

LA UTILIZACIÓN DE PERFILES ÉTNICOS
COMO UNA PRÁCTICA DE DISCRIMINACIÓN SISTÉMICA
DE CARÁCTER INSTITUCIONAL:
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS WA BAILE CONTRA SUIZA*

ETHNIC PROFILING AS A PRACTICE
OF SYSTEMIC INSTITUTIONAL DISCRIMINATION:
AN ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS IN WA BAILE V. SWITZERLAND

ANDRÉS GASCÓN CUENCA
Universitat de València
<https://orcid.org/0000-0001-6417-9722>

Fecha de recepción: 3-6-24

Fecha de aceptación: 17-9-24

Resumen: *La utilización de perfiles raciales por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en la materialización de sus funciones de parada y registro es una práctica claramente discriminatoria que supone la adscripción a determinadas minorías fenotípicamente diferentes a la mayoría social, comportamientos, situaciones o tendencias delictivas basadas en prejuicios. Numerosas instancias internacionales de protección de derechos humanos se han pronunciado en este sentido. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido la oportunidad de revisar diversos casos sobre esta materia, sin que se haya producido una condena hasta la sentencia Wa Baile contra Suiza. Por lo*

* Esta investigación se ha realizado dentro los proyectos de investigación Jurisdicción y argumentación en derechos humanos: Estudio cualitativo y cuantitativo de la aplicación de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos por parte de los órganos jurisdiccionales españoles (ArgumentaDH), financiado por las Subvenciones para Grupos Investigadores Consolidados de la Generalitat Valenciana CIAICO/2023/050 y I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y fondos FEDER Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos. IN_ JUSTICE. Ref. PID2021-126552OB-I00.

tanto, el presente texto pretende analizar, en primer lugar, en qué consiste la identificación policial por perfil étnico, y por qué es una práctica que debe ser considerada como racismo sistémico de carácter institucional. Una vez determinado esto, en segundo lugar, se analizará la situación material descrita en la Sentencia y las razones que llevan a la condena, para finalmente poder analizar críticamente si existe una correspondencia entre la primera parte y la segunda, y así valorar los argumentos ofrecidos por el tribunal del Estrasburgo.

Abstract: *The use of racial profiling by state security forces in the exercise of their stop and search functions is a clearly discriminatory practice that involves the attribution of behaviours, situations or criminal tendencies to certain minorities, who are phenotypically different from the social majority, on the basis of prejudice. Numerous international human rights bodies have ruled on this issue. The European Court of Human Rights (ECHR) has had the opportunity to examine several cases on this issue, without reaching a conclusion until the *Wa Baile vs. Switzerland* judgment. The aim of the present text is therefore, firstly, to analyse what ethnic profiling by the police consists of and why it is a practice that should be considered as systemic racism of an institutional nature. Once this has been established, the material situation described in the judgment and the reasons that led to the condemnation will be analysed in order to critically examine whether there is a correspondence between the first part and the second part, and thus to evaluate the arguments put forward by the Strasbourg Court.*

Palabras clave: discriminación, perfil étnico, control identidad
Keywords: discrimination, ethnic profiling, identity checks

1. EN QUÉ CONSISTE LA UTILIZACIÓN DE PERFILES ÉTNICOS, A QUIÉN AFECTAN Y CUÁLES SON LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARA PREVENIRLAS

Es importante señalar que no cualquier tratamiento diferente debe ser identificado como discriminatorio. Así, individuos con un mismo derecho subjetivo o en una misma situación jurídica pueden recibir respuestas diferentes y estas no tienen por qué conculcar el derecho a no ser discriminado¹. Así, si el trato desigual ofrece una justificación objetiva y razonable que se aprecie en la finalidad y efectos de la medida que estamos revisando, y existe una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, el comportamiento en cuestión no tiene por qué discriminatorio.

¹ C. MCCRUDDEN, y S. PRECHAL, *The Concepts of Equality and Non-discrimination in Europe. A practical approach*, Comisión Europea, Bruselas, 2009, pp. 12-13.

Esta relación de proporcionalidad se debe dar entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida por el legislador, que ha de ser legítima dentro del Estado social y democrático de Derecho.

Cuando nos encontramos ante una situación de estas características existen una serie de categorías sospechosas² que establecen una serie de factores diferenciadores expresamente prohibidos³ por la legislación, en las que la fundamentación del juicio de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad legítima perseguida por parte de los poderes públicos debe satisfacer un escrutinio agravado o estricto⁴. Es decir, *prima facie*, podemos entender que un trato diferenciado que se base en una de estas categorías sospechosas no satisfará este juicio de proporcionalidad, dado que está basado en una característica compartida por un colectivo que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, normalmente por la historia de discriminación formal y material sufrida, o por los prejuicios sociales en contra de sus miembros, que suelen precipitar en una situación de desigualdad material⁵.

En este sentido, la elaboración de perfiles raciales para ser usados en la aplicación de determinados ámbitos normativos, y específicamente por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en la ejecución de las tareas que tienen asignadas es una práctica meridianamente discriminatoria, reconocida como tal por parte de las instituciones internacionales encargadas de la protección de los derechos humanos que, sin embargo, reconocen como un "fenómeno persistente en todas las regiones del mundo"⁶. Puede ser identificada a partir de las siguientes características: "a) es obra de los agentes del orden; b) no está motivada por criterios objetivos o una justifi-

² C. MCCRUDDEN, y S. PRECHAL, *The Concepts of Equality and Non-discrimination in Europe...*, cit. pp. 23-26.

³ Como, por ejemplo, los incluidos en el artículo 1 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o el 14 de la Constitución española, entre muchos otros textos que establecen garantías frente a la discriminación.

⁴ O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Igualdad. Una Inmersión Rápida*, Tibidabo Ediciones, Barcelona, 2023, p. 22.

⁵ D. GIMÉNEZ GLUCK, "Igualdad y no discriminación de las personas mayores", *Teoría y Derecho*, vol. 33, 2022, p. 68. La etnia es una categoría fuente de tratamientos discriminatorios que ha servido para oprimir a cualquier grupo social diferente de aquel que hegemónicamente ha detentado el poder.

⁶ Documento UN CERD/C/GC/36 para. 13. Ver también: Naciones Unidas, *Preventing and Countering Racial Profiling of People of African Descent: Good Practices and Challenges*, Naciones Unidas, Nueva York, 2009, V.

cación razonable; c) se basa en motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico o su interrelación con otros motivos pertinentes, como la religión, el sexo o el género, la orientación sexual y la identidad de género, la discapacidad y la edad, la situación migratoria o la situación laboral o de otro tipo; d) se utiliza en contextos específicos, como el control de la inmigración y la lucha contra el delito, el terrorismo u otras actividades que constituyen o pueden constituir presuntas violaciones de la ley”⁷. La Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), en su Recomendación de Política General número 11, sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en el ámbito policial, define esta práctica como “la utilización por la policía, sin justificación objetiva y razonable, de motivos como la raza, el color, la lengua, la religión, la nacionalidad o el origen étnico en actividades de control, vigilancia o investigación”⁸. Existen más definiciones similares en este sentido, como la del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia⁹, la de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁰, la del Programa de Acción de Durban¹¹, o la que ofrece el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CoEDR) en su recomendación general (RG) número 36¹², o las de la doctrina¹³, y todas ellas comparten las características de la ofrecida por la ECRI.

⁷ Documento UN CERD/C/GC/36 para. 13.

⁸ Texto original: *The use by the police, with no objective and reasonable justification, of grounds such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin in control, surveillance or investigation activities.*

⁹ Documento UN A/HRC/29/46, para 2.

¹⁰ NACIONES UNIDAS, *Preventing and Countering Racial Profiling of People of African Descent: Good Practices and Challenges*, Naciones Unidas, Nueva York, 2009, V.

¹¹ NACIONES UNIDAS, *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Declaración y Programa de Acción*, Naciones Unidas, Nueva York, 2002, 73.

¹² Documento UN CERD/C/GC/36.

