas; es decir, que, cuando se alega discriminación étnica, este elemento puede proporcionárselo un único factor como es la condición de extranjero. Si bien, como se indicará ahora, esta relevancia exclusiva de la condición de extranjero como factor de diferenciación de naturaleza étnica obedece a la actual expansión y al crecimiento de planteamientos y comportamientos xenófobos vinculados al racismo y que, de forma general, tienen como referente negativo a la población inmigrante y que se manifiestan en comportamientos intolerantes y sentimientos de odio¹² tanto global (xenofobia) como respecto de determinados colectivos o conjuntos de personas que pueden calificarse como etnias a los efectos de la prohibición de discriminación. Es el caso del antisemitismo, de antigitanismo, de la islamofobia, la rusofobia o la chinofobia; o de grupos caracterizados por

¹² Sobre el tema del discurso de odio, cfr. M.J. Gómez Romero, “El discurso de odio y la protección de derechos fundamentales. Un análisis de su efectividad e impacto en el ámbito laboral”, *Cuadernos de Res Pública en Derecho y Criminología*, 3/2024, pp. 96 y ss.

su origen racial y nacional como sucede en España con la población Roma, los afroamericanos, los subsaharianos o los marroquíes¹³

De una forma más matizada, y en alguna medida contraria, se pronuncia acerca de esta cuestión la STJUE, de 6 de abril de 2017, en el caso *Jyske Finans* (Asunto C668/15), en un supuesto de la petición por parte de una entidad de crédito de una prueba de identidad adicional consistente en una copia del pasaporte o del permiso de residencia a las personas que soliciten un préstamo para la compra de un automóvil y se identifiquen mediante un permiso de conducir que indique un país de nacimiento que no sea Estado miembro de la Unión Europea ni de la Asociación Europea de Libre Comercio»; aunque, como sucede en el caso, el afectado sea una persona nacionalizada danesa. Lo que plantea si la diferenciación no justificada por país de nacimiento constituye o no una discriminación por el origen étnico; o, como se pregunta la STJU, si “el país de nacimiento debe considerarse directa o indisolublemente ligado a un determinado origen étnico”.

A este respecto, la STJUE recuerda que el concepto de «origen étnico» proviene de la idea de que los grupos sociales se identifican en especial por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida”. Y es cierto que, aunque el país de nacimiento de una persona no figure en esta lista de criterios, hay que señalar que, en la medida en que tal lista viene introducida por una frase introductoria que hace mención a determinados criterios, recurriendo para nombrarlos a la referencia a que son los factores esenciales o característicos, eso significa que la mención no es exhaustiva por lo que no se excluye que el país de nacimiento pueda figurar en ella.

Si bien el TJUE añade que, en todo caso, solamente sería uno de los factores específicos que permitirían concluir que una persona pertenece a un grupo étnico, sin ser en modo alguno decisivo a este respecto ya que el país de nacimiento no puede sustituir, de modo total y absoluto, al conjunto de criterios a los que se hace referencia con la mención a la etnia. Y ello porque, como también dice la STJUE, “un origen étnico no puede determinarse basándose un único criterio, sino que, por el contrario, debe basarse en un conjunto de circunstancias, algunas de las cuales son de naturaleza objetiva y otras de naturaleza subjetiva”; entre otras

¹³ Así lo ponen de manifiesto tanto el Informe de la ECRI de 2018 como la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativo a la aplicación del Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020/2025 y a los planes de acción nacionales contra el racismo y la discriminación y el Marco Estratégico de Ciudadanía e Inclusión, contra el Racismo y la Xenofobia (2023-2027) diseñado por el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, citados en el epígrafe anterior.

razones porque no cabe presumir que por cada Estado soberano exista un único origen étnico.

El rechazo a que la diferencia injustificada basada en la nacionalidad baste para predicar la existencia de una discriminación por etnia u origen étnico se encuentra en la STJUE de 24 de abril, en el caso Kamberaj (Asunto C-571/10)¹⁴, respecto de un nacional albanés con residencia y empleo estable en la provincia autónoma de Bolzano (Italia) que ve denegada su solicitud de ayuda a la vivienda para el año 2009, motivada por el agotamiento del presupuesto aprobado por la Provincia autónoma para la concesión de dicha ayuda a los nacionales de países terceros; mientras que los nacionales daneses en la misma situación social y reuniendo los mismos requisitos, no ven rechazada su solicitud con el argumento de la carencia o el agotamiento de los fondos. Causa de denegación, pues, que solo se aplica a los no nacionales. La STJUE rechaza que una diferencia por motivo de nacionalidad sea constitutiva de una discriminación por razones étnicas, insistiendo en la idea de la mayor complejidad, densidad y variedad de los rasgos que permiten identificar un concreto origen étnico.

En esta línea, se pronuncia también la STJUE de 15 de abril de 2021, en el caso Braathens Regional Aviation AB (Asunto C-30/19) respecto de un pasajero de origen chileno residente en Estocolmo (Suecia) que disponía de una reserva para un vuelo interno en Suecia, operado por la compañía aérea Braathens, y que fue sometido a un control de seguridad adicional por decisión del comandante de la aeronave, al asociarlo con una persona de origen árabe. Distinción por el aparente origen árabe del pasajero que, además de constituir otra variedad técnica de discriminación con es la directa por percepción, constituye, sin duda y dada la complejidad de referencias que la atribución de dicho origen implica, una discriminación por razón del origen étnico. Y que, al colocar a dicho pasajero en una situación de desventaja por razones ligadas a la apariencia física y al presumible origen étnico, tratándolo de manera menos favorable que a otros pasajeros en una situación comparable, puede constituir una discriminación por razones étnicas.

Por último, hay que tener en cuenta las conclusiones de la Abogada General, presentadas en febrero del año 2025, en el Asunto Boligselskab (C-417/23), a las que ya se ha hecho referencia, relacionado con unos planes urbanísticos de reconversión de barrios, denominados en la ley como sociedades paralelas (aunque anteriormente se identificaban como guetos) que permiten la finalización de los contratos de arrendamiento para liberar y regenerar la zona urbana afectada, generando en sus habitantes un riesgo de pérdida de la vivienda. Riesgos que no padecen los habitantes de otros barrios, incluso si caracterizados por los mismos

¹⁴ M. Palomares Herrera, “Análisis de la Sentencia del TJUE Kamberaj contra el Istituto per l’Edilizia Sociale de Bolzano: una perspectiva desde las resistencias a las tutelas multinivel de los derechos humanos, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 30/2023, pp- 107 y ss.

rasgos de bajo nivel educativo, delincuencia y pobreza. Esto es así ya que las medidas descritas solamente se aplican en los barrios en los que “más del 50 por 100 de su población la conforman ciudadanos extranjeros”. Dibujando una línea divisoria, no desde el punto de vista de la nacionalidad sino distinguiendo entre occidentales y no occidentales y estableciendo las listas de países que pertenecen a uno u otro grupo. De forma que los no occidentales serían algunos países europeos como Albania, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Kosovo, Macedonia, Montenegro, Serbia, Rusia, Ucrania, y Yugoslavia; y también Turquía, todos los países de África, Sudamérica, Centroamérica, Asia y Oceanía, salvo Australia y Nueva Zelanda.

Sostiene la Abogada General que “cabe entender que el concepto “origen étnico” se refiere a la percepción de una persona o de un grupo de personas como extraños”, marcando una división entre nosotros y ellos, donde “la línea divisoria depende de determinadas características físicas y socioculturales, o, cuando menos, de la percepción de que tales características son diferentes”. Como puede apreciarse, este criterio, que marca una deriva clara en sentido simplificador respecto de las referencias que han de existir y usarse en cuanto a la materialización de la causa de origen racial o étnico, ya que, si bien la naturaleza étnica de una discriminación no puede basarse solamente en el país de nacimiento, puede hacerlo, no tanto con la nacionalidad, sino con su reverso negativo como es la extranjería o la condición de extranjero o inmigrante. La ampliación y elasticidad del concepto de lo étnico es evidente.

