

Policia, minories i discriminació: Paràmetres per a un ús adequat de les característiques racials en la investigació d'il·lícits.

Francesc Guillén i Lasierra. Professor Associat de Dret Constitucional. Universitat Autònoma de Barcelona.

1. Introducció.

La nostra societat està esdevenint, de la mateixa manera que totes les societats occidentals, més i més plural des del punt de vista ètnic i cultural. Ja no és un fet excepcional el trobar-se amb ciutadans que viuen amb nosaltres i que no tenen el mateix color de pell o que practiquen una religió diferent de les que han estat més habituals a casa nostra en els darrers temps. Freqüentment (encara que no sempre) la diversitat ètnica, religiosa i cultural van estretament unides. O, si més no, així es veu, o es vol fer veure, des d'algunes instàncies, fonamentalment després de la darrera crisi internacional derivada dels atacs terroristes a la ciutat de Nova York del setembre del 2001.

Aquest canvi en l'estructura social ens obliga a replantejar-nos moltíssimes coses: el nostre sistema d'assistència social, la inclusió o exclusió del gaudi dels drets (o d'alguns drets) de part dels membres de la nostra comunitat¹, l'aplicació d'una veritable pluralitat religiosa per part dels poders públics i de les organitzacions i empreses privades, etc. En resum, podem dir que cal replantejar algunes premisses bàsiques del nostre sistema social i jurídic per tal de donar resposta als reptes que aquesta societat molt més plural i diversa ens planteja.

Un dels àmbits en què sorgeixen problemàtiques noves és l'ús de característiques racials a l'hora de la persecució i sanció d'il·lícits administratius i penals. Així, cal afrontar la discussió sobre si els agents de l'autoritat (i, en general, tots els operadors del sistema de justícia penal i de l'Administració) poden utilitzar les característiques racials a l'hora d'identificar els presumptes autors d'il·lícits penals o administratius. Dit d'una altra manera, ha de tenir alguna rellevància a l'hora d'una investigació per raó de la comissió d'algun tipus d'il·lícit el color de la pell o

¹Tot i que aquesta discussió no s'estableix normalment en base a la raça sinó en base a la nacionalitat de les persones que viuen en el territori de l'Estat. Una part important del debat al voltant de l'aprovació de la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers i la Llei Orgànica 8/2000, de 22 de desembre, de reforma de l'anterior, ha estat l'estatut jurídic (drets dels que podien gaudir), d'una banda, dels estrangers que resideixen legalment al país, i, d'una altra, dels estrangers en situació irregular. Sobre la problemàtica constitucional al voltant del contingut d'aquestes reformes és molt recomanable una lectura del dossier "*Encuesta: La Ley de Extranjería y la Constitución*", publicat a *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1er semestre 2001, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pàgs. 7 a 97.

els trets facials o externs d'algunes persones involucrades? Està clar que la resposta no és tan simple com un "sí" o un "no", perquè en aquest àmbit s'hi poden englobar problemàtiques molt diverses. Així, no és el mateix identificar qualsevol ciutadà de raça negra sense tenir cap indici de la seva culpabilitat perquè es creu que tots (o la seva immensa majoria) són propensos a la comissió d'il·lícits, que tenir en compte que un sospitós de la comissió d'un acte delictiu, a més de fer al voltant d'un metre setanta centímetres, tenir el cabell fosc i portar barba, té trets facials, per exemple, orientals. És a dir, la qüestió és quin paper pot tenir l'ús de les característiques racials o ètniques en la investigació d'il·lícits (sempre que concloquem que n'hagi de tenir algun, és clar).

És cert que aquesta no és l'única problemàtica lligada a l'ús d'aquests trets físics. Aquest dubte se'ns plantejarà en altres àmbits de l'activitat policial i amb connotacions prou diferents. Així, una altra reflexió haurà d'anar encaminada a estudiar si és lícit que la policia (o fins i tot el poder judicial) enregistri les característiques racials dels detinguts o dels interns de les presons per tal de saber amb quina freqüència els ciutadans que ètnicament no pertanyen a la majoria són detinguts o empresonats.

Un problema també de naturalesa diferent és si els serveis policials poden enregistrar les característiques racials dels mateixos agents de policia, per tal de saber quin és el grau d'integració de les minories als serveis de policia i amb quina freqüència deixen el servei aquells que pertanyen a ètnies minoritàries.

Tots aquests són supòsits que ens plantejaran, si més no, dubtes, sobre la seva acceptabilitat en el marc de l'article 14 de la nostra Constitució, dubtes que haurem d'anar aclarint en els propers anys, ja que seran qüestions que afectaran cada cop més els aspectes més quotidians de la nostra vida.

En aquest article, òbviament, no intentarem resoldre tots aquests interrogants, sinó bàsicament reflexionar sobre la utilització de les característiques racials en les investigacions encaminades a la persecució i sanció dels infractors de la normativa vigent. Partirem de la jurisprudència del nostre Tribunal Constitucional, diferenciant entre la persecució d'il·lícits administratius i penals. Continuarem amb legislació sobre matèries que hi tenen relació tant a nivell estatal com europeu, amb algunes referències al Dret Comparat per tal de cercar criteris constitucionals consolidats en dos països de llarga tradició democràtica i de diversitat ètnica, com són França i els Estats Units d'Amèrica. Finalment, a partir de tota la informació estudiada, intentarem concloure el que podrien (o haurien de) ser criteris de cara al futur.

2. La jurisprudència constitucional.

La problemàtica constitucional sobre l'ús de les característiques racials en la investigació d'il·lícits no hauria de ser diferent en funció de si estem parlant de l'àmbit penal o de l'àmbit administratiu. De fet, els béns jurídics que poden estar en joc són exactament els mateixos (igualtat, dignitat de la persona i les diverses garanties pròpies de l'Estat de dret). Ara bé, com un dels supòsits en què es discuteix l'ús de les característiques racials amb especial virulència és en el cas dels controls administratius d'estrangeria, sembla adequat donar-li entitat pròpia i tractar-lo separatament, per tractar després la discussió en l'àmbit penal que, d'una altra banda, no planteja, si més no fins ara, controvèrsies a nivell constitucional.

A) L'ús de les característiques ètniques en l'aplicació de la legislació d'estrangeria.

Fa dos anys el Tribunal Constitucional va estudiar directament la problemàtica a la sentència 13/2001, de 29 de gener. El cas en qüestió era el següent: una senyora, Rosalind Williams Lecraft, de nacionalitat espanyola i de raça negra, baixa d'un tren a l'estació de ferrocarril de Valladolid el dia 6 de desembre de 1992, acompanyada del seu marit i el seu fill, tots dos de nacionalitat espanyola i de raça blanca. Dos agents del Cos Nacional de Policia es dirigeixen a la senyora Williams i li demanen la documentació. La senyora i el seu marit pregunten la raó per la qual li demanen la documentació a ella sola i no als seus acompanyants i s'inicia una discussió. En aquest context, els agents de policia, en aplicació de la Llei orgànica 1/1992, de 21 de febrer, de protecció de la seguretat ciutadana (art. 20.2), la requereixen perquè els acompanyi a les dependències que tenen a la mateixa estació de ferrocarril per tal de procedir a la seva identificació. Un cop en aquestes dependències, ella acaba mostrant la seva documentació que l'acredita com a ciutadana espanyola i els agents donen per acabada la seva intervenció, deixant que la senyora Williams continuï lliurement les seves activitats a la ciutat de Valladolid.

Posteriorment la senyora Williams interposa recurs administratiu sol·licitant la nul·litat de l'ordre (verbal o escrita) d'identificar preferentment els ciutadans de raça negra a l'hora de dur a terme controls d'estrangeria. Ella creu que de les converses amb els agents del Cos Nacional de Policia es desprenia l'existència d'aquesta ordre. A més, també sol·licita una indemnització de 5.000.000 PTA per danys (lesions morals i psicològiques) causats pel mal funcionament de l'Administració (policia). El recurs contra l'ordre no s'admet per manca d'acte administratiu recurrible (el Ministeri de l'Interior nega en tot moment l'existència d'una ordre amb un contingut com el que al·legava la recurrent). El Ministeri desestima també la sol·licitud de responsabilitat patrimonial, i la senyora Williams interposa recurs contenciós-administratiu davant l'Audiència Nacional (davant la qual també havia recorregut sense èxit la inadmissió a tràmit del seu recurs contra la suposada ordre discriminatòria) que també desestima la seva petició, ja que, a

judici de l'Audiència, no concorre en el cas l'antijuridicitat, donat que *“el requerimiento por razón más que de raza, de nacionalidad, se enmarca en lo que se ha dado en llamar las cargas de la vida social o en sociedad”*². Davant d'aquesta sentència, la senyora Williams presenta recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional per vulneració (entre altres) de l'article 14 de la Constitució.

La sala segona del Tribunal Constitucional resol el cas en l'esmentada Sentència 13/2001, de 29 de gener. La sentència, després de tractar (i desestimar) altres al·legacions de vulneracions de drets constitucionals feta per la demandant, estudia tots els aspectes relacionats amb la presumpta vulneració de l'article 14 de la Constitució³ en la identificació de què va ser objecte la senyora Williams per part de la policia. Tot seguit, i després de manifestar el *“carácter odioso de la aludida forma de discriminación (per raó de raça) prohibida en forma expresa”* al nostre text constitucional, ens explica els tipus de discriminació proscriu per la Constitució espanyola. Aquests tipus són:

- Patent: *“tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras”* (FJ 8), o
- Encoberta: *“aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo.”* (FJ 8).

La diferència entre la primera i la segona no presenta dificultats. La discriminació patent seria aquella que clarament ja té com a finalitat, ja sigui de la norma aplicada o d'aquella que executa la mesura en qüestió, menysprear una persona per alguna de les seves característiques personals (fonamentalment les previstes a l'art. 14 de la Constitució⁴). L'encoberta, en canvi, seria una mesura aparentment neutral, imparcial, però la seva aplicació comportaria conseqüències adverses en la persona objecte de la mesura (i el grup al qual pertany), sense cap tipus de justificació.

² Vid. FJ2 de la Sentència de la Sala del Contenciós/Administratiu de l'Audiència Nacional de 29 de novembre de 1999.

³ L'article diu textualment: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*

⁴ Tot i que com assenyalen alguns autors i el mateix Tribunal Constitucional, l'art. 14 està prohibint qualsevol tipus de discriminació, no essent, per tant, la llista de l'article 14 una llista tancada de supòsits de discriminació (vid. per exemple, PEREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pàg.244).