¹³ D. WAGMAN, *Perfil Racial en España: Investigaciones y recomendaciones*, Grupo de Estudios y Alternativas 21, Madrid, 2006, pp. 2-5; J. GARCÍA AÑÓN, “Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: La identificación por perfil étnico”, en J. GARCÍA AÑÓN, y M. RUIZ SANZ, *Discriminación racial y étnica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 286-290; J. GARCÍA AÑÓN, *et al Identificación policial por perfil étnico en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 39-40; E. MELERO ALONSO, “Las identificaciones policiales con perfil racial o étnico como instrumento de control migratorio: Derecho administrativo del enemigo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 193, 2018, s. p.

Escapa del objeto de este texto el análisis pormenorizado de todas las instancias internacionales que cuenta con directrices que concretan de mayor forma en qué consiste esta conducta, imponiendo obligaciones concretas para su prevención. Sin embargo, y por su relevancia, sí que se analizarán sucintamente las emitidas por el CoEDR, que cuenta con varias RG en las que advierte la extendida utilización de estas técnicas y cómo ponen en peligro derechos humanos protegidos internacionalmente en varios pactos internacionales. Además, en estas incluye características determinantes de la práctica que la detallan en mayor medida, y que deben ser estudiadas para ofrecer una definición completa, así como las acciones que deberían emprender los Estados parte¹⁴ de estos textos para erradicarla.

Así, la RG número 27, de 2000, relativa a la discriminación de los romaníes, recomendaba a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias para evitar la utilización ilícita de la fuerza por parte de la policía en su contra, particularmente en el arresto y la detención, lo que es un indicador de la falta de proporcionalidad que podía estar sucediendo en la materialización de estas prácticas.

La RG número 30, de 2004, amplía la recomendación anterior, estableciendo en su párrafo 12 la necesidad de tomar medidas para combatir toda tendencia a atacar, estigmatizar, estereotipar o caracterizar sobre la base de la raza, el color, la ascendencia y el origen nacional o étnico a los miembros de grupos de la población que no sean ciudadanos, especialmente, por parte de los políticos y de los funcionarios.

La RG número 31, de 2005, centrada en la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, pedía concretamente a los Estados parte la recolección de datos o indicadores fácticos que permitan evaluar el impacto que la discriminación tiene en todos los niveles del funcionamiento de la administración de justicia, desde el primer contacto policial, hasta la finalización del procedimiento para detectar posibles casos de discriminación indirecta¹⁵. Así, los Estados parte

¹⁴ Por lo que interesa aquí, Suiza forma parte de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

¹⁵ De acuerdo con la definición adoptada por la ECRI en su Recomendación Número 7 de Política General, estaremos ante una discriminación indirecta cuando nos encontremos con un caso en los que un factor aparentemente neutral, como pueda ser una disposición, un criterio o una práctica, sea más difícil de cumplir o ponga en una situación de desventaja a las personas pertenecientes a un grupo determinado por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico, a menos que dicho factor tenga una justificación objetiva y razonable. Tal sería el caso si se persigue un objetivo legítimo y si existe una rela-

deberían ofrecer¹⁶: información estadística periódica del número y el porcentaje de personas pertenecientes a minorías étnicas que son víctimas de delito, especialmente cuando hayan sido perpetradas por agentes de policía u otros órganos del Estado; evaluación de la confianza en los órganos policiales y judiciales por parte de las minorías étnicas; datos sobre los índices *supuestamente* más elevados de delincuencia atribuidos a las personas pertenecientes a estas minorías, sobre todo de la pequeña delincuencia callejera y las infracciones relativas a la droga y la prostitución; la posible existencia de imposición de penas más severas o inadecuadas a las personas pertenecientes a esos grupos por parte de los tribunales de justicia; entre otros. Como podemos ver, ya en el 2005 el CoEDR recomendaba a los Estados parte¹⁷ realizar una importante labor de recopilación de datos estadísticos que permitirán visibilizar situaciones discriminatorias sistémicas que se pudieran estar produciendo en contra de las minorías étnicas presentes en nuestras sociedades. Pero más importante es la recomendación realizada en el párrafo 20, en el que el CoEDR afirma que los “Estados parte deberían adoptar todas las medidas necesarias para impedir que los interrogatorios, las detenciones o en los cacheos se basen *de facto* exclusivamente en el aspecto físico del individuo, su color, sus rasgos faciales, su pertenencia a un grupo racial o étnico, o cualquier otra categorización que pueda hacerle particularmente sospechoso”. Por lo tanto, el CoEDR está dando indicaciones claras de que, aunque los Estados cuenten con normas neutrales respecto de los poderes policiales discrecionales de parada y registro, estos *de facto*, pueden ser aplicados de forma discriminatoria en contra de un determinado colectivo, y por lo tanto se deben establecer medidas que permitan evaluar materialmente cómo se están ejecutando esas potestades.

Estas recomendaciones se recuerdan en la RG número 34¹⁸, de 2011, que trata la discriminación racial contra afrodescendientes. Concretamente, el

ción razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar. Ver: O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Igualdad. Una Inmersión Rápida*, Tibidabo Ediciones, Barcelona, 2023, pp. 80-82; M.J. AÑÓN ROIG, “Discriminación racial: el racismo institucional revelado”, en ARCOS RAMÍREZ, F. (ed.). *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 146-165.

¹⁶ Párrafos 1 y siguientes de la RG número XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal.

¹⁷ Recomendación que, en el caso del Estado español ha sido ignorada ya que no existen estadísticas públicas en este sentido, lo que dificulta de forma exponencial la evaluación del comportamiento policial en las paradas y registros en vía pública.

¹⁸ Documento UN CERD/C/GC/34.

párrafo 31 establece la obligación de tomar medidas que sean eficaces para contrarrestar cualquier tendencia a atacar, estigmatizar, estereotipar o caracterizar a afrodescendientes por su pertenencia a este grupo étnico (aunque en el documento oficial se dice “en razón de su raza [sic]”), por parte de funcionarios del orden público o políticos.

En último lugar, la RG número 36¹⁹, de 2020, es específica con la prevención y la lucha contra la elaboración de perfiles raciales por los agentes del orden. En esta se recuerdan las definiciones desarrolladas en RG anteriores y pone de relieve que, con base en la experiencia del CoEDR en sus informes a los Estados parte, estas prácticas afectan a grupos específicos, como son “los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, las personas afrodescendientes, los pueblos indígenas y las minorías nacionales y étnicas, incluidos los romaníes”²⁰. Las consecuencias de esta práctica no afectan únicamente a los colectivos que las sufren, sino que tienen un alcance negativo general. Estas fomentan ideas basadas en el odio racial o étnico, y se sustentan en la transmisión del discurso de odio por parte de los medios de comunicación, y en discursos políticos racistas, asentando estereotipos que posteriormente son interiorizados por los agentes de policía²¹. Son conductas que afectan a la garantía y disfrute de una pluralidad de derechos civiles y políticos, pero también económicos, sociales y culturales, y que incorporan nuevos desafíos, como, por ejemplo, la utilización de la inteligencia artificial y de algoritmos en el control de la población.

El CoEDR recuerda que la utilización de perfiles étnicos vulnera el artículo 2 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR), dado que este prohíbe la discriminación racial ejercida por los Estados parte; el artículo 6 CEDR, porque los Estados tienen la obligación de asegurar a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción una protección efectiva contra todo acto discriminatorio; y el artículo 7 CEDR, que establece el papel de enseñanza, la educación, y la cultura en la lucha contra la discriminación, y que incorpora las obligaciones estatales respecto de la formación de los funcionarios, encargados de la aplicación de la ley y la eliminación de prácticas discriminatorias estén arraigadas.

Por lo tanto, el CoEDR establece las siguientes recomendaciones: la creación de leyes y políticas que definan y prohíban efectivamente la utilización

¹⁹ Documento UN CERD/C/GC/36.

²⁰ Documento UN CERD/C/GC/36 para. 11.