Para la Abogada General, la división entre occidentales y no occidentales hace a estos un grupo diverso desde el punto de vista étnico; que se identifica negativamente como el que carece de determinadas características étnicas del grupo con el que se compara (en este caso, los occidentales). Lo que permite así encontrar la etnicidad en los rasgos que identifican, más allá de la nacionalidad o el país de nacimiento, al colectivo o grupo al que no pertenecen los no occidentales; con lo que es posible asociar la condición de occidentales a una etnia, la más favorecida, y haciendo que el tratamiento sea desfavorable a los no pertenecientes a la etnia dominante. Que, en sí mismos, no puede entenderse que constituyen una única etnia ya que pueden tener orígenes y nacionalidad diferentes, siendo lo que los vincula y los constituye como grupo es la condición de extranjeros desde el punto de vista del país que establece el tratamiento diferencial.

3. 3. Conclusiones acerca de lo étnico como factor de discriminación

Como ha podido comprobarse, el concepto de lo étnico, partiendo desde una consideración global incluye variadas referencias caracterizadoras (origen, nacionalidad, lengua, religión, cultura y costumbres, instituciones y normas) cada una de las cuales aporta elementos de identificación colectiva. Pero tales rasgos no

solo concurren acumulativamente, sino que interactúan y se condicionan mutuamente hasta generar un factor de discriminación más global en el que pueden estar presentes todos o muchos de los mencionados de forma interrelacionada, generando así a la etnia como una categoría distinta, singularizada precisamente por esa interseccionalidad.

No obstante y debido al hecho mismo de tratarse de un factor de diferenciación complejo y no demasiado preciso frente a los que mencionan un rasgo concreto como la raza, la edad, la capacidad, el sexo, la religión, la opiniones políticas o sindicales, etc., es habitual que la argumentación a favor de la existencia de una discriminación se decante por centrarse en alguno de estos rasgos, o eventualmente por alegar la existencia de una discriminación múltiple basada en la concurrencia separada de algunos de ellos. De aquí la escasez de alegaciones pretendiendo la declaración de la existencia de una discriminación por motivos u orígenes étnicos frente a las que se destacan por esgrimir un solo y más preciso elemento de diferenciación (color, sexo, edad, discapacidad, etc.).

Este panorama empieza a alterarse desde el momento en que se acepta que la discriminación por etnia u orígenes étnicos puede afirmarse sobre la base de un solo elemento de diferenciación. Aceptado que ni el país de nacimiento ni la nacionalidad pueden ser esos factores, se produce no obstante un movimiento en línea con la aceptación de que la condición de extranjero o no nacional puede ser por sí misma constitutiva de una discriminación por orígenes étnicos, en la medida en que establece una diferencia, con sus consecuencias ventajosas y desfavorables para según que grupo étnico se tenga en consideración.

Ser extranjero o inmigrante (o nacido o no en el país, o no nacional) acaba siendo, por tanto, un elemento identificador negativo de carácter étnico, condición que le viene dada más por el grupo excluyente que por el excluido. De esta forma, “los demás” son no nacionales, no occidentales y, por tanto, no partícipes de un clima cultural, religioso, ideológico y social, propio de sus oponentes, los que sí son nacionales u occidentales. De tal manera que el grupo discriminado no tiene por qué ser necesariamente homogéneo desde el punto de vista étnico, aunque el trato más desfavorable se base, precisamente, en el origen étnico del sujeto. Hay que tener en cuenta, además, que la clasificación entre nacionales y extranjeros y la atribución de un trato diferente a uno u otro grupo conlleva la carga de una estigmatización social, “al atribuirse a los miembros de un grupo étnico características que son socialmente reprochables (como señala la Abogada

General en el caso Boligselskab) únicamente por su condición de miembros de dicho grupo, o ser percibidos como tales”¹⁵.

Esta deriva, que centra en la condición de extranjero o inmigrante el elemento de cohesión del grupo, conecta con un fenómeno actual como es el incremento del racismo, pero vinculado al rechazo del extranjero. De aquí la relación habitual entre racismo y xenofobia, caracterizada por el recelo, la hostilidad, el rechazo e incluso el odio hacia el extranjero. Algo que ya aparece ya en la propia Directiva 2000/43 o en el Marco Estratégico de Ciudadanía e Inclusión, contra el racismo y la xenofobia (2023-2027), elaborado por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Se trata de una mecánica según la cual los nacionales o no extranjeros funcionan como un grupo étnico mayoritario que domina el espacio territorial del país sobre la base de un específico concepto de normalidad que considera intrusos a los extranjeros a los que considera una amenaza frente a los no extranjeros o nacionales detentadores del monopolio del poder social¹⁶. De ahí que dicho grupo mayoritario recurra a comportamientos de rechazo de la etnización como defensa, conservación y adaptación o reelaboración del acervo cultural de la etnia de que se trate y de exclusión de los beneficios y ventajas que se reservan a los nacionales, practicando además una política de absorción o de pérdida de identidad de tales etnias¹⁷. Frente a ello, la conciencia de que la

¹⁵ Un ejemplo de lo que se dice se encuentra en las frecuentes declaraciones de representantes políticos de inspiración fuertemente xenófoba, en las que el tratamiento igualitario de los extranjeros no solamente requiere la condición de legalidad de su estancia en el país, sino que, además, exige la adaptación, o más aún, la asimilación como propia de la cultura y los modos de actuación de la sociedad de destino. Lo anterior constituye una manifestación evidente de la falta de respeto al origen étnico de los extranjeros, cualquiera que este sea, a quienes, para recibir un trato igual, se les impone la renuncia a los propios rasgos étnicos. Lo que es, justamente, una evidencia a favor de la existencia de un trato discriminatorio por razón étnica al obligar, y controlar, que los extranjeros, aun siéndolo por nacimiento, origen o nacionalidad, renuncien a elementos propios de su identidad étnica, intercambiándola, como peaje a pagar por dicho trato igualitario, por la identidad étnica del grupo de los no extranjeros.

¹⁶ La manifestación más clara del temor atávico al extranjero se encuentra en la teoría del llamado “gran reemplazo” o “gran sustitución”, conforme a la cual la población blanca cristiana europea en general está siendo sistemáticamente reemplazada por pueblos no europeos, más concretamente árabes, bereberes, norteafricanos, subsaharianos y otros, debido a la inmigración masiva descontrolada, el superior crecimiento demográfico de esos grupos y el descenso de la tasa de natalidad europea. Como ejemplo más típico de este pensamiento, aunque no único, es la consideración de la presencia de musulmanes en Francia como un peligro potencial de destrucción de la cultura y la civilización francesas.

¹⁷ Un ejemplo de lo que se dice se encuentra en las frecuentes declaraciones de representantes políticos españoles de inspiración fuertemente xenófoba, para los que el tratamiento igualitario de los extranjeros no solamente requiere la condición de legalidad de su estancia en el país, sino que, además, exige la adaptación, o más aún, la asimilación como propia de la cultura y los modos de actuación de la sociedad española. Lo anterior constituye una manifestación evidente de la falta de respeto al origen étnico de los extranjeros, cualquiera que este sea, a quienes, para recibir un trato igual, se les impone la renuncia a los propios rasgos étnicos, culturales o religiosos. Lo que es,

realidad de muchos países occidentales, incluido obviamente España, es multicultural y poliétnica, expresiva por tanto de una diversidad que concentra distintos modelos de identidad étnica que deben convivir y ser compatibles. Como así lo exige el respeto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas y, en consecuencia, el reconocimiento a las mismas de iguales derechos y obligaciones que a los que no son extranjeros, constituyendo una de las señas de identidad de las sociedades democráticas¹⁸.