Quins criteris cal seguir per saber si una actuació administrativa pot ser qualificable o no de discriminatòria? O, en el cas que ocupava al Tribunal Constitucional, com podem saber si els agents del Cos Nacional de Policia van discriminar o no la senyora Williams a l'hora de demanar-li la identificació únicament a ella i no als seus dos acompanyants?

Els paràmetres que el Tribunal Constitucional té en compte per valorar la mesura són ⁵:

- a) **La procedència de la mesura**, és a dir, la seva **idoneïtat** per a la finalitat buscada. El Tribunal creu que les característiques ètniques són raonablement indiciàries de l'origen nacional de les persones i, en conseqüència, el seu ús descriptiu no n'implica discriminació (“...A tal efecto (control de la legislació d'estrangeria), forzoso es reconocer que, cuando los controles policiales sirven a tal finalidad, determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne...” (FJ8); “...las características raciales de la Sra. Williams Lecraft....su genérico carácter indiciario de una mayor probabilidad de que la interesada fuese extranjera...(las referencias de carácter étnico) su utilización con carácter descriptivo, en sí misma considerada, no resulta por principio discriminatoria (STC 126/1986, FJ1)” (FJ9).

A més, el Tribunal confirma la idoneïtat de la mesura amb la dada que “los procedimientos de identificación en función de las apariencias que permitían razonablemente presumir la condición de extranjeros de determinadas personas hicieron posible que la actividad de la Brigada Móvil de Valladolid diera lugar a la localización de 126 extranjeros en situación ilegal durante 1992 (FJ 9)”. Aquesta afirmació, en primer lloc, posa en qüestió la inexistència de l'ordre que pretenia impugnar la senyora Williams, o, com a mínim, constata l'ús sistemàtic dels trets racials a l'hora de dur a terme controls d'estrangeria, fins i tot és possible que en llocs diferents dels que, com l'estació de tren, són de trànsit de viatgers i justifiquen (segons el mateix Tribunal) la intervenció de la policia en aquests termes. Es tracta, doncs, d'una justificació de la idoneïtat que posa en qüestió altres parts de la fonamentació de la sentència. D'una altra banda, en segon lloc, el Tribunal no diu com s'apliquen aquests criteris a nacionals de països ètnicament similars al nostre (per exemple, de Suïssa, de Croàcia, Polònia o Canadà), tenint en compte que són, als ulls de la Sala, criteris idonis per a la detecció de ciutadans de nacionalitat estrangera.

⁵ Una explicació molt clara i detallada dels motius del Tribunal per desestimar el caràcter discriminatori de la mesura la trobem a LAFONT NICUESA, L., “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 13/2001, DE 29-1 de 2001. El caso “Williams Lecraft” y la discriminación por razón de raza”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 61 (I), 2001, pàgs. 370 i ss.

- b) **La manera de dur-se a terme la mesura** com a un element clau per determinar l'existència o no de discriminació. Un paràmetre fonamental per saber si els agents de l'autoritat en aquest cas tenen una voluntat discriminatòria és, a judici del Tribunal, comprovar si han dut a terme la mesura d'identificació de "*forma proporcionada, respetuosa, cortés y, en definitiva, del modo que menos incidencia genere en la esfera del individuo*" (FJ 8 i 9). L'absència de comentaris inconvenients, de limitació innecessària de drets, de tractament desconsiderat, el fet de no perllongar la situació un cop es constata la nacionalitat espanyola de la senyora Williams, etc, són símptomes clars que informen sobre la correcció de la intervenció policial i, per tant, de la manca d'intenció discriminatòria. No consta que en cap moment del procés es denunciessin incorreccions rellevants de cap tipus per part dels agents, més enllà, òbviament, de la discutida sol·licitud d'identificació.
- c) **L'entorn en el que es produeix la mesura**, una estació de ferrocarril amb molt trànsit de persones amb Portugal (és l'argument de l'Administració que el Tribunal fa seu), el fet que es tracta d'una mesura poc traumàtica, que genera incomoditats menors que poden ésser assumibles com a càrregues inherents a la vida social (FJ 9, paràgraf 3er)⁶, i, que, d'una altra banda, afecta tots els ciutadans, ja que tots els ciutadans espanyols també tenen l'obligació *ex lege* de portar a sobre els documents que permetin identificar-los⁷ (FJ 9 paràgraf 5è).

El Tribunal no fa, però, cap referència a la necessitat de la mesura, és a dir, a si calia haver utilitzat prèviament altres mètodes, per tenir indicis de si la senyora

⁶ En el passat el Tribunal havia mantingut una posició similar amb una altra activitat policial: els controls d'alcoholèmia. Tot i que no havia utilitzat l'expressió "càrregues inherents a la vida social" els havia qualificat d'una manera materialment similar, negant-se a qualificar-los de limitació del dret de llibertat deambulatória, o, dit d'una altra manera, d'una detenció, de la mateixa manera que en el cas que ens ocupa el Tribunal parla de càrrega social per evitar parlar de limitació de drets. Així, per exemple, a la STC 107/1985, de 7 d'octubre, el Tribunal diu "...*En estos términos la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos...*" (FJ III, 3er paràgraf). És a dir, en una interpretació conjunta de totes dues sentències, el sotmetiment a les normes de policia (degudament establertes) seria una càrrega que tots els ciutadans hauríem de suportar. Aquestes normes de policia podrien fer referència a l'obligació d'identificar-se, quan en donar-se algun dels supòsits legalment establerts la policia ho demana, o bé a la necessitat de sotmetre's a controls d'alcoholèmia en aplicació de la normativa reguladora del trànsit. Estaríem, doncs, parlant d'una mena de deures/càrregues i no de limitacions de drets.

⁷ L'art. 9.2 la Llei Orgànica 1/1992, de 21 de febrer, de protecció de la seguretat ciutadana, estableix l'obligatorietat del document nacional d'identitat per a tots els espanyols a partir dels 14 anys, i l'art. 20 de la mateixa llei legitima els agents de les forces i cossos de seguretat, a requerir, si es donen determinades circumstàncies, la documentació a qualsevol ciutadà, amb independència de la seva nacionalitat.

Williams tenia o no la nacionalitat espanyola, ni si la sol·licitud de la identificació a la senyora Williams, ignorant els altres passatgers de l'estació, fins i tot els seus acompanyants, no pot comportar una discriminació encoberta o indirecta cap a ella i el seu "grup ètnic" (les persones de raça negra), que semblen quedar sota sospita per a aquells presents en aquell moment a l'estació. De totes maneres, els criteris que crec que el tribunal hauria de seguir en el futur (i que hauria d'haver seguit en aquest cas) els deixarem pel final d'aquest article, després de fer un estudi més ampli sobre el tema de fons, que va més enllà de la sentència que analitzem ara.

Un aspecte rellevant que cal constatar és que el Tribunal confirma la seva jurisprudència sobre **inversió de la càrrega de la prova** en casos com aquest, ja expressada a la Sentència 26/1981, de 17 de juliol, traslladant la càrrega de la prova a l'Administració en casos de demandes basades en tractament discriminatori. En aquest cas, però, el Tribunal creu que l'Administració ha provat adequadament que la seva actuació gaudia de cobertura legal i que respectava els criteris de raonabilitat i proporcionalitat (FJ 10).

La sentència no és unànime, ja que existeix un vot particular del magistrat Julio González Campos, que basa la seva discrepància bàsicament en tres punts :

- L'acceptació d'un control general i indiscriminat dels ciutadans estrangers no sembla adir-se amb els principis propis de l'Estat Social i Democràtic de Dret ni la mateixa dignitat de la persona reconeguda a l'article 10 de la Constitució com a fonament de l'ordre polític i de la pau social (FJ 3, 5 i 6).
- El caràcter desproporcionat de la mesura "*...el control de extranjeros no se ha llevado a cabo en su ámbito natural, esto es, en los puestos autorizados para su entrada en las fronteras de los Estados miembros, sino en el interior del país y lejos de éstas. Lo que hace que sea cuestionable que la medida, en atención a este dato, pueda considerarse proporcionada en relación con su finalidad. Y ello se refuerza si se contrasta con el objetivo antes indicado del Derecho comunitario (espacio Schengen), la libre circulación de personas, pues mal se compadece con este objetivo un control de carácter general y que se lleva a cabo en cualquier lugar del territorio español...*" (FJ5),
- És una mesura discriminatòria, ja que la pràctica de sotmetre als controls d'estrangeria els ciutadans que posseeixen una raça (color de la pell en aquest cas) determinada diferencia fins i tot entre espanyols (i, per tant, contradiu el mandat de l'art. 14 de la

Constitució). Cal tenir en compte que les nostres societats són cada cop més multirracials i que aquests controls basats en característiques racials poden (com en el cas en qüestió) constituir, cada cop més freqüentment, una discriminació entre nacionals (*“España, al igual que muchos Estados europeos, ya es una ‘sociedad multirracial’, en la que convive un número no desdeñable de personas de otras razas. Y estas personas son tanto extranjeros en una situación regular como nacionales españoles”* (FJ6)). Discriminació que, a més, pot tenir efectes indirectes en els col·lectius sobre els quals s’aplica la mesura que queden públicament qüestionats o assenyalats (FJ6), ja que és *“susceptible de provocar, como ha sucedido en varios países europeos, reacciones xenófobas...”*(FJ4) i *“se está frustrando el objetivo de integración de los extranjeros en la sociedad española”* (FJ 6).

Sembla que la reflexió constitucional no està ni molt menys tancada i que aquests arguments (els de la sentència i els del vot particular), conjuntament amb altres que proposarem més endavant, hauran de ser repesos i aprofundits per tal de arribar a solucions constitucionalment sòlides i políticament i social útils.

Però, tot i que fins ara la conflictivitat s’ha centrat en matèria d’aplicació de la llei d’estrangeria, cal pensar que en la mesura en que aquesta tendència cap a la diversitat ètnica continuï, el debat s’estendrà també a l’àmbit de la investigació penal. És necessari, doncs, fer un cop d’ull al que ha dit el Tribunal Constitucional en aquest camp.

B) L’ús de les característiques ètniques en l’aplicació de la legislació penal (investigació de delictes).