²¹ Documento UN CERD/C/GC/36 para. 27.

de perfiles raciales por parte de los agentes de policía, que incorpore orientaciones claras para los organismos encargados de hacer cumplir la ley, revisando los procedimientos operativos estándar y los códigos de conducta. Además, se deberán incluir directrices detalladas sobre cómo desarrollar las paradas y los registros e incluir a auditorías periódicas, con la ayuda de expertos independientes, que identifiquen las lagunas en las políticas anteriores y sus prácticas internas. Se deben de revisar los programas de formación especializados y obligatorios para los agentes del orden, para que se traten los prejuicios que pueden afectar al desarrollo de sus funciones y cómo actuar de forma no discriminatoria²². En esta formación deberían de participar las personas que sufren este tipo de discriminación²³. También se debería implementar medidas activas de contratación que promovieran plantillas diversas. De forma muy importante se vuelve a recordar la necesidad de contar con estadísticas fiables y objetivas que, por un lado, sirvan para no perpetuar los estereotipos y los prejuicios en contra de los grupos étnicos que son objetivos de los perfiles, y por otro, muestren datos desglosados sobre las comprobaciones de identidad, los controles de tráfico y los registros fronterizos, incluyendo datos relevantes²⁴ para poder evaluar si estás se realizan por una motivación étnica. Se debe crear un mecanismo de denuncia independiente a los organismos de la aplicación de la ley que puedan recibir denuncias de los ciudadanos en los casos de discriminación racial, racismo o elaboración de perfiles raciales. Y en último lugar, recuerda los desafíos que la inteligencia artificial incorpora en esta materia.

²² El resultado de estas formaciones debería ser evaluado desde el punto de vista cualitativo, dado que investigaciones previas muestran que los agentes que llevan más años en el cuerpo tienden a ver estos cursos como: 1) una forma de culparles de los problemas sociales que existen respecto de la gestión de la diversidad, 2) no útiles, dado que la formación recibida no tiene en cuenta “las reglas de la calle”, y 3) contradictorios, dado que su contenido no se corresponde con las instrucciones que reciben cuando materialmente tienen que desarrollar sus funciones en la calle. Ver: L.A. GOULD, “Can an old dog be taught new tricks? Teaching cultural diversity to police officers”, *Policing*, núm. 20, vol. 2, 1997, pp. 351-355.

²³ Este tipo de actividades formativas conjuntas, entre otras, como la participación en celebraciones u otras festividades, actividades de difusión de información recíproca, o una mayor comunicación de las necesidades y opiniones de los grupos minoritarios, han probado su eficacia para recobrar la confianza entre estos y los cuerpos policiales. Ver: L. ARENAS-GARCÍA, y E. GARCÍA-ESPAÑA, “Police stop and search in Spain: an overview of its use, impacts and challenges”, *InDret*, núm. 2, 2022, p. 252.

²⁴ Como por ejemplo la motivación de la parada, el tiempo que duró, el resultado de esta, entre otros.

Como podemos observar el CoEDR ha tratado de forma extensa en sus RG las identificaciones policiales por perfil étnico, introduciendo prohibiciones y obligaciones muy claras que tiendan a erradicar esta práctica que atenta contra el núcleo esencial de protección que la CEDR protege.

2. POR QUÉ LA UTILIZACIÓN DE PERFILES ÉTNICOS ES UNA FORMA DE RACISMO INSTITUCIONAL

Una vez tratado qué debe ser considerado por perfil étnico y las herramientas que los Estados deberían implementar para hacerle frente, aquí veremos por qué debe ser considerada como una práctica de racismo institucional²⁵ que no puede ser amparada por un ordenamiento jurídico democrático de derecho.

Tradicionalmente se identifica a Carmichael y Hamilton como los primeros autores que en 1967 definieron en qué consistía el racismo institucional y cuáles eran sus diferencias con el materializado de forma individual. Así, “el racismo es tanto manifiesto como encubierto. Adopta dos formas estrechamente relacionadas: los actos individuales de los blancos contra los negros y los actos de toda la comunidad blanca contra la comunidad negra. Los llamamos racismo individual y racismo institucional. El primero consiste en actos manifiestos de individuos que causan la muerte, lesiones o la destrucción violenta de bienes. Este tipo puede ser grabado por las cámaras de televisión; con frecuencia puede ser observado en el proceso de comisión. El segundo tipo es menos manifiesto, mucho más sutil, menos identificable en términos de individuos específicos que cometen los actos. Pero no es menos destructivo para la vida humana. El segundo tipo se origina en el funcionamiento de fuerzas establecidas y respetadas en la sociedad, por lo que recibe mucha menos condena pública que el primer tipo”²⁶.

²⁵ Entendiendo por racismo institucional aquel que tiene que ver con la falta de reconocimiento y de redistribución económica dentro los sistemas de poder de las sociedades actuales, que, además, en el caso de la discriminación étnica está ampliamente ligado con el eurocentrismo y el desprecio por determinados grupos sociales diferentes a aquel que detenta el poder de forma hegemónica. N. FRASER, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era ‘postsocialista’” en J. BUTLER, y N. FRASER, *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*. Traficantes de sueños, Madrid, pp. 23-68.

²⁶ S. CARMICHAEL, y V. HAMILTON CHARLES, *Black power: the politics of liberation in America*, Random House, Nueva York, 1967, 20.

En este sentido, Macpherson, en el informe realizado en el Reino Unido como consecuencia del asesinato racista de Stephen Lawrence y la acción deficiente de la policía, definió el racismo institucional como la “incapacidad colectiva de una organización para prestar un servicio adecuado y profesional a las personas debido a su color, cultura u origen étnico. Puede verse o detectarse en procesos, actitudes y comportamientos que equivalen a discriminación por prejuicios involuntarios, ignorancia, desconsideración y estereotipos racistas que perjudican a las personas pertenecientes a minorías étnicas. Persiste porque la organización no reconoce y aborda abierta y adecuadamente su existencia y sus causas mediante la política, el ejemplo y el liderazgo. Si no se reconoce ni se actúa para eliminarlo, el racismo puede prevalecer como parte de la ética o la cultura de la organización. Es una enfermedad corrosiva”²⁷.

Por lo tanto, la utilización de perfiles raciales por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en la ejecución de sus funciones debe ser considerada como un comportamiento racista sistémico de carácter institucional porque:

1. Supone que unos determinados grupos étnicos reciben por parte del sistema (en este caso los cuerpos policiales, funcionarios del Estado) y de forma generalizada un peor trato²⁸, que no es dispensado al resto de la población, sin que exista una justificación objetiva y suficiente fundamentada en la protección de los derechos humanos y fundamentales, dado que se basa en prejuicios involuntarios, la ignorancia, la desconsideración y en estereotipos racistas, que en ningún caso pueden dirigir el trato que el Estado, a través de sus representantes, debe garantizar al conjunto de la ciudadanía.
2. Este comportamiento está amparado normalmente por legislación *neutral* que no establece directamente que se deba ejercer una mayor

²⁷ W. MACPHERSON, *The Stephen Lawrence Inquiry Report of an Inquiry*, 1999, p. 49 [para 6.34]. Traducción propia, texto original: *The collective failure of an organisation to provide an appropriate and professional service to people because of their colour, culture, or ethnic origin. It can be seen or detected in processes, attitudes and behaviour which amount to discrimination through unwitting prejudice, ignorance, thoughtlessness and racist stereotyping which disadvantage minority ethnic people. It persists because of the failure of the organisation openly and adequately to recognise and address its existence and causes by policy, example and leadership. Without recognition and action to eliminate such racism it can prevail as part of the ethos or culture of the organisation. It is a corrosive disease.*

²⁸ T. HOPKINS, “Litigating Racial Profiling: The Use of Statistical Data”, *Law in Context*, núm. 37, vol. 2, 2021, pp. 39-40.

presión sobre un determinado grupo social, dado que supondría una violación directa de las cláusulas antidiscriminatorias presentes en las democracias actuales y en diversos pactos internacionales de protección de derechos humanos. Sin embargo, el establecimiento de amplios poderes discrecionales a los funcionarios policiales en la ejecución de las paradas y registros, junto con la inexistencia de mecanismos de control o de información estadística de cómo estas se llevan a cabo, abstrae del control antidiscriminatorio la evaluación de cómo se ejecutan materialmente. Desde la visión de la igualdad ante la ley, cuando se parte de una pieza legislativa neutral se presupone que su aplicación también lo será, y por lo tanto, no se comprueba si efectivamente pasamos de una situación de igualdad *ante la ley* a una de igualdad *en la ley*²⁹. Esta concepción de la igualdad únicamente adscrita a la formal es lo que se conoce como falso universalismo³⁰, puesto que el derecho utiliza este modelo de igualdad como el adecuado para garantizar de forma universal los derechos. Sin embargo, y como se puede comprobar, existen grupos que sistemáticamente son excluidos de estas garantías, o cuya evolución es diferente a la del grupo dominante, y la utilización de perfiles étnicos es un claro ejemplo.