4. OTRAS APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA ACERCA DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN ÉTNICO

En lo que se refiere al ámbito material de aplicación de la Directiva 2000/43, se ha dicho antes y conviene insistir ahora en la amplitud de lo establecido en su art. 3, donde se señala que: “Dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos”. Y en relación con un listado de materias en las que figuran desde las más directamente laborales o profesionales, hasta otras con una relación indirecta con las mismas como la orientación y la formación profesional, o, en fin, otras variadas como la protección social, incluyendo la seguridad social y la asistencia sanitaria, cualquier ventaja social, la educación o el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de estos, incluida la vivienda.

Así lo recoge el art. 3 de la Ley 15/2022, donde se relacionan con detalle y mayor amplitud los ámbitos de aplicación de la Ley (que incluye, como se ha dicho ya, lo referido a la discriminación por origen étnico) abarcando temas laborales y profesionales en sentido amplio, protección social en todas sus dimensiones, educación, sanidad, transporte, cultura, seguridad ciudadana, administración de justicia, publicidad, medios de comunicación y aplicaciones móviles, inteligencia artificial y gestión masiva de datos, internet, redes sociales y servicios de la sociedad de la información, actividades deportivas, el acceso y permanencia en establecimientos o espacios abiertos al público, el uso de la vía pública y la estancia en la misma, o, en general, el acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar. Todo lo cual se manifiesta en los

justamente, una evidencia a favor de la existencia de un trato discriminatorio por razón étnica al obligar, y controlar, que los extranjeros, siéndolo por nacimiento, origen o nacionalidad, renuncien a elementos propios de su identidad étnica, intercambiándola, como peaje a pagar por dicho trato igualitario, por la identidad étnica del grupo de los no extranjeros.

¹⁸ Sobre estos temas, Argenta del Castillo Sánchez, F.J., “Identidad étnica e interculturalidad”, Publicaciones 34/2024, pp. 95 y ss.

temas acerca de los cuales han versado las resoluciones judiciales que se vienen comentando.

Volviendo a la STJUE del Asunto CHEZ, de ella se derivan conclusiones importantes que, al margen de que puedan entenderse aplicables en otros tipos de discriminación, han de tenerse en cuenta en todos los casos en los que se discuta sea la discriminación étnica. Como son que: a) la discriminación por el origen étnico puede afectar a personas que no tengan ese origen pero que sufran junto con las que sí lo tienen el trato menos favorable o la desventaja particular derivada de la medida empresarial adoptada, en cuanto que la Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas sino en función de los motivos en los que se basan determinadas normas, reglas o comportamientos; b) el trato menos favorable rechazable no es solamente el que cause un perjuicio directo o indirecto a derechos o intereses legítimos, sino cualquier discriminación, directa o indirecta, por motivos de origen racial o étnico, que cause objetivamente un perjuicio sin que sea necesario que afecte a derechos o intereses legítimos; c) el trato menos favorable y perjudicial ha de deberse, total o parcialmente, al hecho de que afecta a un determinado grupo étnico, siendo suficiente que este origen haya influido en la decisión de establecer dicho trato.

Desde un punto de vista más procesal, se ha consolidado, incluso legalmente (arts. 8 de la Directiva 2000/43 y 30 de la Ley 15/2022) el criterio de la inversión o traslado de la carga de la prueba a partir de la demostración por parte de los afectados de los síntomas o indicios que hagan razonable la sospecha acerca de la existencia de la discriminación rechazada. Algo que ya se suscitó en la STEDH, de 6 de julio, de 2005, en el caso Nachova, que es la primera dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos respecto de la existencia de una discriminación por raza o etnia, y que versó sobre el caso de la muerte de dos militares conscriptos búlgaros de origen Roma, por disparos del jefe de un grupo de policías militares que los perseguía por desertión, sin que por su parte existiese oposición armada sino solamente un intento de fuga. Dejándose constancia de la expresión proferida por el autor de los disparos consistente en “malditos gitanos”.

Centrándose el núcleo de la STEDH en el tema de la carga de la prueba, se decanta no obstante por la más restrictiva de las posiciones, y gravemente limitadora de la posibilidad de obtener una resolución que reconociera la existencia de la discriminación, como es la de sostener que los supuestos perjudicados por la discriminación hayan probado más allá de una duda razonable la existencia de la misma. No aceptó así el TEDH lo que más tarde se ha convertido en regla general del tema probatorio en los supuestos de discriminación, como es el que es al Estado al que le corresponde demostrar que el tratamiento desigual y negativo obedece a motivos razonables, una vez que por parte de los perjudicados se han aportado

indicios (síntomas, manifestaciones, probabilidades o sospechas) fundados de su existencia. Mucho más si, por parte del Estado, no ha habido una investigación eficiente del caso de discriminación en conflicto. Lo cierto, sin embargo, es que la STEDH, aunque se refiere marginalmente a la motivación étnica del acto discriminatorio, su razonamiento se basa esencialmente en la consideración de que se trata de una discriminación racial o por raza; considerando que tal perjuicio racista puede subyacer en la referencia a la comunidad gitana, cuyos elementos prioritarios de singularidad no son sin embargo propiamente raciales¹⁹.

En cuanto a la posible justificación objetiva del trato diferencial aplicado por la empresa, ésta ha de basarse en pruebas sólidas y convincentes que permita concluir que se funda sobre factores objetivos ajenos a cualquier discriminación basada en el origen racial o étnico, debiendo tratarse en todo caso de limitaciones proporcionales y ponderadas que, además, han de interpretarse de forma muy restrictiva. Sostiene así el TEDH en el Asunto Sejdic y Finci contra Bosnia-Herzegovina (diciembre de 2009) que, cuando una diferencia de trato se basa en la raza, el color o el origen étnico, la noción de justificación objetiva y razonable debe interpretarse de la forma más estricta posible. E incluso considera, tajantemente, que “en una sociedad democrática contemporánea basada en los principios de pluralismo y de respeto por las distintas culturas, no hay posibilidad de justificación objetiva en ninguna diferencia de trato basada exclusivamente o de manera determinante en el origen étnico de una persona”. Concluyendo para el caso que juzgaba que “el mantenimiento de la imposibilidad de los demandantes de concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia-Herzegovina y a la presidencia no se basa en una justificación objetiva y razonable y, en consecuencia, es contrario al artículo 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo núm. 1” (del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

5. CASOS DE DISCRIMINACIÓN ÉTNICAS QUE AFECTAN A SU PUESTOS DE RELEVANCIA LABORAL EN SENTIDO EXTENSO

El propio título de este apartado evidencia dos cosas: una, que las controversias en las que se dictamina acerca de la discriminación por causas de origen étnico son muy escasas en general. Lo que es debido a la mayor complejidad de la demostración de la existencia de un motivo étnico en el que se base la diferencia, para lo que es preciso recurrir a una construcción social como es la noción de etnia y no a un dato fáctico más fácilmente identificable; y, desde el punto de vista contrario, a la mayor facilidad de prueba en los casos en que se

¹⁹ P. Palacios Zuloaga. “Hito y retroceso en la Violencia Racial bajo el Sistema Europeo de Derechos Humanos: el caso Nachova y otros v. Bulgaria”, *Anuario de Derechos Humanos 2006*, pp. 133-137.

alega discriminación por uno varios factores concretos como el sexo, la edad o la discapacidad.