Només he trobat una sentència del Tribunal Constitucional que abordi el tema de manera directa. Es tracta de la Sentència 126/1986, de 22 d’octubre. En aquesta sentència la controvèrsia és la següent: en el decurs d’una investigació sobre la comissió de delictes contra la salut pública (tràfic de drogues), apareix en un informe policial, unit al sumari de la causa, l’esment a la pertinença a la raça gitana dels inculpats. Els recurrents en empara al·leguen que aquest esment, unit amb altres circumstàncies concurrents en el cas, constitueix una mostra de la discriminació amb que va actuar la policia, que invalida tota la investigació i, en conseqüència, el procediment penal. De fet, ells al·leguen que van ser investigats pel fet de pertànyer a l’esmentada ètnia; ara bé, l’únic que sembla provat és que apareixia l’esmentada menció en l’informe policial (es parlava de “familias gitanas”). Segons els recurrents aquesta discriminació hauria comportat també una vulneració del dret a la presumpció d’innocència, ja que se’ls hauria considerat culpables pel mer fet de pertànyer a la comunitat gitana. El Tribunal desestima el recurs, ja que no sembla que l’esmentada menció tingués *“otro sentido que el de un rasgo identificador útil, a resultas de las pesquisas efectuadas, para la acción*

policial, ni su constancia en el sumario, como es claro, significó otorgar relevancia alguna al grupo étnico de los encausados en las actuaciones que siguieron y sí sólo la recogida de una actuación extrasumarial que informaba de los antecedentes del caso” (FJ1). Tampoc no creu el Tribunal que s’hagi produït una vulneració del principi de presumpció d’innocència i, en conseqüència, indefensió, ja que existeix suficient prova de càrrec i els acusats han hagut de desvirtuar-la en el procés (FJ3). El Tribunal aprofita per definir la discriminació per raó de raça en l’àmbit de la justícia penal com *“perversión jurídica...de atender al grupo étnico al que pertenecían los acusados para concluir o prejuzgar de cualquier manera su culpabilidad...”* (FJ 1). Tampoc no sembla que l’ús de referències de caràcter ètnic per part dels òrgans del poder sigui, com a norma general, una bona línia de treball als ulls del Tribunal, havent de ser evitat, tot i que el seu ús descriptiu no implica discriminació (FJ1).

Fins aquí la jurisprudència constitucional sobre la utilització de la raça com a criteri per a la selecció de les persones objecte de controls administratius i penals. Aquesta jurisprudència és clara en l’àmbit penal, en el sentit que deixa ben establerts els criteris, si més no generals, per a la utilització de les referències a la raça i proscriu qualsevol utilització que impliqui culpabilitzar els membres d’una determinada ètnia o grup. En canvi, resulta, com acabarem de veure més endavant, bastant més discutible en l’àmbit dels controls d’estrangeria.

3. La legislació relativa a les dades personals.

La legislació espanyola en matèria de bases de dades personals ha estat reformada fa poc més de tres anys. La necessitat d’adaptar la normativa preexistent⁸ a la normativa comunitària⁹ va comportar l’aprovació de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal. Aquesta Llei qualifica com a dades especialment protegides les dades de caràcter personal que facin referència a l’origen racial, que només podran ser demanades, tractades i cedides quan, per raons d’interès general, així ho disposi una Llei o l’afectat consenti expressament (vid. Art. 7.3). La Llei prohibeix, tot seguit, els fitxers creats amb la finalitat exclusiva d’emmagatzemar dades de caràcter personal que revelin la ideologia, afiliació sindical, religió, creences, origen racial o ètnic o vida sexual (art. 7.4). La Llei és, doncs, taxativa, pel que fa a l’ús de dades que facin referència a la raça, la salut i la vida sexual de les persones: el seu ús està prohibit, tret del cas que es tracti d’una qüestió d’interès general establerta per llei. Un d’aquests supòsits pot ser la investigació d’il·lícits. És raonable que la infracció de les normes de conducta establertes

⁸ Llei orgànica 5/1992, de 29 d’octubre, de regulació del tractament automatitzat de les dades de caràcter personal.

⁹ Directiva 95/46/CE, de 24 d’octubre de 1995, relativa a la protecció de les persones físiques en allò que respecta al tractament de dades personals i a la lliure circulació d’aquestes dades.

democràticament pels diversos poders de l'Estat sigui d'interès general. Si tenim en compte que aquells que es dediquen professionalment a aquesta tasca són les forces i cossos de seguretat, és lògic que la norma faci una referència expressa a la utilització d'aquests tipus de dades per part dels serveis de policia. Així, l'art. 22.3 habilita les forces i cossos de seguretat per recollir i tractar les dades a que fa referència l'article 7.3 (sobre la raça entre altres), només en el cas que sigui **absolutament** necessari per a les finalitats d'una investigació **concreta**. Al mateix temps la Llei reafirma la subjecció de l'activitat policial al control dels òrgans jurisdiccionals, ja que ens recorda que la recollida i tractament d'aquest tipus de dades es pot dur a terme sens perjudici del control de legalitat de l'actuació administrativa o (hauria de dir "i") de l'obligació de resoldre les pretensions formulades en el seu cas pels interessats que corresponen als òrgans jurisdiccionals.

Cal tenir present el caràcter estricte i taxatiu de la Llei. Només en aquestes circumstàncies els serveis de policia poden recollir i tractar dades relatives a la raça de les persones. Així, si existeix qualsevol altre mitjà de dur a bon terme la investigació sense enregistrar dades relatives a la ètnia, caldrà utilitzar-lo. Només en defecte d'altres mitjans serà possible recórrer a aquest tipus de dades, ja que, només en aquest supòsit serà absolutament necessària la seva utilització. A més, hem de pensar que, d'acord amb la Llei, un cop finalitzada la investigació, bé per la impossibilitat de progrés, bé perquè el cas i la/es persona/es inculpada/es està/n davant dels tribunals o de l'òrgan administratiu corresponent, caldria eliminar les dades que fessin referència a la raça, ja que no serien absolutament necessàries per a les finalitats d'una investigació que ja s'hauria acabat¹⁰. En tot cas, sembla evident que queda fora de la Llei la utilització estadística de les dades referents a la raça dels detinguts. És a dir, no sembla, per exemple, que sigui possible la publicació a l'Anuari Estadístic del Ministeri de l'Interior del nombre de detinguts de raça negra o d'aquelles persones detingudes per raons d'estrangeria que presentaven característiques racials orientals. Tampoc no sembla possible la recollida d'aquests tipus de dades en relació als mateixos membres dels serveis policials per saber quants policies de raça negra o d'ètnia gitana existeixen en l'actualitat en aquests serveis.

D'una altra banda, la legislació és també molt estricta en relació a les dades que han de figurar en el document nacional d'identitat: prohibeix de manera taxativa la inclusió de cap dada personal que faci referència a la raça, religió, opinió, ideologia, etc.¹¹, no deixant cap esclatxa ni possibilitat de fer-hi cap referència. Com aquest document és el que normalment es demana als ciutadans en les seves relacions amb l'Administració (inclosa la de justícia) i, en conseqüència, les dades que s'hi inclouen són les dades que més són tingudes en compte en els procediments i actuacions administratius que poden afectar els ciutadans, el criteri

¹⁰ Es podria acceptar, això sí, mantenir l'enregistrament fins al final del procediment penal o administratiu (incloent-hi el període per recórrer) quan fos absolutament imprescindible per a la sanció o condemna de les persones involucrades.

¹¹ Vid. l'art. 9.3 de la Llei 1/1992, de 21 de febrer, de protecció de la seguretat ciutadana.

és el de no permetre la inclusió de cap dada que pugui donar peu a una acte o resolució administrativa esbiaixada en funció de la raça, religió, etc.

4. La normativa europea, especialment la Directiva 2000/43/CE del Consell, de 29 de juny, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic.

Un dels instruments normatius internacionals que ha suposat un més gran avenç en el compromís dels drets humans és el Conveni de Roma per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals de 1950. Doncs bé, l'article 14 d'aquest conveni prohibeix qualsevol discriminació en el gaudi dels drets reconeguts en el seu text per raó, entre altres, de raça. Aquest conveni ha estat ratificat i incorporat als seus ordenaments jurídics per gairebé la immensa majoria dels Estats que integren el continent europeu, és a dir, és dret directament aplicable en gran part del seu territori. Cabria preguntar-se si el cas que estem tractant seria acceptable segons la dicció de l'esmentat article 14 (encara que el Tribunal Europeu de Drets Humans no s'hi ha manifestat expressament sobre situacions com aquesta). Si tenim en compte que aquest precepte no només no condiona la proscripció de cap tipus de discriminació a la possessió de la nacionalitat del país de què es tracti, sinó que exclou expressament la limitació de drets basada en l'origen nacional de les persones¹², i que, segons l'art. 10.2 de la Constitució, les normes internes que regulin drets i llibertats han d'interpretar-se de conformitat als tractats internacionals sobre aquestes matèries signats per Espanya, podríem plantejar-nos si això no afecta fins i tot al propi article 14 de la Constitució, de l'aplicació del qual no podrien ser exclosos, si més no de manera absoluta, els estrangers. A més, és clar, cal tenir present que, com acabem de dir, l'article 14 del Conveni europeu és dret vigent a Espanya, en estar el tractat signat i ratificat per l'Estat espanyol.

De fet, el Tribunal Constitucional ja ha manifestat que tot i que l'article 14 de la Constitució només faci referència als espanyols, no significa que els estrangers puguin ser tractats de manera desigual en qualsevol circumstància en funció de les seves circumstàncies personals previstes (raça, religió, sexe, etc.)¹³.

¹² L'article 14 diu textualment "El gaudiment dels drets i llibertats reconeguts en el present Conveni ha de ser assegurat sense cap distinció fundada especialment en el sexe, la raça, el color, la llengua, la religió, les opcions polítiques o qualssevol altres opinions, **l'origen nacional** (negreta de l'autor) o social, **la pertinença a una minoria nacional** (negreta de l'autor), la fortuna, la naixença o qualsevol altra situació." D'una altra banda, l'article 1 del Conveni en establir: "Les Altes Parts Contractants reconeixen a tota persona que depengui de llur jurisdicció els drets i llibertats definits al Títol I del present Conveni", significa que s'aplica a totes les persones que es trobin en el territori de qualsevol Estat dels signataris del Conveni, posseïxin o no la nacionalitat de l'Estat en qüestió.