3. Por lo tanto, como podemos observar, la utilización de perfiles étnicos es un tipo de discriminación menos manifiesta e identificable en términos individuales. Es decir, en principio no se materializa sistémicamente porque las personas que conforman los cuerpos policiales sean racistas, sino porque están basadas en prejuicios involuntarios, ignorancia, desconsideración y estereotipos que llevan a la utilización de criterios racistas en la ejecución sistémica de las paradas y registros.

²⁹ Como ha sucedido, entre otros, en la necesidad de introducir determinadas acciones en el sistema de admisión en las universidades de EE.UU., que ahora está siendo desmantelado después de la sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano SFA, Inc. V. President and Fellows of Harvard College y la University of North Carolina, de 29 de junio de 2023. Ver: F. REY MARTÍNEZ, "Manual de instrucciones para utilizar el concepto de igualdad a fin de que las minorías étnicas no la alcancen. Sentencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano SFA, Inc. V. President and Fellows of Harvard College y University of North Carolina, de 29 de junio de 2023", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 129, 2023, pp. 294-297.

³⁰ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 74-75; M.A BARRÈRE UNZUETA *et al*, "Igualdad y no discriminación en tiempos de pandemia", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 44, 2021, pp. 41-42.

4. El impacto que esta realidad tiene en la vida de las personas que la sufren no puede encontrar ningún tipo de amparo en la supuesta protección de la seguridad ciudadana, o frente al delito. En primer lugar, porque no se puede demostrar que controlando de forma desproporcionada a aquellas personas que tienen rasgos fenotípicos diferentes a los de la mayoría social se reduzca el número de ilícitos³¹, y en segundo lugar, porque la situación de irregularidad migratoria, en sí misma, no está tipificada.
5. Muy al contrario, la utilización de perfiles étnicos tiene un impacto muy grave en la vida de las personas³² que sufren esta práctica. No únicamente limita de forma ilegítima su derecho a la libertad de movimiento, sino que además, manda un claro mensaje al considerarles como *infrasugetos*³³, personas cuyos derechos fundamentales pueden ser limitados por la aplicación de una regulación que invisibiliza el resultado lesivo que tiene en la protección de derechos fundamental y humanos, derivada de obligaciones nacionales e internacionales, fomentando los estereotipos que vinculan la inmigración con la delincuencia.
6. Finalmente, esta es una realidad corrosiva para cualquier sistema social y democrático de derecho, puesto que, aparte de atacar sus valores fundamentales, mina la confianza³⁴ que parte de la sociedad deposita en él y en sus instituciones al observar que reciben un trato que no es justo, lo que afecta a su funcionamiento general.

³¹ Open Society Justice Initiative. *Ethnic Profiling in the European Union: Pervasive, Ineffective, and Discriminatory*, Open Society Institute, Nueva York, 2009, pp. 11-12 y pp. 113-118; J. GARCÍA AÑÓN *et al*, *Identificación policial por perfil étnico en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 145-153

³² No únicamente desde el punto de vista jurídico, sino también de la salud haciéndoles sentir indignos, invisibles y se relaciona con la alta prevalencia de hipertensión, enfermedades cardíacas y cáncer en determinados barrios constituidos por personas afroamericanas en EE. UU. Ver: V. R. CLARK, "The Perilous Effects on Racism in Blacks", *Ethnicity & Disease*, num. 11, vol. 4, 2001, pp. 769-772.

³³ J. DE LUCAS, "Institutional Xenophobia Against Immigrants in Spain", *Critical Legal Thinking*, 2012. Acceso el 22 de abril de 2024: <https://criticallegalthinking.com/2012/05/08/institutional-xenophobia-against-immigrants-in-spain/>

³⁴ B. BRADFORD, y J. JACKSON, "Trust and confidence in the police: A conceptual review", *SSRN*, S.n., 2010, pp. 2-4. B. BRADFORD, y J. JACKSON "Different Thing to Different People? The Meaning and Measurement of Trust and Confidence in Policing Across Diverse Social Groups in London", *SSRN*, S. n., 2010, pp. 1-25.

3. LA SENTENCIA WA BAILE CONTRA SUIZA

3.1. Las circunstancias del caso

El caso versa sobre un control de identidad realizado en la estación de tren de Zúrich que el demandante, Sr. Wa Baile, afirma se originó por su color de piel, y por lo tanto, iniciado por una motivación racista. Él se dirigía a su centro de trabajo cuando la mañana del 5 de febrero de 2015 fue parado por la policía municipal de la ciudad para realizarle un control de identidad. Wa Baile se negó a seguir las indicaciones recibidas por parte de los policías, lo que motivó que lo apartaran a un lado de la estación, le obligaran a levantar las manos y a separar las piernas para hacer un registro completo de su persona. Mientras se desarrollaba, encontraron su documento de identidad, lo que permitió llevar a cabo de identificación, y que pudiera abandonar el lugar.

Ese mismo día, el policía que llevó a cabo la parada redactó un informe, del que es interesante destacar los siguientes pasajes:

“Durante el patrullaje [...], me llamó la atención un individuo varón de piel oscura (más tarde identificado como el Sr. Wa Baile) que me pareció sospechoso. Esto se debió al comportamiento de la persona en cuestión (el Sr. Wa Baile apartó la mirada cuando se dio cuenta de que yo era policía, y queriendo evitarme). Por lo que existía la sospecha de infracción de la Ley Federal de Extranjería”³⁵; “El Sr. Wa Baile nos llamó racistas y describió el control que estábamos desarrollando como una artimaña”³⁶.

En el mismo informe se recogen una serie de afirmaciones realizadas por Wa Baile durante la parada en las que asevera: “Yo también tengo derechos. Allá a donde voy, me paran. No voy a pagar la multa. Preferiría ir a la cárcel”³⁷. Finalmente, afirma que ninguna otra persona de la estación fue

³⁵ STEDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 2024, para 5.

³⁶ STEDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 2024, para 6.

³⁷ STEDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 2024, para 7. Existen estudios que acreditan la desproporción de identificaciones que sufren las personas fenotípicamente diferentes a la mayoría social. Ver: J. GARCÍA AÑÓN, *et al*, *Identificación policial por perfil étnico en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 153-178; J.M LÓPEZ-RIBA, “Justicia distributiva y legitimidad policial: la distribución demográfica y geográfica de las identificaciones policiales en España”, *Política Criminal*, vol. 16, núm. 31, 2021, pp. 159-160.

identificada y que cuando pidió que le explicaran por qué había sido parado, no recibió ninguna respuesta. Como consecuencia de esta parada, se iniciaron dos procedimientos, uno penal de oficio por la negativa a identificarse, y otro administrativo iniciado por Wa Baile en el que solicitaba a la policía de Zúrich que declarara la parada como ilegal. Ambos serán analizados a continuación.

3.2. El procedimiento penal nacional

Respecto del primero, le fue impuesta una multa pecuniaria, que recurrió ante el juez local (*Stadtrichteramt*) de la Ciudad de Zúrich. En este, Wa Baile solicitó que se adjuntara al expediente los materiales de enseñanza que se utilizan en la formación de la policía para el desarrollo de las paradas y registros, cualquier directiva interna emitida por la policía y datos estadísticos relevantes sobre esta materia. Es interesante señalar que, mientras que las autoridades sí que ofrecieron información sobre los dos primeros puntos, no dieron información estadística, alegando que “el caso en cuestión debía ser examinado sobre la base de las circunstancias concretas de este, y por lo tanto esta información no iba a ofrecer ningún elemento relevante más a este respecto”³⁸.