De lo anterior se justifica la deriva simplificadora del concepto de etnia que se ha destacado antes al aceptar que exclusivamente un rasgo, y aun este solamente étnico de forma refleja, basta para considerar la existencia de una discriminación motivos étnicos como es el caso de la condición de extranjería; así lo han declarado, como se ha recordado, algunas resoluciones jurisprudenciales. Lo que, siendo sensible al crecimiento de supuestos en los que se establecen diferencias entre los nacionales y los extranjeros, supone un paso más hacia la vinculación o práctica identidad de la noción de extranjero con la de emigrante, convirtiendo a la xenofobia en una hipótesis en la que se mezclan, junto a la condición común de extranjeros, conceptos, valores y culturas diferentes cuya diversidad o pluralidad es en sí misma la demostración de que, cuando se discrimina por ser extranjero o inmigrante, lo que se está discriminado es la propia variedad de las culturas que confluyen en esa condición y, sobre todo, su diversidad en relación con la dominante en la sociedad a la que se adscriben en calidad de extranjeros. Dicho lo anterior, de las escasas resoluciones judiciales de las que pudiera derivarse alguna consecuencia en el ámbito laboral y de la protección social, se pueden destacar, y se analizarán, algunas que versan sobre: a) la identificación policial y la persecución de los posibles inmigrantes ilegales; b) el proceso de selección y de contratación de los trabajadores; y, c) la obtención o no de una pensión de viudedad por parte de miembros de una concreta comunidad étnica como es la gitana.

5.1. La Sentencia del TEDH, de 18 de octubre de 2022, en el asunto Muhammad v. España

El asunto versa sobre un control de identidad efectuado por la policía en la vía pública a una persona, residente en España desde el año 2005, titular de un permiso de residencia de larga duración que le da el derecho a residir y trabajar en España sin límites en cuanto a su duración. El demandante, junto con un amigo, ambos de origen y nacionalidad paquistaní, fueron interpelados en la vía pública por la policía nacional mientras circulaban por una calle de Barcelona en la que, al parecer, los robos al tirón son relativamente frecuentes. Según el afectado, al que la policía requirió, y también a su amigo del mismo origen, que presentaran sus documentos de identidad, dicho control selectivo se ha realizó a causa del color de su piel. Tras la protesta verbal en este sentido por su parte, la policía lo arrestó, conduciéndolo seguidamente al puesto de policía cercano, amenazándole

con las posibles consecuencias negativas de su actitud para el mantenimiento de su permiso de residencia.

Por su parte, la versión policial, no negando el hecho de haberle requerido la identificación, sostiene que el arresto fue debido a las burlas y al tratamiento falto de respeto por parte de ambos ciudadanos cuando los miembros de la policía patrullaban con su vehículo por la calle. Comportamiento que motivó la exigencia de identificación a lo que el interesado se negó de manera agresiva; actitud que persistió durante su retención hasta que, tras mostrar de manera despectiva e insolente su documento de identidad, fue acompañado por la policía a la parada de autobús más próxima. Como consecuencia de estos incidentes, el demandante recibió posteriormente una denuncia por infracción administrativa.

Lo primero que hay que destacar en el caso es que el TEDH maneja a lo largo de su argumentación de una forma aparentemente intercambiable la cuestión de si se trata de una posible discriminación por motivos de raza o de origen étnico, recurriendo sea a otra expresión indistintamente, o haciéndolo de forma acumulativa. Lo que permite pensar que para el TEDH la discriminación por el color de la piel presupone un tratamiento comparativo desfavorable basado en razones étnicas que se remiten, como se viene subrayando a lo largo de este trabajo, a un origen, una nacionalidad y una cultura determinadas. Aunque podría entenderse que, al tratarse de un control policial aleatorio en la vía pública, de lo que se trata es, en realidad, de un control de la legalidad de la estancia en España de personas que tienen la apariencia de extranjeros.

Respecto del caso, no puede dejar de señalarse algo que el reclamante indica en sus alegaciones y es que el ECRI ha constatado la existencia en España del carácter generalizado de una discriminación basada en la raza en los controles de identidad hechos por la policía. Más concretamente, hace referencia a las afirmaciones del Comité de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, de 27 de julio de 2009, en relación con una controversia similar²⁰. También se refiere a una

²⁰ Comunicación n° 1493/2006. Se trata del asunto Rosalind Williams Lecraft contra España, surgido a raíz igualmente de un control policial hecho en una estación ferroviaria solamente a una ciudadana española de color negro pero no a su marido y el hijo de ambos que le acompañaban; control del que se reclamó la declaración de la existencia de un trato discriminatorio por motivos raciales que, sin embargo, fue desestimada en todas las instancias nacionales, incluido el Tribunal Constitucional que abordó el tema en su STC 13/2001, de 29 de enero. La reclamación de la Sra. Williams Lecraft se basaba en que el requerimiento de identificación se realizó exclusivamente por ser de raza negra; "lo que implicaba un comportamiento racista que había producido lesiones morales y psicológicas a la requerida y a sus familiares fruto de la humillación sufrida, de la indignación que genera saber que la raza ha sido considerada criterio determinante para la actuación policial y, finalmente, de la inquietud de ser requerida por la policía para ser identificada, porque de ello parece lógico entender que el solo hecho de una diferencia racial es considerado base para la sospecha de que se infringe el ordenamiento jurídico". El TC, sin embargo, considera, sobre la base de que la exigencia de identificación por parte de la policía está amparada por las normas

intervención común de las ONG Rights International Spain y la Plataforma por la Gestión Policial de la Diversidad que presentaron observaciones hechas a las instituciones nacionales e internacionales en lo que hace al recurso por parte de la policía al perfil étnico como criterio de selección, subrayando que se trata de un problema común al conjunto de los países europeos, pero que afecta de manera particular a España como lo manifiesta el ECRI, en su informe sobre España de 5 de diciembre de 2017; considerando ilegal la práctica del recurso al perfil étnico del sujeto en el marco de los controles de identidad. Tales documentos destacan, no obstante, que en cinco comisarías locales contrales se ha puesto en práctica con éxito medidas orientadas a prevenir los casos de perfilado étnico, consistentes, en concreto, en la cumplimentación, por parte de todo policía que intervenga en un caso de verificación de la identidad de una persona, de un llamado “formulario de interpelación” donde han de reflejarse cuestiones como los datos de la persona, el motivo del control de identidad, y su resultado, proporcionando una copia al interesado que, a su vez, es informada de la posibilidad de plantear una reclamación.

La STEDH hace suyas las observaciones del Comité de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas en el sentido de que es legítimo proceder a controles de identidad de manera general para garantizar la seguridad de los ciudadanos y para prevenir la delincuencia o para controlar la inmigración ilegal. Una referencia secuencial y de identificación implícita, por cierto, entre extranjería y delincuencia absolutamente rechazable. Pero, sigue recogiendo la Sentencia, “cuando

legales y reglamentarias si no se desvía de la finalidad que debe cumplir, que “forzoso es reconocer que, cuando los controles policiales sirven a tal finalidad, determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne”. Lo que no es sino una justificación de un comportamiento basado en sospechas y prejuicios que, paradójicamente, resultaron desmentidos al tratarse de una ciudadana de nacionalidad española, dando amparo a un requerimiento policial basado en una identificación inaceptable entre raza o color y extranjería constitutiva de una discriminación, no indirecta sino directa, por motivos raciales. Algo que el propio TC acepta al afirmar que “bajo el manto protector dele ejercicio de unas funciones legalmente previstas (puede encubrirse) un móvil racista o xenófobo en la decisión misma de ejercitar dichas funciones o en el modo concreto en que, atendidas las circunstancias, se llevaron a cabo”. Para acabar entendiendo, pese a todo, que en el caso había que desechar que el requerimiento de identificación obedeciera a una discriminación patente, debido a la mayor probabilidad, de acuerdo con la raza de la Sra. Williams, de que no fuera española. Una afirmación, totalmente teñida de un prejuicio étnico que encadena raza o color y presunción, supuestamente justificada, aunque lo sea paradójicamente, por criterios étnicos. Finalmente, lo que el TC acepta es que, dicho coloquialmente, es lógico y razonable que la policía limite los controles de identidad en materia de extranjería a las personas de raza negra u otras diferentes a la blanca mayoritaria en España ya que habrá más probabilidades de que se trate de extranjeros. Algo que difícilmente se sostiene, y menos aun actualmente, no solo por la prohibición de un trato desfavorable en razón exclusivamente de las características raciales o étnicas de la persona, sino también si se tiene en cuenta el cada vez más acentuado carácter multicultural y multinacional de la población española. Así lo entendió el Voto Particular formulado con el que se concuerda plenamente.

las autoridades efectúan tales controles, las solas características físicas y étnicas de las personas no deben ser consideradas como un indicio de la irregularidad de su situación en el país”; añadiendo que “los controles no deben ser efectuados de tal manera que solamente las personas que presenten determinadas características físicas o étnicas sean objeto de la verificación”. De no ser así, no solo habría un atentado a la integridad de sus intereses, “sino que se contribuiría a propagar actitudes xenófobas en la población en general, siendo contrario a una política eficaz de lucha contra la discriminación racial”.