¹³ Així, segons l'Alt Tribunal, existeixen drets que "...*pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituyen el fundamento del orden político español. Derechos tales como el,*

D'una altra banda, la Unió Europea ha manifestat reiteradament la seva preocupació per la creixent conflictivitat relacionada amb la marginalització de persones pertanyents a ètnies diferents de la blanca majoritària dins dels Estats membres. Per tal de combatre activitats i actituds discriminatòries ha posat en marxa diverses iniciatives. L'any 2000 va elaborar dues directives molt significatives en la matèria: la Directiva 2000/43/CE de 29 de Juny, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic i la Directiva 2000/78/EC, de 27 de novembre, que estableix un marc general per al tracte igual en matèria de treball i ocupació. Pel seu caràcter més general ens centrarem en la primera, ja que és la que més pot afectar supòsits com els que aquí estem tractant. Els punts més rellevants de la directiva són:

- En primer lloc, la norma defineix el que considera **discriminació directa**: existeix quan una persona, per raons de raça o ètnia, es tractada de la manera menys favorable del que sigui, hagi estat o vagi a ser tractada una altra persona en una situació comparable (art. 2.1). La discriminació consisteix, doncs, als ulls de la norma comunitària, a rebre un tractament menys favorable davant de circumstàncies similars en base a la pertinença a una raça o ètnic diferent.
- Tot seguit, defineix la **discriminació indirecta** de la següent manera: *existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios* (art. 2.2). De fet, és una definició molt similar a com hem vist que el Tribunal Constitucional descrivia la discriminació encoberta a la STC 13/2001.
- L'acuit tindrà consideració de discriminació quan es produeixi un comportament no desitjat en relació amb l'origen ètnic de la persona que el sofreix i tingui com a objectiu atemptar contra la igualtat de la persona i crear un entorn intimidatori, hostil, degradant, humiliant o ofensiu (art. 2.3).
- Les ordres de discriminar a una persona per motius de raça o ètnia també seran considerades com a discriminació (art. 2.4). Cal pensar que, en conseqüència, aquestes ordres estaran mancades de la legitimitat necessària per ser obeïdes pels subordinats.

corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles. " (STC 107/1984, de 23 de novembre, FJ 3). Amb algunes oscil·lacions pel que fa als drets que estarien inclosos en el nucli dur imprescindible de la dignitat humana, el Tribunal ha mantingut aquest plantejament amb posterioritat (vid. SSTC 115/1987, de 7 de juliol, 94/1993, de 22 de març, i 242/1994, de 20 de juliol).

- La directiva no és aplicable a la diferència de tracte per raons de nacionalitat (art. 3.2). Resulta obvi que, al mateix temps que s'està construint un estatut dels nacionals d'Estats membres diferenciat del d'aquells que procedeixen de tercers Estats, la directiva no pot afectar a aquells casos en què la diferència té com a fonament la nacionalitat dels subjectes del tracte desigual. De totes maneres, aquesta exclusió no afecta les problemàtiques que estem tractant en aquest treball, ja que estan basades en la pertinença dels destinataris de les mesures administratives a una ètnia o raça diferents, amb independència de la possessió o no de la nacionalitat del país en què es dugui a terme la mesura (tot i que també és cert que, en molts casos, la diferència entre discriminació per raó de raça i de nacionalitat pot ser realment insignificant). Cal entendre que la directiva, quan exclou del seu àmbit d'aplicació la discriminació per raó de nacionalitat, està pensant en temes de drets d'entrada, residència i sortida al territori dels Estats membres, en temes d'accés a determinats llocs de la funció pública encara reservats als nacionals, etc.
- La **càrrega de la prova** ha d'anar a càrrec de la part demandada que, en conseqüència, haurà de demostrar que no s'ha produït cap vulneració del principi d'igualtat de tracte quan una persona es consideri discriminada per raons de raça o ètnia (art. 8).

El contingut de la directiva ha d'estar incorporat a la legislació dels Estats membres com a molt tard el 19 de juliol de 2003 (art. 16).

5. Dos exemples de Dret Comparat: França i Estats Units.

Als efectes de trobar criteris constitucionals i democràtics que ens permetin aportar paràmetres per resoldre les problemàtiques objecte d'aquest article, pot ser interessant fer un cop d'ull a com s'ha tractat el tema en dos països de més llarga tradició democràtica i constitucional i també d'una més llarga tradició d'immigració i de diversitat ètnica com són França i Estats Units.

5.1 L'égalié francesa.

A França l'existència de corrents migratoris més nombrosos i antics que a casa nostra ha comportat el tractament del tema que ens ocupa tant per part de la legislació com de la jurisprudència. En principi, els controls i verificacions d'identitat són constitucionalment acceptables sempre que es facin amb els requisits necessaris (previstos en l'article 78 del Codi de Procediment Penal). Són, en tot cas, controls d'identitat als quals poden ser sotmesos totes les persones (de nacionalitat francesa o no) sense cap discriminació possible per raó de raça. El que caldrà és que es donin els requisits previstos per la llei (sospita d'haver comès –o anar a cometre– una infracció o delictes, prevenir una atac contra l'ordre públic, etc.). La diferència entre estrangers i nacionals serà que els estrangers que siguin objecte d'aquests controls hauran d'estar en condicions de presentar la documentació necessària per justificar la seva residència legal a França¹⁴. Caldrà sempre, però, que els requisits siguin apreciats de manera objectiva, sense tenir en compte les aparences externes de les persones objecte d'identificació. Així, per exemple, en matèria de controls de policia administrativa en l'àmbit de l'ordre públic, no serà suficient que hi hagi objectivament un risc d'atac a l'ordre públic en els llocs on els controls es duen a terme: serà necessari també que aquest hipotètic atac estigui directament relacionat amb el comportament de la persona que és objecte d'aquest control. Pel comportament d'aquesta persona no pot ser entesa la pertinença d'aquesta persona a la categoria de marginal, d'estranger o al fet de tenir un determinat aspecte diferent del dels altres (cas *Bassilika*, *arrêt* de la Sala del Penal del Tribunal de Cassació de 10 de novembre de 1992)¹⁵.

La jurisprudència del Tribunal de Cassació havia ja establert molt aviat que, fins i tot l'apreciació de la mateixa qualitat d'estranger, no ha de fonamentar-se únicament en l'aspecte físic de la persona, sinó en "*des éléments objectifs déduits des circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé sont de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger*"¹⁶.

Posteriorment, l'any 1993, la Llei de 24 d'agost, relativa al control de la immigració i de les condicions d'entrada, d'acollida i d'estada dels estrangers, ha establert la independència dels controls d'identitat de l'article 78.2 del Codi de Procediment Penal i del control de la reglamentació d'entrada o de residència dels estrangers. És a dir, dit d'una altra manera, es pot procedir a la sol·licitud de documentació als estrangers encara que no es trobin en els supòsits previstos a l'article 78 del Codi de Procediment Penal, sempre que la sol·licitud de documentació sigui efectuada per agents de la policia judicial¹⁷. Ara bé, aquest requisit no sembla haver modificat la jurisprudència sobre la manera d'apreciar l'estrangeria de les persones

¹⁴ Vid. Art. 78.2 del Codi de Procediment penal redactat segons la reforma de 1986.

¹⁵ Vid. PICARD, E., a "*Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux: des régimes inutilement hétéroclites*", dins de *Revue Française de Droit Administratif*, nº 10 (5), pàg. 966.

¹⁶ Vid. Bodgan et Vukovic -dos arrêts de la Sala del Penal del Tribunal de Cassació de 25 d'abril de 1985.

¹⁷ Vid. art. 5 de la Llei.

objecte d'aquest control. Així, el Tribunal (Consell) Constitucional, en tractar de la constitucionalitat de l'article 5 de la Llei, establí amb claredat que aquest control que la Llei confia a les autoritats de la policia judicial "*doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes: qu'il appartient aux autorités judiciaires et administratives de veiller au respect intégral de cette prescription ainsi qu'aux juridictions compétentes de censurer et de réprimer*"¹⁸. És a dir, el Tribunal ha confirmat tàcitament la jurisprudència Bogdan-Vukovic de la Sala del Penal del Tribunal de Cassació.

La raó jurídica de fons per a la interdicció de qualsevol activitat pública limitativa de drets que es basi en les característiques racials dels ciutadans té com a fonament l'ideal d'igualtat republicana, d'acord amb el qual tots els ciutadans són iguals i la introducció d'aspectes ètnics o racials per a diferenciar-los és absolutament inacceptable. Aquest concepte abstracte de la ciutadania no afecta només a les actuacions públiques que puguin considerar-se com a restrictives de drets, sinó també a qualsevol altra activitat pública que faci esment o utilitzi l'origen racial dels individus per diferenciar-los, encara que pugui tenir finalitats descriptives o fins i tot promotores de la posició social d'aquelles persones que pertanyen a grups minoritaris en situació d'una certa marginalitat. Així, cap estadística oficial francesa no té en compte l'origen o la religió de les persones. No podem, en conseqüència, saber quants policies d'origen algerià, marroquí o de raça negra hi ha en aquests moments als serveis francesos de policia. Tampoc no podem saber quants ciutadans de raça negra o amb trets asiàtics han estat detinguts per la policia en els darrers anys. És cert, però, que, a finals dels anys noranta, alts càrrecs de l'anterior govern francès (entre ells el primer ministre, Lionel Jospin, i l'aleshores ministre de l'Interior, Jean-Pierre Chevènement) havien manifestat la necessitat de dur a terme polítiques de reclutament que afavorissin la diversificació racial de la policia¹⁹.

5.2. Els Estats Units d'Amèrica.

El fet que la policia aturi, identifiqui i escorcolli preferentment ciutadans d'origen africà, hispà o oriental és conegut als Estats Units amb l'expressió *racial profiling*. Es tracta d'una problemàtica àmpliament tractada pels operadors jurídics i fins i tot debatuda per l'opinió pública. Fins no fa gaire existia un consens sobre la seva inadequació jurídica tant per part dels uns (operadors jurídics) com dels altres

¹⁸ Vid. *Décision n°93-325 DC* de 13 d'agost de 1993.

¹⁹ Sobre la influència de l'ideal republicà d'igualtat en el tractament de les minories a França, amb especial referència als serveis de policia i la seva activitat, vid. LÉVY, R. i ZAUBERMAN, R., "La policia, les minories i l'ideal republicà francès", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 8, Escola de Policia de Catalunya, Mollet del Vallès, juny 2001, pàgs. 113 a 131.

(opinió pública)²⁰. Des del punt de vista jurídic, el Tribunal Suprem (i diversos tribunals federals de circuit) l'havien proscrit, tot i fer algunes matisacions sobre en quins supòsits el precepte constitucional infringit era l'esmena 4a (*unreasonable searches and seizures*) i en quins altres ho era l'esmena 14a (*equal protection of law*)²¹. Anem a veure quin sentit tenien aquestes matisacions.