La condena fue confirmada sobre la siguiente base. En primer lugar, el juez afirmó que la versión de lo ocurrido ofrecida por el policía era creíble, es decir, que la inspección se realizó porque Wa Baile le pareció sospechoso por su actitud (apartarles la vista e intentar esquivarles). En segundo lugar, se afirma que aunque podamos admitir que es cuestionable que una razón de este tipo sea suficiente, se debe tener en cuenta que el policía tuvo muy poco tiempo para decidir si la inspección era necesaria o no. En tercer lugar, el juez no encuentra evidencia de que la parada se llevara a cabo por el color de piel de Wa Baile, y aunque esto hubiera sido así, él tenía la obligación de seguir las instrucciones del policía, y haber denunciado la situación posteriormente.

Wa Baile recurrió esta decisión ante el Tribunal Cantonal de Zúrich, que confirmó la sentencia anterior, dado que no concurría ninguna circunstancia que permitiera declarar la parada y registro como viciada por irregularidad. Esto es así porque en el expediente no figura ninguna referencia a un comportamiento incorrecto o inapropiado por parte del policía, ni ninguna

³⁸ STEDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 2024, para 12.

prueba de que esta fuera motivado por su color de piel, y el recurrente no aportó ninguna otra que demostrara sus alegaciones³⁹. Por lo tanto, de acuerdo con el Tribunal Cantonal de Zúrich, la naturaleza tenue de los elementos utilizados para realizar la parada no podía llevar a la conclusión de que esta fuese manifiestamente ilegal. Finalmente, aunque se recurrió esta sentencia ante el Tribunal Supremo Federal, se confirmó el resultado de los tribunales inferiores.

De lo expuesto en este apartado, es interesante analizar las razones por las que la policía se negó a aportar datos estadísticos, la posición del juez local sobre el poco tiempo de acción del policía, y la conclusión del Tribunal Cantonal sobre la imposibilidad de declarar la parada manifiestamente ilegal.

En primer lugar, el análisis de datos estadísticos es fundamental⁴⁰ para probar una situación de discriminación en los casos en los que esta se pueda haber producido forma indirecta, como es el que estamos analizando. Es decir, el caso juzgado no tiene por objeto un comportamiento abiertamente racista del policía, el que de forma manifiesta haya decidido realizar la parada por sus ideas sobre la superioridad de una *raza* sobre la otra. Por lo tanto, no lo podemos calificar como un comportamiento individual. Al contrario, su comportamiento forma parte de una forma de racismo soslayada o encubierta, que no puede ser identificada en términos individuales, sino sistémicos⁴¹, basado en el convencimiento a través de prejuicios, de que las personas

³⁹ Es importante poner de relieve que el Tribunal Cantonal de Zúrich ignora la jurisprudencia del TEDH que establece la necesidad de invertir la carga de la prueba en casos en los que se pueda estar produciendo una discriminación indirecta. Ver: STEDH Natchova y otros contra Bulgaria de 6 de julio de 2006; STEDH DH y otros contra la República Checa de 13 de noviembre de 2007. Asimismo, ver: M.J. AÑÓN ROIG, "Discriminación racial: el racismo institucional revelado", en F. ARCOS RAMÍREZ, (ed.). *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 156-158; L. CASADO CASADO, "Recopilación y documentación de asuntos tramitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relacionados con la discriminación por motivos raciales, étnicos o por razón de nacionalidad", en J. GARCÍA AÑÓN, y M. RUIZ SANZ, *Discriminación racial y étnica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 124-127.

⁴⁰ J. GARCÍA AÑÓN, "Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: La identificación por perfil étnico", en J. GARCÍA AÑÓN, y M. RUIZ SANZ, *Discriminación racial y étnica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 290-292; M.J. AÑÓN ROIG, "Discriminación racial: el racismo institucional revelado", en F. ARCOS RAMÍREZ, (ed.). *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 164.

⁴¹ Y este cambio de visión de los jueces encargados de decidir sobre estos asuntos es fundamental, porque la visión tradicional de que la discriminación racial se experimenta de

con un determinado color de piel son inmigrantes irregulares. Por eso, la afirmación de la policía de que la parada debía basarse en las circunstancias concretas en las que esta se realizó y que los datos estadísticos no aportarían ninguna prueba nueva⁴² debe rechazarse, dado que, sin estos, no es posible probar la situación que está intentando demostrar Wa Baile⁴³.

En segundo lugar, la afirmación del tribunal local del Zúrich en la que admite que puede ser cuestionable que las razones para la ejecución de la parada fueran suficientes, pero que el policía tuvo muy poco tiempo para decidir si esta era necesaria, debe ser claramente rechazada por no encontrar ningún razonamiento basado en derechos. Es decir, el escaso margen de tiempo en la toma de una decisión no puede ser admitido como un razonamiento legítimo que cuando debemos ejecutar una acción que afecte a derechos fundamentales que, *prima facie*, sea cuestionable o no proporcionada. Pensemos, por ejemplo, en un conductor que, para enviar un accidente con otro vehículo, acaba atropellando a un peatón. El poco tiempo de reacción ante esta situación, no debería ser por sí mismo y considerado únicamente como eximente del daño provocado, puesto que se deberían tener en cuenta otras circunstancias relevantes, como la velocidad, si había consumido alcohol, el estado del vehículo, entre otras. Todas las circunstancias relacionadas con la parada, que en el caso de Wa Baile no fueron evaluadas, podrían haber indicado que esta se inició debido a su color de piel. Esta decisión debe ser puesta en relación con la conocida como injusti-

forma puramente individual y aislada no responde de forma satisfactoria a otras formas de racismo, como es el sistémico. Por lo tanto "Para colmar esta laguna, los tribunales deben estar dispuestos a utilizar datos estadísticos y de las ciencias sociales para deducir la existencia de discriminación racial en casos concretos". T. HOPKINS, "Litigating Racial Profiling: The Use of Statistical Data", *Law in Context*, núm. 37, vol. 2, 2021, p. 49.

⁴² En otras ocasiones, los Estados suelen alegar la incompatibilidad entre las leyes de protección de datos y la recopilación de información sobre las paradas. Contradicción que no existe en la realidad, dado que la propia Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, prevé su utilización para este fin. De forma similar, el artículo 9.2. del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, prevé que se puedan tratar datos que revelen datos relativos a la étnica cuando sea necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión.

⁴³ Z. BOBIS, *et al* *Combatiendo los perfiles étnicos en Europa*, Open Society Foundations, Nueva York, 2021, p. 34.

cia epistémica⁴⁴, en su aspecto de injusticia testimonial. Esta hace referencia a la falta de credibilidad que se le da al discurso o declaración de una persona por motivos prejuiciosos. En este caso, se puede entrever que el juez defiende que, aunque el policía tuvo poco tiempo para evaluar la situación y su razonamiento para justificarla es débil (y además no sigue las directrices que veremos posteriormente respecto de las condiciones objetivas para realizar una parada⁴⁵), el comportamiento del policía en ningún caso puede ser racista, porque Suiza es un Estado de democrático de derecho, y estos comportamientos no se producen *aquí*.

En tercer lugar, el razonamiento utilizado para señalar la imposibilidad de declarar la parada manifiestamente ilegal por parte del Tribunal Cantonal también presenta debilidades en su argumentación que no deberían ser desdenadas. Afirma que las motivaciones para realizar la parada (recordemos, apartar la mirada e intentar esquivar el control) aunque tenues, no pueden llevar a la conclusión de que este fuese *manifiestamente* ilegal. Una vez más, ahora desde el punto de vista jurisdiccional, vemos cómo se exige que el comportamiento sea meridianamente ilegal, es decir, se requiere que el comportamiento del policía sea abiertamente racista. No se entiende qué razones llevan al Tribunal a ignorar que existen comportamientos típicos que pueden ser materializados de forma indirecta, especialmente en el ámbito de la discriminación, y que son igualmente lesivos para los bienes jurídicos tutelados. Precisamente, la interpretación que del artículo 8.2 de la Constitución Federal⁴⁶ realiza el Tribunal Supremo⁴⁷ prevé la evaluación tanto directa como indirecta de los efectos discriminatorios que pueda tener una determinada regulación expresada en términos neutros. Además, la Ley Federal en Igualdad de Género⁴⁸ de 24 de marzo de 1995, reconoce la posibilidad de que los comportamientos discriminatorios regulados puedan ejecutarse de forma directa e indirecta (por ejemplo, en el ámbito laboral), creando la Oficina

⁴⁴ M. FRICKER, *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, OUP, Oxford, 2009, pp. 17-29.

