

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lecture envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborales le enviaremos el código de acceso con las instrucciones de acceso

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL SIGLO XXI

TOMO II
EL ESTUDIO COMPARADO

ESTUDIOS DE CASOS LÍDERES INTERAMERICANOS Y EUROPEOS

Vol. III. Problemas actuales de la justicia regional. Una visión comparada
entre América y Europa

Directores

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA-IRENE SPIGNO
Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila

ACADEMIA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS



I | D | H

ACADEMIA
INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

IRENE SPIGNO

Directora General

JOSÉ ANTONIO ESTRADA MARÚN

Secretario Académico

WENDOOLYD BALDERAS CARDONA

Secretaria Administrativa

COLECCIÓN DE “ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO”



C | E | D | E | C | O | M | P
CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
COMPARADOS

IRENE SPIGNO

Directora

COMITÉ CIENTÍFICO

PRESIDENTE

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA

Academia Interamericana de Derechos Humanos

ADRIENNE STONE

Universidad de Melbourne

TANIA GROPPi

Universidad de Siena

RICHARD BAUMAN

Universidad de Alberta

GIANCARLO ROLLA

Universidad de Génova

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Universidad Autónoma de México

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Instituto Tecnológico Autónomo de México

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Universidad París/Panthéon-Sorbonne

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

ESTUDIOS DE CASOS LÍDERES INTERAMERICANOS Y EUROPEOS

Vol. III. Problemas actuales de la justicia regional.
Una visión comparada entre América y Europa

Directores

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA-IRENE SPIGNO

Coautores

Abraham Barrero Ortega José García Añón
José Antonio García Saez Paloma Lugo Saucedo
José de Jesús Orozco Henríquez Andrea Pisaneschi
Karla I. Quintana Osuna Fernando Rey Martínez
Luis Efrén Ríos Vega Magda Yadira Robles Garza
María Eugenia Rodríguez Palop Ilenia Ruggiu
Alfonso Ruiz Miguel Irene Spigno



CE|D|E|C|O|M|P
CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
COMPARADOS

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2020

Copyright © 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Los textos publicados en la presente obra han sido sometidos a proceso de dictaminación académica.

© Luís Efrén Ríos Vega
Irene Spigno (*Dirs.*)

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Río Tiber 66, Piso 4
Colonia Cuauhtémoc
Alcaldía Cuauhtémoc
CP 06500 Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1313-177-1
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Índice

Tablas	
<i>Jurisprudencia</i>	XIII
<i>Legislación</i>	XXIX
<i>Otros documentos</i>	XLIII
<i>Abreviaturas y siglas</i>	LIII
<i>Lista de autores</i>	LV
<i>Presentación</i>	LVII
LUIS EFRÉN RÍOS VEGA-IRENE SPIGNO	

ESTUDIO INTRODUCTORIO

Textos y contextos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.....	61
IRENE SPIGNO	

Sección I

EL PROBLEMA DEL FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA REGIONAL

Primera Parte

DIFICULTADES ESTRUCTURALES DE LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Capítulo 1. Los desafíos del sistema de peticiones y casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco del diálogo entre América y Europa.....	87
JOSÉ DE JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ	
Capítulo 2. El Tribunal EDH y la protección de los derechos humanos en Europa: origen, evolución, retos y desafíos	133
IRENE SPIGNO	

Segunda Parte

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS

Capítulo 3. Una oportunidad para la justiciabilidad: los derechos económicos en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	169
MAGDA YADIRA ROBLES GARZA	
Capítulo 4. Derechos económicos, reglas del mercado, derechos sociales.....	201
ANDREA PISANESCHI	

Tercera Parte
EL ACCESO A LA JUSTICIA

Capítulo 5.	Acceso a la justicia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: litigio estratégico y <i>amicus curiae</i> en el caso de <i>La Cantuta</i> ...	221
	JOSÉ ANTONIO GARCÍA SAEZ	
Capítulo 6.	Acceso a la justicia y protección judicial efectiva: estándares en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el alcance del derecho a un recurso efectivo	235
	JOSÉ GARCÍA AÑÓN	