En primer lloc, el *racial profiling* es produeix per una convicció íntima dels agents de policia segons la qual alguns grups ètnics o racials tenen una tendència superior a la comissió d'actes delictius²². En conseqüència, procedeixen a la seva aturada, identificació i escorcoll amb molta més freqüència que als membres de la majoria blanca en circumstàncies similars. Davant d'aquesta problemàtica la jurisprudència ha dit que la motivació interna dels agents només tindria rellevància a l'hora de valorar una infracció de l'esmena 14a però no de l'esmena 4a²³. L'esmena 4a protegeix els ciutadans de limitacions de drets arbitràries, encara que parla bàsicament de detencions i escorcolls (*unreasonable searches and seizures*). Només es poden produir aquestes limitacions davant d'indicis raonables suficients que la persona objecte de la mesura ha dut a terme una activitat delictiva o, com a mínim, il·legal. La jurisprudència ha negat reiteradament que, per si sols, els trets ètnics o racials d'una persona siguin indicis suficients per dur a terme una aturada, un escorcoll o una detenció²⁴. Poden ser tinguts en compte, conjuntament amb altres trets físics o externs, a l'hora d'identificar una persona que presumptament ha participat en un acte delictiu i de prendre les mesures restrictives de drets conseqüents. És a dir, si un agent de policia sap que s'ha produït un acte delictiu en les rodalies del lloc on es troba patrullant, i que, segons els testimonis, era un home de raça negra, de més d'un metre vuitanta d'alçada i uns 20 anys, pot procedir a la identificació, interrogatori i, si escau, detenció d'una persona d'aquestes característiques que trobi pel carrer²⁵. Ara bé, no pot aturar tots els homes de raça negra que hi trobi però que no tinguin l'alçada ni l'edat

²⁰ Vid., per exemple, GROSS, S.R, i LIVINGSTONE, D., "Racial Profiling under attack", *Columbia Law Review*, vol 102, núm. 5 (juny 2002), pàgs. 1413 a 1438.

²¹ Vid. SCHOTT, R.G., "The role of Race in Law Enforcement. Racial Profile or Legitimate use?", *FBI Law Enforcement Bulletin*, Novembre 2001, pàgs. 24 a 32.

²² Vid. GROSS, S.R, i LIVINGSTONE, D, Op. Cit., pàg. 1415.

²³ Vid. Whren et al. v. United States 517 U.S. 806 (1996).

²⁴ Vid., per exemple, United States v. Brignoni-Ponce, 422 U.S. 873 (1975).

²⁵ En alguns casos la jurisprudència ha acceptat com a vàlides mesures que podien violentar clarament un grup o una comunitat determinada si hi concorrien més circumstàncies objectives. Així, per exemple, a *Brown v. City of Oneonta*, 195 F.3d 111 (2nd Circuit 1999), una dona gran va ser atacada a prop d'Oneonta (Nova York). La senyora va informar la policia que el seu agressor era negre i que s'havia tallat la mà amb el ganivet durant l'atac. Una unitat canina policial va seguir el rastre de l'agressor des del lloc del crim fins el proper campus de la Universitat de l'Estat a Oneonta. Només el 2% dels estudiants d'aquesta universitat eren de raça negra. Van demanar una llista d'aquests estudiants a la Universitat i els entrevistaren a tots. Com no trobaren cap que coincidís amb les dades proporcionades per la víctima, van començar a aturar al carrer els ciutadans no blancs de la ciutat i cercaren els talls a les mans. Alguns van demandar la policia al·legant violacions de les esmenes 4a i 14a. El Tribunal de circuit, però, desestimà els arguments dels demandants al·legant que la raça només havia estat un element objectiu més (conjuntament amb el tall a les mans i la descripció física donada per la senyora agredida, a més del rastre seguit pels gossos en el cas dels estudiants universitaris).

esmentades²⁶. Si ho fa, estarà vulnerant l'esmena 4a, ja que l'índex utilitzat no serà suficient per legitimar la limitació de drets. És més, una aturada basada en raons ètniques o racials no està justificada constitucionalment parlant ni si es tracta de casos de control de l'aplicació de la legislació d'estrangeria més enllà dels llocs fronterers o equivalents²⁷. Serà, per tant, una activitat inconstitucional, amb independència del motiu que tingui l'agent per actuar d'aquesta manera.

D'una altra banda, l'esmena 14a protegeix els ciutadans contra actuacions discriminatòries dels poders públics dels Estats membres²⁸. Aquesta discriminació pot ser també directa o indirecta (encoberta). A l'hora de valorar una possible infracció d'aquest precepte sí que és rellevant la voluntat de discriminar per part de l'agent de policia. De totes maneres, només que la motivació del policia tingui diversos components pot ser suficient per legitimar la seva actuació²⁹. En els supòsits en què s'al·legui vulneració d'aquesta esmena, els demandants hauran de provar que persones d'altres races en similars circumstàncies podien haver estat perseguits però no ho van ser³⁰. Un cop el demandant mostra alguna evidència en aquesta direcció és l'Administració (la policia) la que ha de justificar el tracte diferent³¹.

En general, el *racial profiling*, entès com una restricció legal (o pràctica) que retalla els drets civils d'un grup racial, pel fet de fer-lo potencialment sospitós de dur a terme activitats contràries a l'ordenament jurídic, es considera contrari a la Constitució (sempre una vulneració de l'esmena 14a i, eventualment, com acabem de veure, també ho pot ser de l'esmena 4a). Fins i tot els presidents Clinton i Bush han condemnat públicament la pràctica del *racial profiling* per part de la policia. El primer, l'any 1999 va donar ordres taxatives a totes les agències federals d'enregistrar les característiques racials de les persones a les que aturaven al carrer. De fet, cada cop són més les policies dels Estats Units que exigeixen l'enregistrament de les dades racials de les persones que aturen, sobretot quan ho

²⁶ Com en el cas *Choi v. Gaston* 220 f.3D 1010 (9th Circuit 2000).

²⁷ Vid. *United States v. Brignoni-Ponce*.

²⁸ El mandat d'*equal protection* per als òrgans de la Federació està inclòs en l'esmena 5^a (*due process of law*), tal com assenyala el Jutge Murphy en un vot particular a la sentència *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), i posteriorment confirmaria la jurisprudència del Tribunal Suprem (vid., per exemple, *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954)). La *equal protection clause*, de l'esmena 14a està referida als estats membres, tal com assenyala GUNTHER, G., a *Cases and materials on Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, Nova York, 1980 (10th edition), pàg. 747.

²⁹ Vid. *U.S. v. Travis* 62 F.3rd 170 (6th circuit 1995).

³⁰ *United States v. Armstrong* 517 U.S. 456 i *United States v. Travis*.

³¹ En el cas *U.S. v. Travis*, la senyora Travis va basar la seva al·legació en les estadístiques dels informes sobre incidents de la unitat de policia del aeroport de Cincinnati/Northern Kentucky que mostraven un percentatge de membres de minories interpel·lats i detinguts inusualment alt. La policia va demostrar que no va escorcollar Travis pel fet que fos negra, sinó perquè es donaven un cúmul de circumstàncies que la feien sospitosa d'estar relacionada amb el tràfic de drogues (un bitllet d'anada Los Angeles—Cleveland subministrat per una agència que havia treballat prèviament per narcotraficants, la freqüent presència de traficants de drogues en el seu vol, el fet d'haver adquirit el bitllet d'avió només cinc hores abans de la sortida de l'avió, etc.) (sobre els fets del cas, vid. *FBI Law Enforcement Bulletin*, novembre 2001, pàgs. 29 i 30).

fan amb motiu de qüestions relacionats amb el trànsit³². Es tracta d'un mecanisme de control de l'activitat dels serveis de policia relacionada amb les diferents minories ètniques que integren la població del país.

Existeix, però, una excepció: situacions de guerra en què la prevenció del sabotatge i l'espionatge pot precisar prendre mesures restrictives de drets en raó únicament de la pertinença a una raça. Estem parlant d'un recurs conegut pel Tribunal Suprem al final de la Segona Guerra Mundial, el cas *Korematsu v. United States*³³. El senyor Fred Korematsu, que era un ciutadà dels Estats Units d'origen japonès, no va respectar una ordre de la Comandància de l'Exèrcit de l'Oest dels Estats Units, que exclouïa tots els ciutadans d'origen japonès de l'àrea de San Leandro on ell vivia, i els confinava en centres de recol·locació o internament, que, a la pràctica, eren molt similars al que nosaltres entenem com a camps de concentració. Va ser sancionat per aquesta infracció i va recórrer al·legant vulneració de l'esmena 14^a, argument que el Tribunal Suprem va rebutjar, atenent a les excepcionals circumstàncies de guerra amb l'Estat japonès. El Tribunal no va entrar en la constitucionalitat de l'internament del senyor Korematsu en camps, diguem-ne, especials, va estudiar la constitucionalitat de l'ordre que permetia l'exclusió dels ciutadans d'origen ètnic japonès de les zones del litoral occidental dels Estats Units d'Amèrica. La sentència és curta i, d'alguna manera, contradictòria. Així, el Tribunal comença dient que qualsevol mesura del Govern que afecta únicament els membres d'un determinat grup o minoria és, en principi, sospitosa de vulnerar l'esmena 14a de la Constitució, i, per tant, ha de ser sotmesa a un escrutini seriós per comprovar que les raons que impulsen el Govern a aprovar i aplicar una mesura d'aquest tipus estan prou fonamentades i serveixen realment a la causa de l'interès general. Posteriorment, però, accepta els arguments del Govern sense exigir-ne massa requeriments. L'advocat del Govern Federal al·lega la situació de guerra contra l'Imperi japonès i la possibilitat que les persones d'aquest origen poguessin, tot i tenir la majoria d'ells la nacionalitat americana i haver, com en el cas del senyor Korematsu, nascut en el territori dels Estats Units, sentir-se temptades a col·laborar amb l'Estat dels seus avantpassats. L'única prova que es presenta d'aquest perill és el fet que, més d'un any després de posar en marxa aquests centres d'internament, es passa un qüestionari als detinguts i uns 5.000 (d'un total de 120.000) es neguen a prestar jurament de fidelitat als Estats Units d'Amèrica i fins i tot alguns admeten que desitjarien tornar al Japó. No es tenen en compte arguments com la inexistència de cap processament i condemna per traïdoria de cap ciutadà d'origen japonès, ni les mostres de lleialtat del mateix senyor Korematsu, que havia intentat allistar-se en l'exèrcit americà. És a dir, malgrat els plantejaments inicials del Tribunal en el sentit que una mesura d'aquest tipus ha de ser estudiada de manera estricta, ja

³² vid. WEITZER, R. I TUCH, S.A., "Perceptions of Racial Profiling: Race, class and personal experience", *Criminology*, vol. 40, núm. 2, maig 2002, pàgs. 435 i 436.

³³ 323 U.S. 214 (1944). Sobre aquest cas i la seva significació posterior, vid. el completíssim article de HASHIMOTO, D.M. "The legacy of *Korematsu v. United States: A Dangerous Narrative Told*", dins de *UCLA Asian Pacific American Law Journal* vol. 4 (1996), pàgs. 72 a 128. La immensa majoria de la informació i comentaris sobre aquest cas i el seu tractament en el constitucionalisme americà han estat tretes d'aquest excel·lent article.

que presenta indicis de estar racialment esbiaixada, després sembla acceptar sense cap tipus d'objecció, d'una banda, que existia una sospita raonable de la perillositat de la comunitat japonesa i, d'una altra, que, davant d'un situació de guerra, les autoritats militars han de tenir una certa discrecionalitat per dur a terme les mesures que creguin convenients per a la defensa de la seguretat nacional.