⁴⁵ Ver apartado 3.4.

⁴⁶ Además del artículo 8.2 de la Constitución Federal, Suiza cuenta más regulación antidiscriminatoria por motivos raciales, como, por ejemplo, el artículo 35 de la Constitución Federal, o el artículo 261 bis del Código penal, que sin embargo, no mencionan específicamente la materialización indirecta de las conductas.

⁴⁷ Ver, entre otras, las siguientes sentencias: DFT 125 I 71, considerando 2.a); y DFT 2 P 313 de 2015, considerando 3.1. Ambas adscritas al ámbito del género.

⁴⁸ *Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann*.

Federal para la Igualdad de Género que tiene por objetivo eliminar ambos tipos de discriminación. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico suizo trata la discriminación indirecta, y aunque se vea específicamente en el área del género, este tipo de comportamientos no se circunscriben únicamente a esta, y el Tribunal, teniendo indicios de que el razonamiento utilizado para iniciar el contacto es débil, en aras de la tutela judicial efectiva y la protección de la dignidad, debería haber realizado un ejercicio de ponderación serio entre los derechos en juego, iniciando una investigación con todas las garantías que ahondara en los motivos que llevaron a iniciar el contacto.

3.3. El procedimiento administrativo nacional

Wa Baile, además del procedimiento penal, inició en marzo de 2016 un procedimiento administrativo ante la policía municipal de Zúrich con el objetivo de que la parada fuera declarada ilegal, solicitando la inversión de la carga de la prueba. Esta no fue acogida, y en la resolución se utilizaron los argumentos desarrollados por el Tribunal Federal. La decisión fue apelada por orden jerárquico ante el Ayuntamiento de Zúrich y la prefectura del distrito de Zúrich, desestimada en ambas ocasiones.

En último lugar, llegó ante el Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich, que anuló las decisiones de los tribunales inferiores y declaró que la parada había sido ilegal. Este acogió parte de la argumentación ofrecida por Wa Baile, y entendió que no puede ser considerado como razón suficiente para iniciar una parada que una persona le aparte la mirada a un policía. Sin embargo, es importante señalar que este tribunal únicamente determinó que la parada había sido ilegal, pero no que esta se hubiera iniciado por el color de piel del actor, circunstancia que el propio Tribunal declaró que quedaba abierta a estudio. Así, Wa Baile recurrió la sentencia ante el Tribunal Federal, que no la admitió, dado que al haber ganado el caso en sede administrativa el recurso no pedía la revocación o anulación de la sentencia, sino que se ampliara el argumentario por el cual se había declarado ilegal la parada, y el derecho de recurso no ampara esta posibilidad.

3.4. Requisitos constitucionales de los controles de identidad en Suiza

El Tribunal Supremo Federal, en su sentencia DTF 109 1a 146, de 1983, establece una serie de características importantes que debe ser tenidas en cuenta en el momento de desarrollar un control de identidad. Así, afirma

que “aunque no constituye en sí misma un ataque muy significativo a la libertad personal, no deja de ser una intervención directa en la esfera íntima de los individuos. Por tanto, su práctica está sujeta, al igual que la de otras medidas de control [...], a los principios constitucionales de interés público y proporcionalidad”⁴⁹. La sentencia continúa afirmando “la policía no está autorizada a detener sin motivo alguno y en ninguna circunstancia a ninguna persona que pasee por la vía pública o se encuentre en un establecimiento público. Un interrogatorio verbal, con solicitud de datos personales o exhibición de documentos de identificación, no debe resultar vejatorio o molesto, ni responder a un sentimiento de curiosidad gratuita; por ejemplo, no sería admisible que ciertos ciudadanos, con un comportamiento correcto, fueran sometidos sistemática y regularmente a control policial con pretextos inútiles o puramente subjetivos”⁵⁰. Por lo tanto, de acuerdo con el razonamiento desarrollado en la sentencia, las paradas deben obedecer a unas razones objetivas mínimas, como pueden ser: que exista una situación de conflicto, la presencia del interesado en las proximidades de un lugar donde se acaba de cometer un delito, su parecido con una persona buscada, o su inserción en un grupo de personas sobre las cuales hay motivos para creer, basándose en pruebas, que aunque sean débiles, de que esta persona o cualquier otra del grupo se encuentra en una situación ilegal que necesita de la intervención policial.

Por lo tanto, debemos tener en cuenta dos circunstancias. Por un lado, se exige que exista una motivación que no abandone a la arbitrariedad y al poder discrecional de la policía al ciudadano/a que está siendo objeto de control. Por otro lado, el principio de proporcionalidad exige que los agentes de policía muestren consideración y cortesía hacia las personas que están

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Federal DTF 109 1a 146, para 4b. Texto original: *Quand bien même elle ne constitue pas en soi une atteinte très sensible à la liberté personnelle, elle n’en est pas moins une intervention directe dans la sphère intime des individus. Sa pratique est donc soumise, au même titre que celle des autres mesures de contrôle instituées dans la loi attaquée, aux principes constitutionnels de l’intérêt public et de la proportionnalité.*

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Federal DTF 109 1a 146, para 4b. Texto original: *les organes de police ne sont pas habilités à interpellier sans raison aucune et dans quelque circonstance que ce soit n’importe quel quidam déambulant sur la voie publique ou séjournant dans un établissement public. Une interpellation verbale, avec demande de renseignements personnels ou d’exhibition de papiers de légitimation, ne doit pas avoir un caractère vexatoire ou tracassier, ni obéir à un sentiment de curiosité gratuite; il ne serait par exemple pas admissible que certains citoyens, au comportement correct, soient systématiquement et régulièrement soumis au contrôle policier sous des prétextes futiles ou d’ordre purement subjectif.*

siendo identificadas, y sin que sea posible plantearles preguntas indiscretas innecesarias, ni ser sometidos a vejaciones.

En una segunda sentencia (DTF 136 I 87), el Tribunal Supremo Federal procedió a la revisión de los artículos 21 y 22 de la Ley sobre Policía del Cantón de Zúrich, en base a los criterios establecidos en la sentencia DTF 109 1a 146. Se confirma que los controles personales y de identidad afectan al derecho fundamental a la libertad de movimiento protegido en el artículo 10 de la Constitución federal, y al 8.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y que la regulación recurrida no establecía una correlación proporcional entre las posibilidades de la actuación policial y el derecho a la libertad personal.

En este caso, el Tribunal llega al convencimiento de que la regulación era demasiado vaga, permitiendo a las autoridades policiales dar el alto a personas con el único fin de determinar su identidad. Esto no respetaba el principio de necesidad, que requiere que los controles no puedan realizarse sin un motivo. Es decir, “deben existir razones objetivas, circunstancias especiales, o elementos especiales de sospecha que den lugar o justifiquen dicha actuación”⁵¹. Estas razones objetivas son las establecidas en la DTF 109 1a 146. Así, el Tribunal descarta que respeten el principio de necesidad y proporcionalidad las identificaciones que se lleven a cabo por motivos meramente basados en pretextos, la curiosidad personal u otros motivos triviales.

3.5. El caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El caso se sigue ante el TEDH por una violación del artículo 13 CEDH (acceso a un remedio efectivo), bajo el 14 CEDH (prohibición de discriminación) en conjunción con el artículo 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar). Esto permite vencer el problema de la admisibilidad, porque recordemos que el Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich acogió parcialmente la demanda de Wa Baile. Sin embargo, al no entrar a valorar si esta fue motivada por el color de piel, y por lo tanto, la decisión de declarar ilegal la parada no se fundamentó en esta circunstancia, el TEDH entiende que esta circunstancia continúa abierta a revisión, puesto que la utilización de perfiles raciales en los controles de identidad, de acuerdo con su jurisprudencia⁵²,

⁵¹ BGE 136 I 87 S. 102. Traducción propia. Texto original: “*Es müssen objektive Gründe, besondere Umstände, spezielle Verdachtselemente dazu Anlass geben oder diese rechtfertigen*”.

⁵² STEDH Basu contra Alemania de 18 de enero de 2023 (<https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-220007>); STEDH Muhammad contra España de 06 de marzo de 2023 (<https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-219984>).

es una conducta discriminatoria que afecta a los derechos reconocidos en los artículos 8, 13 y 14 CEDH.