Cuarta Parte
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Capítulo 7.	Algunas ambigüedades y retos en el concepto de control de convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	265
	KARLA I. QUINTANA OSUNA	
Capítulo 8.	Diez apuntes sobre el control de convencionalidad, desde la otra orilla.....	291
	ABRAHAM BARRERO ORTEGA	

Sección II
EL PROBLEMA DE LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN

Quinta Parte
EL DERECHO A LA VIDA

Capítulo 9.	El derecho a la vida en situaciones de peligro. Tres lecturas interamericanas (textos, contextos y soluciones)	317
	LUIS EFRÉN RÍOS VEGA-PALOMA LUGO SAUCEDO	
Capítulo 10.	A propósito del derecho a la vida en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	345
	ALFONSO RUIZ MIGUEL	

Sexta Parte
LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

Capítulo 11.	Violencia contra las mujeres migrantes y desplazadas. Los casos <i>Campo Algodonero</i> (Corte IDH) y <i>Beauty Solomon</i> (Tribunal EDH) ...	373
	MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP	
Capítulo 12.	Temas de igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: violencia de género, aborto y discriminación múltiple.....	399
	FERNANDO REY MARTÍNEZ	

Séptima Parte

LA DIVERSIDAD CULTURAL

Capítulo 13. Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en el Sistema IDH	429
KARLA I. QUINTANA OSUNA	
Capítulo 14. La diversidad cultural como bien común y como situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre minorías culturales.....	463
ILENIA RUGGIU	

Capítulo 14

La diversidad cultural como bien común y como situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre minorías culturales*

ILENIA RUGGIU
Universidad de Cagliari

SUMARIO: I. Las minorías culturales en Europa: clasificación y sistema de protección multi-nivel. II. La minoría de los Roma o Gitanos. III. Las técnicas argumentativas del Tribunal EDH: el test para averiguar la violación de derechos. IV. *Chapman vs. Reino Unido* [2001]: el derecho al medio-ambiente prevalece sobre el derecho al nomadismo. V. *Muñoz Díaz vs. España* [2010]: el reconocimiento del matrimonio gitano. VI. *Nachova y otros vs. Bulgaria* [2005]: homicidios raciales y vulnerabilidad por discriminación étnica. VII. *D.H. y otros vs. República Checa* [2007]: segregación escolar. VIII. Conclusiones comparativas: ¿Cuales elementos argumentativos son útiles para la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

I. LAS MINORÍAS CULTURALES EN EUROPA: CLASIFICACIÓN Y SISTEMA DE PROTECCIÓN MULTI-NIVEL

Siguiendo la tripartición elaborada por Will Kymlicka (1995)¹ el territorio de la *Grande Europa* —o sea el territorio de los 47 Estados

* El presente artículo es parte de una investigación financiada por la *Fondazione Banco di Sardegna* (Fundación Banco de Cerdeña), proyecto “Multiculturalismo y Conflictos”.

¹ El autor, a la página 18, observa que “un Estado es multicultural si sus miembros pertenecen a distintas naciones (Estado multinacionales) o si han inmigrado desde distintas naciones (Estado poliétnico)”. En las Constituciones nacionales de los 47 Estados del Consejo de Europa es raro que los grupos culturales preexistentes al Estado sean reconocidos como *distintas naciones*; ellos son con más frecuencia definidos como *minorías*, con algunas excepciones cual la Constitución española que habla de las “nacionalidades” que componen España.

miembros del Consejo de Europa se distingue de la *Pequeña Europa*, la Unión Europea con sus 28 Estados (27 después de la salida de Reino Unido)— presenta tres grupos de minorías: 1) pueblos indígenas; 2) minorías nacionales; 3) migrantes. A pesar de esta coincidencia tipológica con América, la diversidad cultural en el contexto europeo es muy distinta de aquella presente en el territorio americano por cantidad y características internas de los grupos. Si en América la presencia de los pueblos indígenas marca indudablemente el panorama de la diversidad cultural, en el territorio europeo hay solamente un pueblo indígena (los Sami), mientras el corazón de la diversidad cultural es constituido por las numerosas minorías nacionales históricas y por los migrantes.