Pese a ello, el TEDH rechaza la pretensión del reclamante sobre la base de que no ha conseguido demostrar la existencia de circunstancias propicias para hacer pensar que la policía hubiera procedido al control de identidad motivada por una animosidad respecto de las personas de su origen étnico, ni tampoco para generar la presunción o sospecha fundada necesaria para provocar una traslación de la carga de la prueba sobre el organismo responsable de tales requerimientos de identificación respecto de la existencia de un motivo racial o étnico para ponerlos en práctica. Y, en ausencia de tal prueba indiciaria, el TEDH acepta la versión policial según la cual fue la inadecuada actitud del reclamante hacia la policía y no su origen étnico lo que empujó a la policía a interpellarlo y a verificar su identidad. Rechazando además que el Gobierno español hubiera incumplido la obligación, derivada del art. 8 de la CEDH, de realizar una investigación acerca de las posibles motivaciones racistas que pudieran estar en el origen de un acto de sus agentes, en la medida en que el afectado, tanto en el procedimiento penal como en el administrativo por él propugnados, no había conseguido, según el juez competente, fundamentar suficientemente que el control de identidad había sido una manifestación de una discriminación racial por parte de la policía.

Ni siquiera alegando que control policial no se había realizado en la misma calle sobre ningún miembro de la población caucasiana mayoritaria ni inmediatamente, ni durante, ni después del control de su identidad. Frente a ello, el TEDH sostiene, de forma un tanto sorprendente, que esta circunstancia no puede ser por sí misma indicativa que el requerimiento de identidad tuviera motivaciones de orden racial. Y finalmente concluye, y esto es lo relevante, que el reclamante no ha conseguido demostrar la existencia de hechos o comportamientos adecuados para hacer pensar que la policía había procedido a un control de identidad motivado por una animosidad respecto de las personas de un específico origen étnico. Algo que, en el cuadro de las circunstancias descritas, resulta, sin duda, algo muy difícil de demostrar con el resultado final de avalar en cierta medida este tipo de requerimientos policiales de identidad. Basta tener presente la STC comentada en la nota 20 para comprobar lo poco que se ha avanzado en casi veinticinco años

en cuanto a la represión de comportamientos discriminatorios por origen racial o étnico.

5.2. La STJUE de 10 de julio de 2008, en el caso Feryn (Asunto C-54/07)

Ya se ha hecho antes una amplia referencia a esta Sentencia que afronta una decisión prejudicial presentada en el marco de un litigio entre el Centro belga para la Igualdad de Oportunidades y la lucha contra el Racismo, organismo designado conforme al art. 13 de la Directiva 2000/43 para promover la igualdad de trato; y la empresa FERYN, dedicada a la instalación y montaje de puertas basculantes y seccionales, a propósito de las manifestaciones expresas y públicas de uno de sus administradores en el sentido de que su empresa no deseaba contratar a personas extranjeras.

Se trata de un litigio en el que no existe ningún denunciante identificable que afirme que ha sido víctima de la discriminación. Si bien, para el TJUE, esta circunstancia no permite concluir que no existe base legal para admitir la reclamación ya que, en la medida en que la Directiva 2000/43 tiene como objeto promover las condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social (considerando octavo), este objeto difícilmente se obtendría si la aplicación de la Directiva solamente fuera posible en los casos en que exista un candidato a un empleo que no haya sido contratado y se considere víctima de una discriminación directa, habiendo ejercitado una acción judicial contra el empleador. Mucho más si así lo permite la legislación interna, como sucede con la legislación belga, que reconoce el “derecho de las asociaciones que tengan un interés legítimo en lograr que se respete la Directiva, o del organismo o los organismos designados conforme al art. 13 de esta, a promover los procedimientos judiciales o administrativos dirigidos a hacer respetar las obligaciones derivadas de la Directiva”. Sin necesidad de que actúen en nombre de un denunciante concreto, pudiendo hacerlo también a falta de un denunciante identificable.

Se trata de una de las escasas resoluciones del TJUE que se refiere a una discriminación por origen racial o étnico con repercusión directa en una materia claramente laboral como es la de las condiciones de acceso al empleo; más concretamente lo referido a los criterios de selección del personal, materia que está expresamente contenida en el art. 3 de la Directiva 2000/43.

El análisis de esta Sentencia es el que ha propiciado las afirmaciones sostenidas en los epígrafes anteriores al tratar las dos cuestiones como son, de una parte, el que la diferencia de trato por motivos de nacionalidad está excluida expresamente del ámbito de aplicación de la Directiva por obra del art. 3.2, razón por la que no puede recurrirse exclusivamente a ésta como factor de discriminación por motivos étnicos; y, de otra parte, la identificación, algo problemática y sin duda

innovadora como ya se dijo, por parte del TJUE de la condición de extranjero con la pertenencia a una etnia. Hasta el punto de considerar discriminatorio por el origen racial o étnico un tratamiento diferencial menos favorable consistente en la exclusión empresarial de toda posibilidad de contratación laboral de extranjeros.

No se suscita aquí la problemática de la prueba de los indicios o síntomas de la discriminación étnica ya que se trata de declaraciones públicas que son suficientes para presumir que se trata de una discriminación directa por razones étnicas. En este sentido la Sentencia afirma que “las declaraciones mediante las que un empleador da a conocer públicamente que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial pueden ser uno de esos hechos aptos para basar la presunción de una política de contratación discriminatoria”. El conjunto de tales declaraciones es el siguiente: “Debo cumplir las exigencias de mis clientes. Si usted me dice: ‘quiero tal producto o quiero esto o lo otro’, y yo le digo ‘yo no lo hago, envío a mis empleados’, usted dirá ‘no quiero su puerta’. Terminaría por cerrar mi negocio. Debemos responder a las exigencias de los clientes. Ése no es mi problema. Yo no he creado este problema en Bélgica. Quiero que la empresa funcione y que al final del año alcancemos nuestro volumen de negocios, y ¿cómo lo consigo? [...] ¿debo alcanzarlo adaptándome a los deseos del cliente!”. Obsérvese cómo el TJUE da un paso conceptual decisivo en su discurso al entender que negarse a contratar trabajadores extranjeros es equivalente a no emplear a trabajadores de un determinado origen étnico o racial.

En consecuencia, y conforme a la regla habitual y consolidada de traslación de la carga de la prueba, incumbe al empleador probar que no vulnera el principio de igualdad de trato; lo que, dice la Sentencia, puede hacer demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones. O, si es el caso que tal diferencia de trato existe realmente, lo que se presume, justificando que tal decisión tiene una justificación adecuada, suficiente y proporcionada. Algo que la empresa pretende afirmando que, aunque la empresa buscaba instaladores de puertas, “no podía emplear a extranjeros a causa de las reticencias de la clientela a permitirles acceder a su domicilio privado durante la ejecución del trabajo”. Una evidentemente superficial, pobre y limitada justificación que no anula la calificación de la decisión empresarial como directa y reconocidamente discriminatoria; si bien, como es habitual en las resoluciones del TJUE, la Sentencia entiende que es al juez nacional a quien compete, tanto verificar que los hechos imputados al empleador son ciertos, como también apreciar si son

suficientes y adecuadas las razones que dicho empleador aporta para justificar su decisión.