El TEDH evalúa en primer lugar la posible vulneración de los artículos 8 y 14 CEFD desde una doble perspectiva, formal y material.

Respecto de la primera, el TEDH empieza recordando los principios generales del trato discriminatorio y la obligación que tienen los Estados de combatirlo por ser una de las formas más reprobables de comportamiento, que tiene consecuencias estructurales en la degradación de los valores democráticos. Como hemos mencionado al inicio, uno de los problemas principales de las decisiones a nivel nacional es que en ninguna se planteó la necesidad de realizar una investigación en profundidad sobre las motivaciones reales que llevaron a realizar la identificación. Se dieron por válidas las razones argumentadas por el policía⁵³, sin que se realizara una ponderación adecuada entre los derechos en juego. Además, no se procedió a la inversión de la carga de la prueba, imponiendo en Wa Baile la necesidad de acreditar una situación que materialmente no le era posible documentar⁵⁴.

Por otra parte, pese a que el Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich determinó que la parada había sido ilegal, puesto que no estaba fundamentada en alguno de los criterios aceptados, no llegó a estudiar si esta se inició por el color de la piel de Wa Baile. Cuando recurrió la sentencia para que esto fuera valorado, el Tribunal Supremo Federal, pese a tener un indicio claro de la irregularidad del proceso de identificación, negó la admisión del caso, por lo que tampoco se produjo una investigación seria sobre los motivos reales que habían llevado al policía a iniciar el contacto, y si estos estaban motivados por su color de piel.

Todas estas circunstancias llevan al TEDH al convencimiento de que el control de identidad no respetó el umbral mínimo de protección del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH en lectura conjunta con el 14 CEDH. Pese a las alegaciones realizadas por Wa Baile de que este se había producido por su color de piel, y su la falta de proporcionalidad y de ade-

⁵³ Aun cuando estas contradicen la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo Federal para su desarrollo.

⁵⁴ Justamente porque normalmente en estos casos, el agente que causa la discriminación es quien posee la información relevante que la puede demostrar. C. HERMIDA DEL LLANO, "La discriminación racial de los niños gitanos en las escuelas", *Revista de derechos humanos y educación*, núm. 6, 2022, p. 135.

cuación a los requisitos para su desarrollo, no se produjo a nivel nacional ninguna investigación en la que se estudiara esta situación⁵⁵.

En segundo lugar, desde el punto de vista, el TEDH inicia su análisis estableciendo la obligación positiva que los Estados tienen en el aseguramiento de la igualdad sustancial de los derechos protegidos en la CEDH, especialmente de las minorías⁵⁶. Una de las establecidas por el TEDH⁵⁷ en este marco es que la policía reciba el entrenamiento y las directrices necesarias que eviten la utilización de perfiles étnicos en la ejecución de sus funciones. En este sentido, el TEDH reúne las suficientes evidencias para asegurar que la policía suiza no recibe una formación adecuada en esta materia, dado que así fue puesto de manifiesto por el CoEDR en sus observaciones finales sobre este país en el año 2021. El informe sobre Suiza afirmaba la necesidad de incluir en su legislación una prohibición expresa del establecimiento de perfiles raciales, y la elaboración de un plan de acción contra su uso, incluyendo medidas, entre otras, relativas a la formación básica y complementaria impartida a la policía y las fuerzas del orden en materia de racismo y establecimiento de perfiles raciales; el establecimiento de un sistema independiente para tratar las denuncias relacionadas con el establecimiento de perfiles raciales; y la recogida de datos desglosados sobre el establecimiento de perfiles raciales⁵⁸. Además, la queja administrativa fue revisada por un órgano que no era independiente al poder ejecutivo, lo que también contravenía las recomendaciones internacionales.

⁵⁵ Circunstancia que, además, va en contra la de la OG número 31 del CoEDR que recomienda al Estado parte que adopte medidas para garantizar que todos los incidentes racistas cometidos por agentes de policía o en los que estos estén implicados sean objeto de una investigación rápida, exhaustiva e imparcial.

⁵⁶ J. DE LUCAS, "Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, 1993, p. 124; M.A. AÑÓN ROIG, "Derechos humanos y obligaciones positivas", en M.A. BERNUZ BENEITEZ, y M. CALVO GARCÍA, (eds.). *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 43-72. Obligación que se además se deriva de textos internacionales de protección de derechos humanos y que ha tenido un acogimiento muy dispar en Europa. Ver en este sentido: E.J. RUIZ VIEYTEZ, "Derechos humanos y minorías nacionales en el siglo XX", *Derechos y libertades*, núm. 23, vol. 2, 2010, pp. 58-67. Respecto a las obligaciones positivas de protección en el marco de la sentencia crucial de Campo Algodonero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver: V. ABRAMOVICH, "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso "Campo Algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 2010, pp. 167-182.

⁵⁷ Ver: STEDH Natchova y otros contra Bulgaria de 6 de julio de 2006, para. 97.

⁵⁸ Documento UN CERD/C/CHE/CO/10-12 para 20. Obligaciones que ya habían sido señaladas por el CoEDR en la OG número 36 del año 2020 analizada anteriormente.

En último lugar, el TEDH tiene en cuenta que las razones utilizadas por el policía para iniciar la parada fueron declaradas como insuficientes por no estar basadas en los criterios objetivos desarrollados por el Tribunal Supremo Federal, lo que llevó a declararlo ilegal. Por lo tanto, existe una presunción fuerte de que este se realizó utilizando unos indicadores discriminatorios, dado que Suiza no aportó información estadística, ni general, ni concreta de cuántas personas más se había parado en la estación de trenes de Zúrich ese día, por lo que la simple afirmación de que se habían realizado más controles de identidad es demasiado vaga. Así, el TEDH concluye que hubo una violación material del artículo 14 CEDH en conjunción con el artículo 8 CEDH.

Finalmente, y respecto del artículo 13 CEDH, el TEDH llega al convencimiento de que también existió una violación en este sentido, dado que el Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich, aunque declaró la parada como ilegal, no analizó si esta se produjo por el color de piel de Wa Baile, y por lo tanto el Tribunal Supremo Federal debería haber conocido el caso para determinar cuál fue la motivación real.

Esta es la primera vez que el TEDH determina que una parada realizada por la policía no respeta el contenido de los artículos 14 CEDH y 8 CEDH, ya que en casos anteriores no encontró razones suficientes que le llevaran a este convencimiento⁵⁹. Tanto es así, que el propio TEDH explica qué diferencia este caso de los previos, desarrollando un argumentario problemático desde el punto de vista de su razonamiento, que gira principalmente en torno a dos características.

En primer lugar, afirma que en los dos casos recientes sobre esta materia, las personas que habían sufrido los controles eran los que habían iniciado los procedimientos penales y administrativos, mientras que, en el presente caso, el procedimiento penal fue iniciado por el Estado, y en su defensa, Wa Baile se vio forzado a acudir a la jurisdicción administrativa, dado que no encontró reparación en la penal⁶⁰. Esta última estableció que no existían razones objetivas que justificaran la parada, declarándola ilegal, y por lo tanto, Suiza tenía la obligación de determinar si esta se inició o no sobre la base de una motivación racial. Independientemente de quién inicie el procedimiento, el TEDH tiene la obligación de evaluar si la parada respetó el contenido fijado

⁵⁹ STEDH Basu contra Alemania de 18 de enero de 2023 (<https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-220007>); STEDH Muhammad contra España de 06 de marzo de 2023 (<https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-219984>).

⁶⁰ SETDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 20204, para. 93.

por el CEDH, por lo que no se entiende que un factor decisivo sea quién inicia el procedimiento. Una vulneración de derechos se puede producir independientemente de quién inicia acción.