Con referencia al primer grupo de minorías culturales —los pueblos indígenas—, como se decía, el único grupo cultural oficialmente perteneciente a esa categoría son los Sami, situados en la península escandinava en el Norte Europa. Este grupo ha presentado, tanto al Tribunal EДH de Derechos Humanos (Tribunal EДH) como al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, varias cuestiones típicamente indígenas: control de las tierras y pleitos contra la construcción de industrias u obras públicas en territorio ancestral, pasto de los renos, adquisición y pérdida del estatus tribal. Sin embargo, como se decía, el impacto de estas cuestiones en el gobierno de la diversidad cultural en Europa es mínimo debido al tan pequeño número de personas consistentes de ese pueblo indígena.

Con referencias al segundo grupo de minorías culturales —las minorías nacionales históricas— este es el más numeroso, siendo la diversidad cultural interna a los Estados-naciones europeos muy significativa. Las minorías nacionales son aquellas que habitan, desde su fundación, el Estado moderno y que han guardado rasgos de diversidad a pesar de los procesos de unificación de los Estados nacionales: los sardos en Italia, los catalanes y vascos en España, los escoceses en Reino Unido, los bretones en Francia, los bavarese en Alemania, para dar algún ejemplo. Su diversidad es hoy en día principalmente lingüística, aunque no faltan diferencias culturales basadas en aspectos folklóricos de tradiciones como bailes, fiestas, producción artesanal y en una identidad distinta de la nacional. Indudablemente son estas la minorías más reconocidas y protegidas jurídicamente. De hecho, este

tipo de diversidad acompaña normalmente a formas de auto-determinación que se realizan en el marco de un Estado regional o federal donde las minorías culturales tienen su Parlamento, su Gobierno y pueden gozar de ciertos derechos políticos para fortalecer su autonomía y cultura. Regiones, comunidades autónomas y provincias son las formas políticas con que hoy en día esas minorías se gobiernan.

En fin, el tercer grupo de la clasificación es constituido por los migrantes. Esta categoría es igualmente muy amplia numéricamente comprendiendo tanto migrantes económicos, como refugiados políticos o desplazados climáticos y va creciendo a lo largo de los años haciendo de Europa una realidad siempre más multicultural. Se trata de la minoría menos protegida en sus derechos culturales por lo menos a nivel legislativo, porque a nivel judicial no faltan en los Estados europeos casos de reconocimiento de formas de defensa cultural (Dundes Renteln 2004; Ruggiu 2012).

El sistema de protección de los derechos de estos tres tipos de minorías culturales existente en el territorio europeo es multinivel: el primer nivel de protección es ofrecido por las Constituciones nacionales o por su legislación; a eso se suma el sistema de protección de derechos de la Unión Europea, que incluye 28 Estados (27 después la salida del Reino Unido), y el sistema de protección de derechos surgida alrededor del Consejo de Europa, que incluye 47 Estados. Cada uno de esos tres ordenamientos jurídicos es independiente y al mismo tiempo coordinado con los otros a través de las reglas del derecho internacional y de la interpretación². Esta co-presencia de remedios

² La presencia de tres ordenamientos jurídicos pone problemas de coordinación entre los jueces que interpretan los derechos que han sido resueltos de forma distinta en cada Estado. Por ejemplo, en Italia hay dos distintas posiciones sobre el valor del derecho europeo (Unión Europea con 28 Estados) y del derecho convencional (Convenio EDH con 47 Estados). Por lo que se refiere a la Unión Europea, los Tribunales nacionales están vinculados a aplicar directamente el derecho comunitario, así como interpretado por la Corte de Justicia de Luxemburgo. Hay solo un límite: el Tribunal constitucional queda como el guardián de los derechos en última instancia, en el sentido que si alguna norma del derecho comunitario violase los derechos fundamentales constitucionales, los jueces comunes no deberían aplicarla sino levantar una cuestión de constitucionalidad delante de la Corte constitucional italiana que se reserva la posibilidad de declarar inconstitucional la ley de ratificación de los tratados y de tal forma salir de la Unión europea (teoría de los contra-límites al derecho co-

significa que un miembro de una minoría cultural puede acceder a distintas jurisdicciones para buscar protección de sus derechos.