La sentència ve a significar, si més no implícitament, l'acceptació d'una mena d'estat d'excepció (o, millor dit, de setge o de guerra) que suspèn la vigència de la *equal protection* en situacions de conflicte bèl·lic³⁴, tot i que, en el moment en que es dicta la sentència la guerra està en la seva recta final i els camps d'internament ja s'han començat a desmantellar. Encara que ha estat una sentència criticada per la doctrina americana des d'un primer moment, i fins i tot per la opinió pública algunes dècades després³⁵, no ha estat mai desautoritzada com a precedent per la jurisprudència americana. En un primer moment fins i tot va ser citada com a precedent explícit en alguns casos³⁶. Posteriorment, la jurisprudència ha citat reiteradament la referència inicial del Tribunal al criteri que les classificacions racials dutes a terme pel Govern han de ser sotmeses a un escrutini estricte dels fonaments darrers de la mesura, encara que normalment sense fer referència explícita al cas *Korematsu*. Però fins i tot en algun cas concret la jurisprudència ha confirmat que en aquell cas el tribunal va dur a terme un escrutini estricte de la constitucionalitat de la mesura presa pel Govern³⁷. Alguns³⁸ opinen que les raons que el cas *Korematsu* no hagi estat desautoritzat explícitament com a precedent per la jurisprudència es basen en la manca de consens sobre com procedir en aquests casos. És a dir, existeix consens sobre l'errada comesa en el cas *Korematsu*, però no sobre els límits de la intervenció governamental en situacions crítiques per a la seguretat nacional.

De fet, un problema molt similar es planteja actualment amb la situació crítica posterior als atemptats de l'11 de setembre de 2001. Algunes activitats dels diversos departaments i agències governamentals dels Estats Units poden provocar els mateixos dubtes de racisme o discriminació que van provocar les mesures d'internament de membres de la minoria d'origen japonès durant la segona guerra mundial. Aquestes activitats o iniciatives estan centrades en el control i supervisió de les persones provinents de determinats països majoritàriament àrabs o amb una forta implantació de la religió musulmana. Així, per exemple, el

³⁴ i que confirma la sentència dictada, divuit mesos abans, en el cas *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1942), que afirmava la constitucionalitat d'una altra ordre militar que establia una mena de toc de queda a partir d'una determinada hora del dia per als ciutadans d'origen japonès.

³⁵ La *Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians*, del Congrés dels Estats Units, va publicar l'any 1992 l'informe "*Personal Justice Denied*", en què es reconeixia el caràcter discriminatori de les mesures adoptades pel Govern americà contra els ciutadans d'origen japonès i, en conseqüència, la inconsistència de la doctrina establerta pel Tribunal Suprem en el cas *Korematsu*. De fet, la *Civil Liberties Act* de 1988, també constituï un reconeixement clar de la injustícia de les mesures d'internament, en reconèixer a les víctimes el dret a ser compensats econòmicament pel tracte rebut.

³⁶ Vid., per exemple, *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952).

³⁷ Vid., per exemple, *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995)

³⁸ Vid. HASHIMOTO, D.M., en Op. Cit., pàgs. 119 i ss.

Departament de Justícia ha enviat una carta a aquelles persones d'entre 18 i 33 anys que han arribat als Estats Units en els dos anys previs a l'11 de setembre amb un visat diferent de la d'immigrant, procedents de països on "Al Qaeda" té ramificacions (de totes maneres això no inclou, per exemple, els ciutadans alemanys, tot i que aquest grup tenia una cèl·lula important a Hamburg). Aquesta carta diu quelcom semblant a³⁹:

"El seu nom ha arribat al nostre coneixement perquè, entre altres coses, vostè ha arribat als Estats Units amb un visat des d'un país on hi ha grups que donen suport, promouen i financen terrorisme internacional. No tenim cap raó per creure que vostè està, de cap manera, relacionat amb activitats terroristes. De totes maneres, vostè pot saber alguna cosa que podria ser d'ajut per als nostres esforços"⁴⁰.

Tot seguit, se'ls demana que vagin al Departament de Justícia per demanar dia i hora per a una entrevista. En principi tot és voluntari. És a dir, no hi ha una sanció annexa al fet de no anar a concretar l'entrevista en qüestió. Des del Departament de Justícia s'argumenta que no existeix *racial profiling*, ja que no és la raça l'element determinant per rebre la carta, sinó que es parteix de la nacionalitat dels destinataris de la carta. Podríem argumentar que entre la discriminació basada en la raça i la basada en el lloc o la nació de naixement no hi ha una diferència remarcable⁴¹. Al Departament, però, afegixen que tenen en compte altres factors, com el moment de l'entrada en els Estats Units i el tipus de visat que s'ha sol·licitat. Sembla ser cert que no tots els ciutadans provinents dels països amb presència d'Al-Qaeda han estat destinataris de la carta, cosa que faria pensar en la veracitat del fet que es tenen en compte altres característiques a més de la nacionalitat. Cal, doncs, considerar que aquesta activitat està esbiaixada (és discriminatòria) d'acord amb els criteris amb què fins ara hem treballat?

De fet, tenint en compte la jurisprudència que acabem de comentar, l'activitat del Departament de Justícia podria ser perfectament acceptable. A més, sense recórrer a la sentència més dràstica del cas *Korematsu*. No cal anar tan lluny, simplement cal recordar aquelles sentències sobre actuacions de la policia que havien tingut en compte la raça com un element més, entre altres, per tal de procedir a la identificació i detenció de potencials sospitosos (*U.S. v. Travis i Brown v. City of Oneonta*). L'argumentació del cas *Korematsu* només caldria reservar-la per altres mesures que no tinguin en consideració cap altra dada que la nacionalitat o la raça, o, en el cas que es considerés que, fins i tot per a les persones destinatàries de la carta del Departament de Justícia, existia una vulneració de l'esmena 14a, pel fet que la carta constitueix per si sola un estigma injust. En aquests supòsits sí caldria tornar a l'argument segons el qual és possible tractar les persones de manera diferent en funció de la seva raça quan es tracta

³⁹ Posteriorment la carta s'ha enviat també a aquelles persones arribades entre el mes d'octubre de 2001 i febrer de 2002.

⁴⁰ Vid. GROSS, S.R, i LIVINGSTONE, D, Op. Cit., pàgs. 1417 i ss.

⁴¹ Vid. *Saint Francis College v. Al-Khazraji* 481 U.S. 604 (1987).

d'impedir sabotatges o accions de guerra contra els Estats Units. Caldrà esperar, però, a veure si aquesta iniciativa del Departament de Justícia és portada davant dels tribunals per algun dels afectats per saber si els tribunals apliquen els arguments de la jurisprudència precedent de la mateixa manera que nosaltres acabem de dir que ho podria fer.

5.3 Lliçons dels exemples americà i francès.

Tant el cas francès com el dels Estats Units ens ofereixen paràmetres útils a l'hora de tractar les problemàtiques derivades de l'ús de les característiques racials a l'hora d'investigar i sancionar els il·lícits penals o administratius. En tots dos casos proscriuen l'ús de la raça com a únic element a tenir en compte per intervenir policialment (o militarment) sobre un ciutadà, tot i que ho fan amb intensitats diferents. Així, en el cas de França resulta inacceptable en tot cas, mentre que en el cas americà sí s'accepta si hi ha més elements que condueixen cap a la mateixa persona, és a dir, s'accepta com a criteri complementari (tret de situacions de guerra on pot esdevenir, com hem vist, criteri únic). De fet, a la pràctica la situació no és del tot diferent, ja que a França els mateixos indicis addicionals al de la raça podrien comportar la identificació o detenció de la persona en qüestió.

Més problemàtic resulta en el context europeu acceptar, com així ho fan els tribunals americans, que en els casos de discriminació no s'alteri la càrrega de la prova, que continuaria estant al cantó de qui al·lega o acusa. Com la Directiva 2000/43/CE estableix, la posició jurídica de l'Administració afavoreix la idea que són els òrgans públics els qui, en un Estat Democràtic i de Dret, han d'estar en condicions de justificar sempre que les seves actuacions s'ajusten a dret.

De totes maneres, sí que resulta acceptable per als nostres ordenaments el tenir en compte la raça com un element més per descriure un presumpte delinqüent, conjuntament amb altres trets, com el color dels ulls, l'alçada o el pes, però mai com a característica única que pot legitimar una intervenció restrictiva de drets sobre la seva persona. L'enregistrament de les dades racials a efectes de control de l'activitat de les administracions públiques, sobretot de la policia, en relació amb les minories també podria ser un instrument interessant de supervisió dels serveis públics.

6. Pautes a tenir en compte en el marc espanyol.

Sembla clar que en el context espanyol existeixen dues referències inexcusables a tenir en compte de cara a futures controvèrsies en aquest àmbit:

A. La Constitució i la jurisprudència constitucional.

L'article 14 de la Constitució prohibeix de forma clara, com hem vist que ha ratificat el Tribunal Constitucional, tant la discriminació directa com l'encoberta o indirecta. En aquesta direcció, les dues sentències estudiades en aquest article (SSTC 126/1986, de 22 d'octubre i 13/2001, de 29 de gener) neguen la possibilitat de controls policials generalitzats basats en la raça dels destinataris dels controls. En canvi, sí que hi ha una acceptació de controls basats en trets racials si es donen circumstàncies com les del cas de la senyora Williams Lecraft.

De cara al futur, caldria pensar en l'aplicabilitat a aquests casos de la doctrina constitucional ja consolidada (i que el Tribunal Constitucional oblida o no utilitza en la STC 13/2001) sobre les requisits que han de complir les mesures restrictives de drets. És cert que el Tribunal sembla abonar-se a la posició de l'Audiència Nacional, segons la qual la identificació dels ciutadans per part de la policia més que una limitació de drets és una càrrega de la vida en societat. Com hem vist (vid. supra nota 6) el Tribunal ja havia recorregut implícitament a aquesta idea de càrrega relacionada amb actuacions policials en tractar de l'obligació de sotmetre's als controls d'alcoholèmia. També cal recordar, però, que a l'hora de decidir sobre la constitucionalitat de l'article 20.2 de la Llei Orgànica 1/1992, de 21 de febrer, de protecció de la seguretat ciutadana, el Tribunal reconegué que aquest requeriment per a la identificació (el precepte preveu la possibilitat que els agents de l'autoritat puguin requerir aquells que no puguin ser identificats d'una altra manera perquè els acompanyin a les dependències policials⁴²) és una "*privación de libertad con fines de identificación*"⁴³, diferent de la detenció, això sí, però una privació de llibertat, no una càrrega social. Si tenim en compte que, per a la identificació de la senyora Williams Lecraft, s'utilitza el requeriment previst a l'article 20.2 de l'esmentada Llei Orgànica, en aquest cas podríem parlar d'un privació de llibertat (temporal) basada en el color de la pell, per a la realització de la qual caldria tenir en compte els requisits establerts per a les mesures restrictives de drets. El problema, però, és que en la fase judicial la recurrent no havia al·legat vulneració de l'article 17 de la Constitució i, tot i que ho fa davant del Tribunal Constitucional, la normativa que regeix el procés d'empara constitucional impedeix que el Tribunal entri a estudiar aquesta al·legació perquè l'al·legació a la instància judicial és un imperatiu per a l'admissibilitat del motiu d'empara⁴⁴.