Poco más añade la STJUE en un caso en el que la existencia de una discriminación es tan evidente, clara y falta de justificación. Aunque sí puedan suscitarse interrogantes más generales acerca de la dificultad de detectar y probar la existencia de un sesgo discriminatorio en el proceso de selección y de contratación de trabajadores, en la medida en que tales procesos, salvo en entidades públicas o donde los convenios colectivos aplicables así lo exijan, no son públicos y están amparados por la garantía constitucional de la libertad de empresa que implica obviamente la libertad de contratación. A lo que se añade el hecho de que, cuando existe un perjudicado directo y éste consigue superar el obstáculo que supone la prueba semiplena de los indicios de discriminación, no existe en el ordenamiento jurídico otra reacción, al margen de las sanciones penal y/o administrativa, que la de la nulidad de todo el proceso así como de las contrataciones realizadas en tal contexto y la de una posible indemnización por los daños y perjuicios sufridos al ser discriminado en el proceso de contratación. Pero sin que la norma constitucional española permita, la imposición a la empresa de la contratación de la persona candidata discriminada; lo que sería una reparación más plena y eficiente y una consecuencia lo suficientemente disuasoria de la práctica discriminatoria censurada. Pero éste es un problema que se suscita en relación con toda discriminación producida en la selección y contratación de trabajadores al margen de la causa o factor concreto sobre el que se base.

5. 3. La discriminación étnica en relación con el derecho a la pensión de viudedad

5.3.1. Los antecedentes: la STEDH, de 8 de diciembre de 2009, en el Asunto Muñoz Díaz.

La STEDH²¹ versa sobre una cuestión, vinculada a la discriminación por origen étnico, respecto de la cual hubo, como es procesalmente adecuado, pronunciamientos previos del TSJ y del TC, y que no es otra que la relativa al derecho a la pensión de viudedad de una superviviente de un matrimonio celebrado al margen de las normas civiles internas y conforme a los ritos, usos y prácticas propias de la etnia gitana. Un breve recorrido por las resoluciones previas permitirá valorar

²¹ Cfr., acerca de esta STEDH los comentarios contenidos en Bouazza Ariño, O. “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, 181/2010, pp. 256-261.

mejor la STEDH que se comenta a los efectos de la discriminación por motivos raciales o étnicos.

Toda esta problemática tiene su origen en el hecho de que dos personas, ambas ciudadanas españolas, pertenecientes a la comunidad gitana, contrajeron matrimonio en 1971 conforme a las costumbres y tradiciones culturales gitanas, es decir, al margen de lo establecido en el Código Civil en la medida en que tal matrimonio no fue registrado. El matrimonio fue reconocido por su comunidad y tuvo los efectos sociales derivados de dicha unión como la obligación de vida en común y el conjunto de derechos y deberes que resultan de un vínculo de esa naturaleza. El matrimonio tuvo seis hijos, que fueron inscritos en el Registro Civil, obteniendo la pareja el pertinente libro de familia (1983) y siéndoles más tarde reconocida la condición de familia numerosa conforme a la Ley reguladora de este tipo de familias, con las consecuencias legales y económicas derivadas de tal reconocimiento (1986). Asimismo, al trabajar el esposo como albañil durante más de diecinueve años, era titular de una cartilla de la Seguridad Social donde figuraban como personas a su cargo su esposa y sus seis hijos. Se trataba, por tanto, de un vínculo, una convivencia y una forma de vida en todo asimilable al modelo estándar, socialmente reconocido e identificable, y de manera particular por su comunidad étnica, salvo la falta de inscripción en el Registro Civil como así lo exige, con carácter general y salvo en el caso de las uniones de hecho²², la norma jurídica para dar reconocimiento formal y validez a dicho vínculo.

El problema se suscita en el momento del fallecimiento del esposo (2000) y la posterior reclamación de la pensión de viudedad por parte de la supérstite (la Sra. Muñoz Díaz) ya que, al solicitar ésta la pensión de viudedad, dicho reconocimiento le fue denegado por el INSS (2001) con el argumento, estrictamente legal, de no ser o haber sido la Sra. Muñoz Díaz legalmente cónyuge del fallecido, no existiendo imposibilidad legal para haber contraído matrimonio antes de la fecha del fallecimiento.

La resolución del INSS fue entonces recurrida ante el correspondiente Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid que sí reconoció (2002) el derecho a la pensión de viudedad de la Sra. Muñoz conforme a los siguientes argumentos: a) que la reclamante y su esposo fallecido pertenecen a la etnia gitana, arraigada desde tiempo inmemorial en España; b) que, como característica típica del concepto de etnia, basada en usos, tradiciones y una cultura propia, los matrimonios dentro de la comunidad gitana se realizan conforme a unos concretos ritos y costumbres que tienen fuerza de ley entre las partes y que no son contrarios a

²² Aunque en este supuesto, las exigencias son distintas, pero con el valor de probar la existencia duradera de la pareja de hecho reclamando un registro anticipado de la misma, así como la de una convivencia prolongada. Para el caso, véase el art. 221 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre)

la moral ni al orden público, siendo socialmente reconocidos; c) que, de acuerdo con las normas civiles de aplicación general, el matrimonio produce efectos desde su celebración y para su reconocimiento como tal es necesaria su inscripción en el Registro Civil, sin que, como sería adecuado en un marco de respeto a la singularidad étnica de la comunidad gitana, el matrimonio realizado por el rito gitano tenga acceso al Registro Civil; d) que dicha regulación no tiene en cuenta ni el Convenio Internacional de Naciones Unidas acerca de la eliminación de toda forma de discriminación racial, ni tampoco la Directiva 2000/43, también relativa a la discriminación por motivos raciales o étnicos que se refiere específicamente a la posible discriminación en relación con la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria.

La Sentencia del Juzgado de lo Social concluye con afirmaciones que merecen ser destacadas desde el punto de vista de la discriminación por razones étnicas como que el matrimonio hecho por el rito gitano, al no tener acceso como tal al Registro Civil (aunque no está excluido expresamente) y al no reconocérsele efectos civiles ni tampoco en el ámbito de la protección social en el caso de fallecimiento de uno de los contrayentes, es un matrimonio “ignorado en la legislación española, pese al arraigo sociocultural que dicha etnia tiene en nuestro país”. Esta conclusión resulta más significativa si se tiene en cuenta que sí tienen esa relevancia y efectos otros matrimonios celebrados conforme a los usos y costumbres de religiones hasta hace poco tiempo ajenas a la sociedad española; tratándose en consecuencia de un supuesto similar, con la salvedad de que no es una religión, pero sí una etnia, que tiene un significado más global y de la que la religión solamente es uno de sus factores, elementos o indicadores. La conclusión del Juzgado de lo Social es obvia: “El INSS deniega a la actora la prestación por viudedad, con el único impedimento de no considerar matrimonio al celebrado en su día por el causante y su viuda lo que indica un trato discriminatorio por razón de etnia contrario al art. 14 de la CE., y a la Directiva 2000/43/CE”.

La Sentencia del Juzgado de lo Social fue revocada por el TSJ de l Comunidad de Madrid (2002), aportando los siguientes argumentos y motivos: a) que el ordenamiento jurídico es aplicable a todos, salvo excepciones a su cumplimiento que estén expresamente previstas; b) que cualquier español puede optar entre contraer un matrimonio en forma civil ante las autoridades públicas señaladas en el Código Civil, o en la forma religiosa legalmente prevista en el sentido de que el matrimonio religioso ha de realizarse en la forma prevista por la concreta religión y tiene efectos civiles en los términos acordados con el Estado o autorizados por la legislación estatal.