La segunda diferencia que caracteriza este caso de los anteriores es el reconocimiento a nivel nacional⁶¹ (aunque parcial), de que la parada no se realizó de acuerdo con la legislación vigente. En los casos Basu contra Alemania y Muhammad contra España se comprueban muchas de las otras características que en esta ocasión llevan a la condena, como pueden ser la falta de datos estadísticos, la inexistencia de una entidad independiente que conozca de las quejas, la formación deficiente en esta materia de los agentes de policía, o la existencia de recomendaciones por parte del CoEDR que señalan la posible utilización de perfiles étnicos en estos Estados. Sin embargo, estos casos no cuentan con una sentencia a nivel nacional que reconozca la ilegalidad de la parada. En este sentido, la necesidad de que exista un reconocimiento nacional para que el TEDH entienda que ha existido una vulneración de derechos, significa no entender que el propio sistema de justicia también puede estar afectado por comportamientos discriminatorios estructurales de carácter sistémico⁶², y por lo tanto, pueden existir tratos discriminatorios que no obtengan protección a nivel nacional precisamente por la falta de credibilidad⁶³ o el silenciamiento testimonial⁶⁴ que sufren los miembros de ciertas minorías cuando declaran haber sido víctimas de discriminación en Estados

⁶¹ SETDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 20204, para. 134.

⁶² Como se reconoce por parte de, entre otros, el CoEDR en la recomendación general número 36 (2020). Documento UN CERD/C/GC/36 para. 30. Debemos recordar aquí lo expuesto anteriormente respecto de la injusticia testimonial. Fricker, Miranda. *Epistemic Injustice. Power & the Ethics of Knowing*, OUP, Oxford, 2009, pp. 17-29.

⁶³ C. LEMA AÑÓN, "De la ignorancia del derecho la injusticia epistémica en el derecho: injusticia testimonial e injusticia hermenéutica como obstáculos para el acceso a la justicia", *Oñati Socio-Legal Series*, núm. 13, vol. 3, 2023, pp. 781-789.

⁶⁴ Esta situación se produce cuando un público determinado (en este caso los miembros del poder judicial), no le reconocen a una persona que está dando un testimonio que esta tenga la capacidad o el conocimiento necesario para declarar sobre este hecho, debido a un prejuicio identitario. Es decir, el público no considera al orador como una fuente de conocimiento fiable por motivos normalmente sexistas o racistas. Por lo tanto, aunque un orador preste testimonio, no solo sufre un déficit de credibilidad, sino que su declaración puede llegar a ser ignorada por completo. R. MCKINNON, "Epistemic Injustice", *Philosophy Compass*, núm. 11, 2016, p. 442; K. DOTSON, "Tracking Epistemic Violence, Tracking Practices of Silencing", *Hypatia*, núm. 26, vol. 2, 2011, pp. 242-243; C. LEMA AÑÓN, "Racismo e injusticia epistémica. Variaciones sobre el Atticus Finch de Javier de Lucas", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 49, 2023, pp. 826-829.

democráticos de derecho que creen tener todas las salvaguardas que impiden la materialización de estas conductas.

Este argumento debe ser rechazado, en primer lugar, porque abandona la tutela de los derechos en juego a un margen de apreciación nacional extremadamente amplio que puede acabar invisibilizando patrones sistémicos de discriminación, y en segundo, porque los tribunales nacionales, en un número muy importante de ocasiones, no juzgan los hechos teniendo en cuenta los estándares fijados por la Convención Europea de Derechos Humanos, sino su legislación nacional. Por lo tanto, es tarea del TEDH comprobar si el comportamiento en cuestión está en línea con ellos o no, independientemente de que exista un reconocimiento parcial de la vulneración a nivel nacional.

4. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la situación que dio origen al caso, se puede concluir que la Confederación Suiza no incorporó a su legislación interna una cantidad muy relevante de estándares de protección frente a la utilización de perfiles étnicos a la que estaba obligada por ser un Estado parte de la CEDR, circunstancia que fue decisiva, entre otras, en la condena ante el TEDH.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que Suiza no únicamente desoyó de forma sistemática las advertencias y las recomendaciones que el CoEDR realizó a través de sus OG para la prevención de la utilización de perfiles étnicos, sino también, las que se le realizaron de forma individualizada a través de los informes de Estado. Esto debería haber sido un claro indicador de que la policía no estaba recibiendo el entrenamiento adecuado sobre cómo ejecutar sus poderes de parada y registro sin un sesgo racial, implementando unos criterios que efectivamente hagan que estas sirvan para el correcto desarrollo de sus funciones generales. Por lo tanto, esta realidad debería haber sido tomada como un indicio de que la situación de discriminación podría haber ocurrido, y por lo tanto, haber realizado una investigación con todas las garantías que operan en los casos de discriminación indirecta. Existían datos suficientes para que no se descartara la posibilidad, al menos inicialmente, de que el contacto se había iniciado por razón del color de piel.

En segundo lugar, no se aportaron datos estadísticos sobre las paradas y registros realizados, ni a nivel Estatal, ni en el día de la parada. Estas son una prueba esencial en los casos de discriminación indirecta, y una obligación estructurada por el CoEDR. Además, como consta en el informe policial, Wa

Baile ya manifestó que “allá a dónde iba, era parado”⁶⁵, circunstancia indicaría de que podría estar sufriendo un número desproporcionado de controles policiales que posiblemente no tendrían que ver *con evitar la mirada del policía*, sino con sus rasgos fenotípicos. Por otro lado, no se procedió con la inversión de la carga de la prueba, exigiéndole a la víctima que demostrara que la parada se había iniciado debido a un motivo racista, situación que no le era posible dado que la información pertinente para ello la tenía el Estado.

En tercer lugar, la argumentación utilizada por el TEDH para condenar en el presente caso, que lleva a su diferenciación con las sentencias de Basu contra Alemania y de Muhammad contra España, es muy débil desde la perspectiva de la protección de los derechos recogidos en el CEDH y que la utilización de perfiles étnicos pone en riesgo. Si el Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich no hubiera declarado la parada como ilegal, ¿esta hubiera dejado de estar fundamentada en prejuicios basados en el color de la piel de Wa Baile? La respuesta es no. Por lo tanto, cualquier razonamiento que no se base en el análisis del comportamiento de la policía en su conjunto, de cómo se ejecutan las paradas y registros, de la existencia de estadísticas, de órganos imparciales de investigación de quejas que las afronten mediante indagaciones rigurosos de las alegaciones de las víctimas, o de informes vinculantes de protección de derechos humanos, no debería tener un impacto en el estudio del caso concreto. La exigencia de un comportamiento abiertamente racista por parte de la policía no ofrece una respuesta adecuada a este tipo de situaciones.

En último lugar, no se entiende por qué los tribunales penales que valoraron el caso, pese a concluir que las razones para la iniciación de la parada eran vagas e imprecisas, no decidieron realizar una investigación con todas las garantías en la que se evaluara los motivos que realmente llevaron a iniciar el contacto. Además, es muy problemático que, tanto los tribunales penales inferiores, como el Tribunal Supremo Federal no contrapusieran las circunstancias concretas de la parada con las causas objetivas desarrolladas por la jurisprudencia de este último, que sí son utilizadas por el Tribunal Administrativo del Cantón de Zúrich para declarar su ilegalidad. Asimismo, que el Tribunal Supremo Federal no admitiera a trámite el recurso, generó una situación clara de indefensión dado que, aunque la parada fue declarada ilegal, no se determinó la motivación, que en este caso era fundamental para poder determinar que fue un incidente racista. En general, se puede afirmar

⁶⁵ STEDH Wa Baile contra Suiza de 20 de febrero de 2024, para 7.

que el proceso judicial seguido a nivel nacional es un ejemplo de cómo la injusticia epistémica impacta en el ámbito de la justicia.

Como hemos afirmado al principio, la utilización de perfiles raciales es una práctica deleznable que afecta a los derechos de las personas que las sufren, y que degradan, estructuralmente, los valores democráticos de las sociedades en las que estas desarrollan. La STEDH *Wa Baile* contra Suiza puede ser un primer paso adelante en el castigo de esta práctica, pero con las cautelas señaladas. Las acciones que los Estados toman para prevenir y superar este tipo de acciones son muy limitadas. Consecuentemente, y como señalan entre otros el CoEDR, continúa estando ampliamente extendida, sistematizando el desprecio hacia la diferencia y la pluralidad de nuestras sociedades.

ANDRÉS GASCÓN CUENCA
Dept. Filosofía del Derecho y Política
Facultat de Dret
Universitat de València.
Avd. Tarongers S/N
46022 Valencia
e-mail: andres.gascon@uv.es