⁴² Òbviament en el cas que es tracti de persones que puguin haver comès o estar a punt de cometre una infracció.

⁴³ Vid. STC 341/1993, de 18 de novembre, FJ 5 i 6.

⁴⁴ Vid. FJ 5.

Però bé, fins i tot acceptant aquest que només fos una càrrega social, una càrrega no és quelcom positiu per als ciutadans i no resultaria gens desgavellat exigir també per a les intervencions administratives gravoses per als administrats els requisits propis de les mesures restrictives de drets. Així aquestes mesures haurien de complir els requisits de⁴⁵:

- **Idoneïtat.** La mesura ha de ser susceptible d'aconseguir l'objectiu proposat. En el cas de la identificació per raó de la raça en el moment de dur a terme controls d'estrangeria, a mida que la societat sigui cada cop més multirracial, la mesura perdrà la seva idoneïtat. Fins i tot ja actualment no serveix per detectar segons quins estrangers no comunitaris (per exemple, els ciutadans suïssos, iugoslaus o russos)⁴⁶.
- **Necessitat de la mesura.** Cal sempre plantejar-se prèviament mesures menys lesives que permetin aconseguir el mateix objectiu. En el cas que ens ocupa, la restricció de drets rau en la discriminació de la persona objecte del control d'estrangeria en funció del color de la seva pell, no la identificació mateixa. No sembla que, en el context en que es demana la identificació, tal com assenyala el Tribunal, una estació de ferrocarril amb connexió amb Portugal i, per tant, amb un trànsit important d'estrangers (tant regulars com irregulars), la mesura sigui en si mateixa inacceptable constitucionalment parlant. De fet, el bé jurídic constitucional igualtat resulta afectat pel fet que s'aplica a una de les persones que es troben a l'estació i no a les altres. Si el lloc era, als efectes de controls d'estrangeria, tan conflictiu com consta a la sentència, no sembla que hi hagués cap problema constitucional en el

⁴⁵ Vid., per exemple, STC 207/1996, de 16 de desembre, FJ4.e, on el Tribunal recorda la seva doctrina consolidada en la matèria "Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

En este sentido, **hemos destacado** (SSTC 66/1995 y 55/1996) **que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos** o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (**juicio de idoneidad**); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (**juicio de necesidad**); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**)». Més recentment el Tribunal ha mantingut aquesta jurisprudència, entre altres, a la STC 186/2000, de 10 de juliol (Vid. FJ6).

⁴⁶ També qüestiona la idoneïtat d'aquestes identificacions GONZALO QUIROGA, M., a "Discriminación racial y control de identificación policial: valoración de la raza como indicio de extranjería y de nacionalidad", *Diario La Ley*, núm. 5291, de 19 d'abril de 2001, pàgs. 1 a 5.

fet de sol·licitar la documentació a tots els membres del grup de tres persones en el que anava la senyora Williams Lecraft. Es podia, per exemple, pensar que era un grup d'immigrants estrangers que viatjaven junts (o, fins i tot, que els altres dos eren còmplices d'immigració il·legal). En cas de sol·licitar la documentació als tres membres del grup la discriminació desapareix i l'objectiu s'aconsegueix de la mateixa manera, ja que la policia acaba sabent si la senyora en qüestió resideix legalment a Espanya. A més, es podien també haver pres altres mesures prèvies a la identificació, com una interpel·lació dels tres membres del grup per part de la policia sobre qualsevol altre tema per veure la seva reacció o la llengua utilitzada per la senyora en parlar, etc. En tot cas, no sembla que en el cas de la senyora Williams Lecraft la mesura acomplís el requisit de la necessitat. Caldrà que aquest requisit sigui tingut en compte en el futur.

- **Que la mesura sigui equilibrada o ponderada**, en el sentit que generi més beneficis que perjudicis tenint en compte tots els béns o valors en conflicte. Aquest és un punt extremadament problemàtic en el cas que ens ocupa, ja que la ponderació de béns jurídics és sempre difícil i, amb freqüència, conflictiva. En el nostre supòsit és francament complicat (si més no, a mi m'ho sembla) acceptar que l'interès de l'Estat en el compliment de la legislació d'estrangeria estigui per sobre de la consideració social que mereixi un dels col·lectius (el de persones de raça negra) que integren la nostra societat. No vull dir amb això que l'interès de l'Estat en aquest cas sigui diferent al dels ciutadans i, per tant, antidemocràtic, ja que és evident que la normativa d'estrangeria s'aprova seguint els procediments constitucionalment previstos i amb la participació dels representants dels ciutadans. Cap objecció, doncs, a la legitimitat democràtica dels controls de l'aplicació de la legislació d'estrangeria. El problema és si per dur a terme aquest control és acceptable l'estigmatització d'un grup social. És raonable pensar que si aquests controls es fan habitualment sobre les persones de raça negra, la resta de la població tindrà com a imatge comuna i habitual la de la policia intervenint amb ciutadans d'aquesta raça. És llavors prou raonable pensar (com podia passar amb la resta de gent que es trobava a l'estació de Valladolid en el moment que la policia demana la documentació a la possiblement única ciutadana de raça negra present en aquells moments al recinte) que "aquesta gent" sempre crea problemes, amb les negatives conseqüències per a la vida en societat de la gent de raça negra que això té.

Si dèiem que hi ha indubtablement un interès general en ordenar l'entrada, residència i sortida de ciutadans estrangers dins del territori de l'Estat, ens hauríem de plantejar si no respon també a l'interès general la no marginalització de cap dels grups que integren la nostra societat. Si estem d'acord en que la criminalització o marginació de qualsevol grup per la raó que sigui va contra l'interès general, ja que configura les

bases per a un conflicte social que pot tenir conseqüències nefastes per a la vida pública, llavors estarem d'acord en el fet que demanar preferentment a les persones de raça negra els documents que acreditin la seva residència legal a Espanya no aporta, globalment parlant, cap benefici a l'interès general digne de ser protegit⁴⁷.

De fet el Tribunal, a l'hora de justificar el tracte discriminatori segueix, encara que sense arribar a les darreres conseqüències, la seva jurisprudència pel que fa a l'acceptabilitat d'aquests tipus de mesures. Segons aquesta jurisprudència la introducció de diferències de tracte a situacions aparentment iguals requereixen una justificació objectiva i raonable. Al mateix temps, perquè una diferència de tracte sigui constitucionalment lícita cal que les conseqüències que se'n derivin siguin proporcionades a la finalitat perseguida⁴⁸. La diferència més clara amb els requisits exigits per a les mesures restrictives de drets en general és l'exigència de la necessitat de la mesura en qüestió que és directament exigida en el cas d'aquelles mesures. És a dir, que sempre cal comprovar que no es pugui aconseguir el mateix resultat amb un altra mesura menys gravosa. Tot i que tampoc no hauria contradit la jurisprudència constitucional en aquesta matèria el fet d'haver exigint aquesta necessitat en aquest cas. Així, el Tribunal podia haver interpretat que la raonabilitat exigida implicava la necessitat de la mesura. De cara al futur aquesta necessitat hauria de ser un requisit indispensable.

D'una altra banda, tampoc no estaria de més, en aquest punt, recordar que el Tribunal Constitucional hauria de fugir del que la doctrina americana ha vingut a qualificar com "argumentacions persuasives"⁴⁹ i que pretenen, a partir de raonaments de fet objectius (si més no, des del punt de vista del ciutadà del carrer), obtenir comprensió per a mesures restrictives de drets executades pel Govern. El nostre Tribunal ho fa clarament en el cas Williams Lecraft. Per mostrar-nos la raonabilitat de la intervenció policial, el Tribunal aporta la data objectiva de que l'any 1992 (i fins i tot ara) la majoria dels ciutadans de nacionalitat espanyola són de raça blanca. És, en conseqüència, raonable que la policia, en el marc de l'aplicació de la legislació d'estrangeria, demani la documentació amb preferència als ciutadans de raça negra (sempre que, en això sí que és clar el Tribunal, es donin unes circumstàncies similars a les del cas en qüestió). Des del meu punt de vista, el Tribunal barreja qüestions de dret amb qüestions de fet. És a dir, els ciutadans de raça negra tenen els mateixos drets i deures que els d'altres races o ètnies d'acord amb la nostra Constitució. És clar que el constituent sabia que eren una minoria, clar que sí. Precisament per això calia establir una protecció específica i explícita. Les garanties sempre s'estableixen per ser usades per aquells que no gaudeixen d'una posició de domini, sinó de precarietat (parlant en

⁴⁷ LAFONT NICUESA, L., en Op. Cit., considera que el Tribunal ja ha dut a terme en aquesta sentència una ponderació adequada dels valors i interessos en conflicte (vid. pàgs. 382 i 383).

⁴⁸ Vid. Entre altres, SSTC 75/1983, FJ 2, 62/1987 i 158/1993, FJ2.

⁴⁹ Vid. HASHIMOTO, D.M., en Op. Cit., pàgs. 96 i ss.

termes sociològics i polítics)⁵⁰. Si el fet que els ciutadans de raça negra són minoria entre els espanyols justifica el que siguin sotmesos a càrregues superiors a les de la resta dels ciutadans, la prohibició constitucional de discriminació perd tot el sentit, ja que està pensada per protegir els qui són diferents, les minories, i cal fer-ho amb independència del punt de vista de la majoria⁵¹.