A la hora de rechazar la validez del matrimonio gitano, lo relevante es la degradación que el TSJ realiza del concepto de etnia, al afirmar, por ejemplo, que,

aunque se trate de un uso o costumbre caracterizado étnicamente, “no por ello sus formas trascienden jurídicamente de su propio ámbito”; lo que precisamente contradice la relevancia jurídica de la etnia a los efectos de la prohibición de discriminación. O que se trata de un matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano; que es justamente la razón por la que la etnia es relevante. O, en fin, que “una etnia no constituye sino un grupo diferenciado por razón de la raza (...) y un rito, en fin, no es sino una costumbre o ceremonia”; restando valor tanto a la propia etnia, considerada solamente como un grupo socialmente diferenciado, e ignorando los variados elementos de origen, historia, tradición y cultura sobre los que se construye una etnia, como al propio matrimonio gitano, convertido en una costumbre o mera ceremonia a la que no pueden atribuirse efectos jurídicos. Concluyendo tajantemente que, para que produzca efectos civiles, el matrimonio deberá ser contraído sea civil o religiosamente en los términos admitidos por el ordenamiento jurídico.

Presentada la demanda de amparo ante el TC, éste, en la STC 69/2007, de 16 de abril, la rechaza y por tanto el trato discriminatorio alegado por razones étnicas sobre la base de los siguientes argumentos: a) La muy discutible afirmación de que el requisito legal de la existencia de un vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad, negándose a considerar como tal las uniones conforme a los usos y costumbre gitanos, “en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas”, argumentando que, en realidad, el contraer matrimonio conforme a estos usos o adecuándose a las exigencia de las normas civiles, no es sino una opción libre y voluntaria de los interesados de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial. Lo que ignora la esencia de la pertenencia a una concreta etnia, como es la aceptación, como parte de su herencia cultural, de sus usos y costumbres, tan formalizados y públicos como el matrimonio registrado civilmente, de manera que no es posible, o al menos tan poco como sucede con las uniones registradas, la presencia de una intención defraudadora de ninguna especie; b) Que el ordenamiento jurídico garantiza, con absoluta neutralidad y sin establecer diferencias por razones étnicas, el acceso civil al vínculo matrimonial, por lo que no es posible aceptar la existencia de una discriminación por esas razones, olvidando que lo que se reclama es el tratamiento del matrimonio conforme al rito gitano de la misma forma que el matrimonio religioso o civil estándar sobre la base, justamente, del respeto a las reglas, establecidas y aceptadas por lo integrantes de una etnia, precisamente por pertenecer a ella.

La STC concluye, en fin, que el ordenamiento jurídico establece con alcance general una forma civil de acceso al vínculo matrimonial que es neutral desde la perspectiva racial y que, cuando el legislador ha decidido otorgar efectos legales a otras formas de acceder al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la exclusiva

base de consideraciones religiosas y alejado también, por tanto, de cualquier connotación étnica; por lo que, en consecuencia, no cabe apreciar el alegado trato discriminatorio por razones étnicas. Por acabar el comentario de la STC hay que recalcar que no ha tenido en cuenta que el reconocimiento del valor jurídico de otro tipo de matrimonios sobre la base de consideraciones religiosas pone precisamente de manifiesto que existe un trato diferente cuando ese otro tipo de matrimonio se fundamenta en razones étnicas que han de valorarse en igual medida que las religiosas. No hacerlo así hace pensar que, para el TC, las convicciones religiosas son más imperativas y condicionantes que los usos y costumbres derivadas de una específica y muy antigua cultura y tradición que es, precisamente, lo que da relevancia, incluso constitucional, al origen étnico. Hay que recalcar la existencia de un Voto Particular discrepante en el que se sostenía posiciones contrarias a la mayoría del tribunal sobre la base del reconocimiento efectivo de la relevancia constitucional del origen étnico.

El largo trayecto judicial descrito finalizó con la STEDH con la que se encabeza este apartado, es decir, la de 8 de diciembre de 2009. Indica la STEDH que, según sostiene la demandante, el que no exista un matrimonio legalmente registrado no ha impedido la concesión de la prestación de viudedad. Como lo ejemplifica el que en la Ley General de la Seguridad Social se reconozca el derecho a una pensión al cónyuge de buena fe en el caso de nulidad del matrimonio y el que la jurisprudencia haya reconocido el derecho a la pensión en caso de uniones no inscritas en el Registro Civil cuando las partes estuvieran convencidas de la existencia del matrimonio, o cuando la Ley impidiera el matrimonio por la imposibilidad de divorciarse, o cuando el matrimonio entrara en contradicción con las creencias de los contrayentes. Un tratamiento que no se da pese a la existencia de buena fe de la demandante respecto de la validez del matrimonio gitano, ignorando las consecuencias de la pertenencia a la minoría gitana; como también el que las propias autoridades le reconocieron oficialmente su condición de esposa del fallecido, lo que se evidencia en la expedición del libro de familia y en la inclusión de la esposa y de los hijos en la tarjeta sanitaria del trabajador fallecido.

Para el TEDH hay que tener en consideración la importancia de las creencias que se derivan de la pertenencia a la comunidad gitana, partiendo de la base de que dicha comunidad tiene sus propios valores asentados y arraigados en la sociedad española. Más aún, para el TEDH, en relación con la existencia de buena fe por parte de la interesada, es relevante la pertenencia a una comunidad en cuyo seno no se discute la validez del matrimonio según sus propios ritos y tradiciones, ni considerado contrario al orden público por parte de las autoridades nacionales en la medida en que se ha reconocido la condición de esposa en ciertos aspectos. Afirmando, finalmente, que “la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada”; que es lo

mismo que señalar que los condicionamientos derivados de la tradición cultural y de las propias convicciones, que es lo que caracteriza, aunque la STEDH no lo diga expresamente, a un colectivo étnicamente diferenciado, deben ser tenidas en cuenta.

Por otra parte, el TEDH considera que, aunque la pertenencia a una minoría no exime de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicarlas; mucho más teniendo en cuenta la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría; lo que implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su propio modo de vida, tanto en el marco regulador válido en materia de ordenación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares. Para la STEDH, la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmado con el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, ha generado en la interesada la legítima expectativa de ser considerada como esposa y de formar una pareja casada reconocida; siendo natural que, tras el fallecimiento del causante, la Sra. Muñoz Díaz haya alimentado la esperanza de que se le reconociera una pensión de viudedad.

La STEDH concluye que, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, es desproporcionado que el Estado español, que expidió un Libro de Familia a la demandante y a su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y recaudó las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad. Una conclusión que, sin afrontar directamente la cuestión de la discriminación por motivos étnicos, acaba reconociendo el derecho de la Sra. Muñoz Díaz a la pensión de viudedad basándose esencialmente en la constatación de su creencia de buena fe de tener derecho a la pensión sobre la base de un cierto reconocimiento por parte de las mismas autoridades de su estatus de esposa de una relación semejante o de similar valor que el matrimonio legalmente registrado. Algo que, como se verá ahora, determina de forma decisiva la STS 294/2018, de 25 de enero de 2018 con la que se acaba este epígrafe y el presente trabajo.

5.3.2. *La STS 294/2018, de 25 de enero de 2018*

Los hechos sobre los que versa la STS son, en síntesis, los siguientes: a) unión por el rito gitano en 1974; b) convivencia en el mismo domicilio hasta la fallecimiento del varón en 27/04/14; c) cinco hijos en común, en cuya inscripción en el Registro Civil figuran los padres como «solteros» o que el matrimonio de los padres «no existe», y los hijos según los casos como «naturales» o «extramatrimoniales»; d) en el Libro de Familia constan los progenitores como «solteros»; y e) la demandante y el fallecido no figuran inscritos como pareja de hecho en

ningún Registro público. Lo que centra el debate, como en los casos anteriores, sobre la relevancia jurídica de un matrimonio celebrado conforme al rito gitano a los efectos de la obtención de una pensión de viudedad, so pena de entender que la negativa a la pensión puede constituir una discriminación por el origen étnico de la demandante, como así lo considera la STJ de Andalucía de 20 de abril de 2016 que, revocando la sentencia de instancia, renoció el derecho reclamado.

Para el TS, el argumento básico de la STEDH antes comentada, es la buena fe de la contrayente que el Tribunal contrapone al tratamiento favorable dado a otros supuestos por el ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia constitucional (matrimonios nulos y de buena fe), para señalar la existencia de una diferencia de trato desproporcionada; por lo que la pertenencia a una minoría étnica no se tenía en cuenta en relación con la aplicación o la interpretación de la normativa, sino tan sólo la existencia de buena fe en la creencia de la validez a todos los efectos del matrimonio gitano. Lo que, para la STS no se da en el caso ya que, como se ha señalado, en la documentación oficial (libro de familia e inscripciones de nacimiento) se hace constar expresamente la calidad de los contrayentes como solteros y de los hijos como extramatrimoniales.

Para el TS, lo que se pretende en el caso es equiparar la unión por el rito gitano a la inscripción registral o documentación pública de la pareja de hecho como exige la ley para tener derecho a las prestaciones de viudedad. Más concretamente, la STS sostiene que, de reconocer el derecho a la pensión, se estaría haciendo de peor condición a quienes por razones ideológicas -tan respetables como las culturales- no se han constituido como pareja de hecho en la forma legalmente prescrita y a los se ha negado frecuentemente la prestación de viudedad. Para la STS no tiene especial relevancia al dimensión étnica del matrimonio gitano. Mucho más, y ésta es una argumentación que insiste en esa escasa relevancia, si, como subraya la STS, “no cabe olvidar las múltiples minorías étnicas y culturales existentes en nuestro país, cuya posible vulnerabilidad -similar a la del colectivo gitano, en mayor o menor grado- ciertamente puede obligar a alguna interpretación normativa tendente a su protección conforme a los criterios del TEDH, pero no puede llegar al extremo de excepcionar la aplicación de la ley en los múltiples aspectos en que pudiera reflejarse su diversidad étnico-cultural [matrimonio; familia; comportamiento social...], so pena de comprometer gravemente la seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación de la ley”. Lo que puede ser fácilmente interpretado en el sentido de que la propia diversidad de las peculiaridades de las minorías étnicas, y su reconocimiento y respeto evitando cualquier trato diferencial injustificado por esta razón, más que una obligación

constituye una amenaza para la seguridad jurídica. Difícilmente puede encontrarse una resolución en la que la diversidad étnica sea más ignorada.

Que es lo que se sostiene en el Voto Particular formulado que, centrando la mirada en la identidad étnica y su protección y aceptando la neutralidad del requisito de oficialización de la convivencia en el caso de las parejas de hecho para lucrar la pensión de viudedad, se cuestiona si la comunidad gitana puede verse particularmente afectada debido a las características de sus tradiciones, de manera que se produzca una situación de discriminación indirecta;. Se recuerda a este efecto la jurisprudencia del TEDH en el sentido de que, en determinadas circunstancias, la ausencia de un trato diferencial para corregir una desigualdad, sin justificación objetiva y razonable, puede suponer la violación del principio de no discriminación. Como también se remite a la jurisprudencia del TEDH en el sentido de que, como resultado de su historia, los gitanos se han convertido en una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable, necesitada por tanto de una protección especial que implica que se preste especial atención a sus necesidades y a su estilo de vida diferente, tanto en el marco normativo pertinente como para llegar a decisiones en casos concretos.

El Voto Particular también se remite a la STEDH en el asunto CHEZ, repetidamente mencionada en este trabajo, según la cual “el concepto de origen étnico, que proviene de la idea de que los grupos sociales se identifican en especial por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida, se aplica a la comunidad gitana”. Concluyendo que “el fuerte arraigo de sus tradiciones y de la sólida estructuración de la comunidad gitana, intensamente ligada a la familia y al parentesco, permite afirmar que, a partir de la unión de la pareja mediante el rito propio de su cultura -y acreditada indubitadamente la convivencia permanente desde ese momento hasta el fallecimiento del causante-, ninguna duda cabe que los convivientes gitanos sostienen la convicción de que su relación de pareja se desarrolla como si de un matrimonio se tratara, con independencia de la ineficacia jurídica de aquel rito. Por ello, exigir en estos casos que la existencia de la pareja de hecho se acredite por la inscripción del registro de parejas se torna claramente redundante y, por ende, innecesaria, en la medida en que para la pareja gitana la aceptación de la llamada “ley gitana” les convierte, a su entender y al del resto de la comunidad en la que desarrollan su vida, en una unidad matrimonial no cuestionada como tal y, si cabe, con más fuerza”.

Por lo que la justificada exigencia legal de la constatación de la existencia de una pareja de hecho se cumple en el supuesto del matrimonio gitano cuya especial realidad fáctica, como grupo étnico diferenciado, ofrece mayores garantías de que esa situación de pareja existe mientras se mantiene la convivencia de

sus miembros. De manera que la exigencia del registro o del documento público es un requisito formal que, además, “resulta enervante porque no sirve sino para redundar la constatación de una situación ya indubitada gracias a las especificidades de las tradiciones y usos del grupo cultural y étnico gitano”. Carece de justificación, concluye el Voto Particular, “mantener su exigibilidad respecto de un colectivo en el que concurren las particularidades expuestas, cuando de tal formalismo puede derivarse un perjuicio que ahonde en la vulnerabilidad en la que históricamente se ha situado al grupo” y sea, puede añadirse, un requisito que no tiene en consideración las especificidades étnicas del colectivo y constituir, en consecuencia, un tratamiento discriminatorio, aunque sea indirecto, no justificado.

6. CONCLUSIONES

Tras una larga evolución, el origen étnico o la pertenencia a una etnia ha desplazado al dato de la raza como factor de diferenciación prohibido, en un sentido perjudicial o desfavorable. Este protagonismo del elemento étnico, sin embargo, ha necesitado diferenciarlo de la raza, convertido en un factor incómodo en la medida en que parece dar acogida a una distinción entre los seres humanos en función de una categoría, la de la raza, que carece de fundamentación científica y que se construye sobre la base de una suma de prejuicios. Para establecer esa diferencia, la categoría de lo étnico se establece como una construcción social en la que confluyen una amplia variedad de aportaciones procedentes del origen, la historia, la tradición, los valores, los usos, costumbres, prácticas religiosas y patrimonio cultural propio; lo que lo convierte en un concepto complejo.

La complejidad del concepto de etnia, frente a la mayor simplicidad de otros factores de discriminación prohibidos como el sexo, la raza, la edad o la discapacidad, hace que la prueba de su existencia y de su influencia directa en las normas, decisiones o comportamientos objeto de consideración sea más dificultosa. Ello ha originado un proceso de simplificación en el que los factores a tener en cuenta para considerar existente la etnia como elemento de diferenciación negativa han ido reduciéndose hasta culminar, actualmente, en el más significativo como es el de la condición de extranjero, que no hay que confundir con el de la nacionalidad. En todo caso, esa dificultad ha hecho que, en muchas ocasiones, el reproche discriminatorio se reconduzca hacia uno o algunos factores de distinción prohibidos, generando hipótesis de discriminación múltiple frente a la discriminación interseccional que es característica del trato desfavorable por azones étnicas.

En consecuencia, pocas son, en general, las resoluciones judiciales en las que se juzga la existencia de este concreto tipo de discriminación; y, entre las que se han emanado, sea del TEDH, del TJUE y los tribunales nacionales, aún menos las que se refieren a cuestiones laborales o de protección social, aun ampliamente

entendidas, pudiéndose seleccionar solamente las que han afectado al control de la inmigración, a la selección de los trabajadores a efectos de la contratación o al derecho a causar alguna concreta prestación de seguridad social. El creciente protagonismo de la extranjería y la xenofobia como factor de diferenciación prohibido, de consolidarse, puede hacer que los litigios en torno a la diversidad étnica sean más numerosos en el futuro.