De fet, en la Sentència 13/2001, el Tribunal Constitucional espanyol ens recorda amb tota claredat la manera de procedir del Tribunal Suprem Americà en el famós (i criticadíssim) cas Korematsu: comença fent plantejaments molt taxatius contra qualsevol tipus de discriminació per passar a acceptar sense pràcticament cap objecció les justificacions no massa fonamentades del Govern. Existeix, però, una diferència important: el cas Korematsu està emmarcat en un context de conflagració mundial, mentre que la Sentència 13/2001 està emmarcada en un context de creixents onades migratòries de caràcter econòmic cap a l'Estat espanyol i tota l'Europa Occidental, però no en un context de guerra. Vull dir que en situacions de conflicte bèl·lic és molt més freqüent trobar una relaxació de les garanties d'alguns drets⁵². En canvi, la jurisprudència americana més recent (a partir dels anys 60) és més exigent, en situacions de pau, amb les mesures policials que utilitzen la raça per interferir la vida quotidiana dels ciutadans. Hem vist com prohibeix l'ús exclusiu de la raça com a detonant de l'actuació policial (a l'igual que la jurisprudència francesa) i només l'accepta si es donen uns requisits que no són massa diferents dels que a casa nostra el Tribunal exigeix per a les mesures restrictives de drets, i que aquí proposem com a criteri constitucional futur per a situacions com la que donà lloc a la Sentència 13/2001.

⁵⁰ Tot i que parteix de plantejaments iusnaturalistes, quan Ronald Dworkin, a *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978, ens parla dels drets com a triomfs davant de la majoria, està descrivint molt clarament i precisa el sentit dels drets com a garantia davant de qui ostenta el poder. Com algun il·lustre catedràtic de la meua Àrea de Dret Constitucional diu "els drets són sempre cosa de les minories", ja que les majories no acostumen a veure'ls en perill.

⁵¹ Les enquestes existents (encara no a Espanya o Catalunya, però si a altres països) mostren com la majoria sempre té més dificultats per ser conscient, en primer lloc, que el Govern (normalment la policia) duu a terme mesures esbiaixades en funció dels trets racials dels seus destinataris, i, en segon lloc, que aquestes mesures estan, freqüentment, mancades de tota justificació. Així, per exemple, Ronald Weitzer i Steven A. Tuch, mostren, a partir d'una recerca que van dur a terme, com els americans de raça blanca tenen més dificultat per percebre les actuacions policials susceptibles de ser qualificades de "racial profiling", entre altres raons perquè gairebé mai s'han sentit destinataris d'aquest tipus de mesures. A més, tot i que les desaproven en cas que existeixin ho fan en un percentatge més baix que els membres de la minoria negra (vid. WEITZER, R. I TUCH, S.A., a Op. Cit., pàgs. 441 i ss.)

⁵² Així, la mateixa Constitució espanyola preveu la possibilitat de declarar l'estat de setge en cas de guerra, que implica la suspensió d'alguns drets (vid. arts. 55.1 i 116) i el Conveni europeu de protecció dels drets humans i llibertats fonamentals, signat a Roma l'any 1950, preveu la possibilitat que els Estats signataris suspenguin la vigència del conveni en aquestes situacions (vid. art. 15).

B Tendències normatives europees (especialment la Directiva 2000/43).

En el marc del procés d'integració europea, les normes emanades dels òrgans competents de la Unió Europea han de ser un referent ineludible en el camp de la discriminació per raó de raça i, de fet, en qualsevol altre camp. Aquestes normes o tenen aplicació directa en tot el territori de la Unió des del moment de la seva publicació o han d'incorporar-se a l'ordenament intern dels estats membres en el termini assenyalat (directives). Aquesta incorporació afecta totes les instàncies polítiques i jurídiques, òbviament. És a dir, centrant-nos en la matèria que ens ocupa, l'esmentada Directiva 2000/43/CE, haurà d'estar incorporada a l'ordenament jurídic espanyol abans del 19 de juliol del 2003 i obligarà tothom. Com hem vist, aquesta directiva estableix (art. 2.1. a) que *“existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable”*. Aquí hem de reprendre allò que hem dit en l'apartat anterior: tot i que el Tribunal Constitucional ens diu (recollint el posicionament de l'Audiència Nacional) que la sol·licitud de documentació per part de la policia no és més que una càrrega pròpia de la vida en societat, una càrrega és, en tot cas, un tractament no favorable, encara que, segons el Tribunal Constitucional, legítim. Seria difícil conceptualitzar una càrrega com a un tractament favorable o neutre. Així, si la identificació és una càrrega i, per tant, un tractament menys favorable i la directiva europea prohibeix que aquests tractaments estiguin basats en la raça, no sembla possible defensar, des d'un punt de vista jurídic, la correcció d'una identificació policial basada únicament en el color de la pell de la persona objecte de la intervenció policial. Serà bo, doncs, que els poders públics espanyols prenguin les mesures necessàries per impregnar l'ordenament jurídic i tots els seus operadors dels principis i el contingut d'aquesta directiva europea en matèria de no discriminació per raó de raça.

Molt més fàcil hauria de ser l'aplicació de la inversió de la càrrega de la prova en aquests casos que planteja la Directiva europea, ja que, com hem vist, ja és un plantejament que forma part de la jurisprudència constitucional.

Finalment, i encara que no sigui l'objecte d'aquest article, voldria fer alguna consideració en relació a l'ús estadístic de dades relatives a la raça de les persones. Si anem cap a una societat ètnicament molt més diversa que fins ara, en la que un tractament igualitari dels col·lectius que la integren i una integració homogènia dels membres d'aquests col·lectius en la vida pública seran factors claus per a una convivència harmònica, caldria reflexionar sobre si reconsiderem alguns dels nostres plantejaments en relació amb l'ús de les característiques racials a efectes de control del caràcter neutral i integrador de les institucions i organismes públics. Em refereixo a l'enregistrament de les característiques ètniques o racials dels detinguts, dels condemnats a pena privativa de llibertat o dels funcionaris públics. Un enregistrament de les dades a efectes estadístics ens podria donar una idea de fins a quin punt la imparcialitat de les nostres institucions i organismes públics és acceptable i fins a quin punt calen polítiques actives per tal d'afavorir la igualtat real de les persones i els grups de la que ens parla l'article 9.2

del nostre text constitucional. La interpretació que fins ara el legislador ha fet de l'ús de les característiques racials en els registres públics és, com hem vist, taxativa en el sentit que no és acceptable per al nostre ordenament jurídic. No cal oblidar, però, com també hem vist, que el Tribunal Constitucional ha manifestat, que l'ús merament descriptiu de característiques ètniques dels ciutadans no resulta per principi discriminatori des del punt de vista constitucional. Crec que podria ser una via a explorar. L'Alt Tribunal, coincidint amb la jurisprudència del Tribunal de Unió Europea, fins i tot ha manifestat la utilitat de la estadística per determinar si es produeix (o s'ha produït) discriminació per raó de sexe en una situació concreta. No sembla que les dades de gènere i les relatives a la raça siguin substancialment diferents a l'hora de parlar de la seva inclusió en les estadístiques sense vulnerar la prohibició de discriminació de l'article 14 de la Constitució⁵³.

De totes maneres, tampoc no vull, amb això, insinuar que cal seguir fil per randa el model anglosaxó de tractament legal de les minories ètniques. És un model que, tot i tenir instruments de supervisió interessants, no ha estat capaç d'evitar discriminacions patents (cal només recordar el segregacionisme a les escoles americanes fins fa alguns dècades o el racisme institucional de la Policia Metropolitana de Londres, posat de manifest més recentment amb l'informe sobre l'actuació policial després de l'assassinat del senyor Steve Lawrence), ni conflictes molt virulents entre alguns dels grups minoritaris que integren la població dels respectius països. Simplement vull cridar l'atenció sobre el fet que hem de dissenyar mecanismes que ens donin informació sobre l'actuació dels poders públics en els àmbits relacionats amb les minories que integren la nostra societat. De la imparcialitat i la capacitat d'integració de les nostres institucions dependrà el futur de la nostra societat. Aquests temes, però, com hem dit al començament, haurien de ser objecte d'un estudi més ampli i detallat, ja que comporten un debat d'unes dimensions que desborden l'objecte d'aquest article.

⁵³ A la Sentència 240/1999, de 20 de desembre, el Tribunal exigeix que els jutges i tribunals recorrin a l'estadística per esbrinar si situacions aparentment raonables i justificades no encobreixen una discriminació encoberta. Concretament, citant la seva sentència 145/1991, FJ4, el Tribunal diu: "...cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato...y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación —en este caso las mujeres—, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación objetiva y razonable, no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE..." per continua afirmant, també citant una altra sentència seva (la 128/1987, FJ6), "...Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística...En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999...)" (FJ 6 darrer paràgraf)

BIBLIOGRAFIA

“Encuesta: La Ley de Extranjería y la Constitución”. Teoría y realidad Constitucional, núm.7, 1er semestre 2001, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pàgs. 7 a 97.

GONZALO QUIROGA, M. “Discriminación racial y control de identificación policial: valoración de la raza como indicio de extranjería y de nacionalidad”, a diario La Ley, número 5291, del dijous 19 d'abril de 2001, pàgs. 1 a 5.

GROSS, S.R, i LIVINGSTONE, D., “Racial Profiling under attack”, Columbia Law Review, vol. 102, núm. 5 (Juny 2002), pàgs. 1413 a 1438.

GUNTHER, G. Cases and materials on Constitutional Law, The Foundation Press, Mineola, New York, 1980 (10th edition), pàgs. 745 a 790.

HASHIMOTO, D.M. “The legacy of Korematsu v. United States: A Dangerous Narrative Told”, UCLA Asian Pacific American Law Journal vol. 4 (1996), Pàgs. 72 a 128.

LAFONT NICUESA, L. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2001, de 29-1 de 2001. El caso “Williams Lecraft” y la discriminación por razón de raza”, Revista Vasca de Administración Pública, núm. 61 (I), 2001, pàgs. 359 a 383.

LÉVY, R. i ZAUBERMAN, R. “La policia, les minories i l'ideal republicà francès”, Revista Catalana de Seguretat Pública, núm. 8, Escola de Policia de Catalunya, Mollet del Vallès, juny 2001, pàgs. 113 a 131.

PICARD, E., “Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux: des régimes inutilement hétéroclites”, Revue Française de Droit Administratif, n^o 10 (5), pàgs. 959 a 998.

SCHOTT, R.G., “The role of Race in Law Enforcement. Racial Profile or Legitimate use?”, FBI Law Enforcement Bulletin, novembre 2001, pàgs. 24 a 32.

TIERSMA, P.M., i SOLAN, L.M. Cops and robbers: Selective literalism, Racial Profiling and the Problem of False Confessions. Loyola Law School (Los Angeles) Public Law and Legal Theory. Research Paper no. 2002-19, setembre 2002.

WEITZER, R. I TUCH, S.A., “Perceptions of Racial Profiling: Race, class and personal experience”, Criminology, vol. 40, núm. 2, maig 2002, pàgs. 435 a 456.