Una nota previa es importante para contextualizar lo que se irá diciendo. Los derechos culturales son *nuevos* derechos. Conforme a la clasificación de Norberto Bobbio (1995) y de Gregorio Peces Barba Martínez (1993) ellos llegan cronológicamente después de la primera generación de derechos fundamentales (los derechos civiles), de la segunda (los derechos políticos) y de la tercera (los derechos sociales). La prueba de que los derechos culturales son derechos de cuarta generación se encuentra en los mismos textos jurídicos. La palabra “derecho cultural” aparece en los textos jurídicos con su significado antropológico, por primera vez solamente en 1966 con el art. 27³ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) que forma parte del derecho internacional general de Naciones Unidas. Hasta entonces varias constituciones estatales habían reconocido aspectos particulares de la cultura como la lengua o la religión, pero nunca la cultura en su conjunto. El carácter reciente de los derechos culturales determina que ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio EDH), ni la mayoría de las Constituciones de los Estados miembros reconocen tales derechos⁴.

munitario). Distinta es la posición en Italia del Convenio EDH: con las sentencias 348 y 349 de 2007, la Corte constitucional ha afirmado que los jueces italianos no pueden aplicar directamente el Convenio EDH, sino que cada vez que ven que una ley italiana viola el derecho convencional tienen que llevar la cuestión a la Corte constitucional que averiguará si hay violación o no. Se trata de una forma a través de la cual el Estado guarda su control sobre el ingreso directo del derecho convencional. El efecto de una sentencia del Tribunal EDH, por ende, es reducido al Estado italiano y a las partes que han levantado el pleito, y no tiene un efecto directo en todo el territorio italiano.

³ Art. 27: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a *tener su propia vida cultural*, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma” (Énfasis añadido).

⁴ Un análisis que he realizado sobre todas las 194 constituciones existentes «<https://www.constituteproject.org/search?lang=en>» me ha permitido observar que solo 50 reconocen derechos culturales, a las cuales hay que añadir otras 30 que reconocen un principio multicultural o una cláusula de diversidad cultural no formulada como derecho subjetivo (Ruggiu 2012: cap. 4).

Esta es otra importante diferencia con respecto a América. Mientras casi todas las constituciones tanto del Norte (con la excepción de Estados Unidos), así como del Centro y del Sur de América reconocen explícitamente derechos culturales, en el contexto europeo el reconocimiento explícito de esa categoría de derechos es limitado.

Si tomamos en consideración el nivel de protección estatal, podemos ver que la mayoría de las constituciones europeas no tiene un autónomo reconocimiento del derecho a la cultura. Todas reconocen la libertad de religión. Muchas reconocen derechos lingüísticos de las minorías nacionales, pero siendo muchas constituciones del periodo que va de 1848 a la pos-segunda guerra mundial, el tema de los derechos culturales todavía no se había puesto a la atención de la agenda política. La situación cambia con las constituciones de la Europa del Este *aprobadas* después del colapso del muro de Berlín en 1989, que, siendo más recientes, a menudo reconocen los derechos culturales, sin embargo, limitándolos a los de las minorías nacionales.

Trasladándonos al segundo nivel de protección de los derechos, a nivel de la Unión Europea, los derechos culturales tienen un marco normativo más fuerte. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea escrita en el 2000 en Niza, que ha adquirido fuerza legal con la entrada en vigor de los Tratados de Lisboa en el 2009, reconoce la cultura autónomamente de la religión y de la lengua. El Artículo 22, sobre “Diversidad cultural, religiosa y lingüística” establece que “La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”.

Moviéndonos al tercer nivel posible de tutela de las minorías culturales, el Convenio EДH no reconoce ningún derecho cultural. El Convenio EДH fue escrito en 1950 cuando el concepto de derechos culturales no existía. El Tribunal EДH se ha pronunciado muchas veces sobre casos donde minorías culturales lamentaban la violación de una práctica cultural utilizando otros artículos del Convenio, en particular el art. 8. Esta disposición protege la vida familiar y privada y se ha revelado un contenedor para reivindicar la protección de prácticas culturales, sin embargo, eso no opera con la misma fuerza protectora que puede tener el reconocimiento explícito de un derecho cultural (véase el caso Tribunal EДH, *Chapman vs. Reino Unido*, 18 enero 2001: párr. 4).

Frente al silencio del Convenio E.D.H., hay dos instrumentos específicos firmados por los Estados del Consejo de Europa que se refieren a minorías culturales: el Convenio marco para la Protección de las minorías lingüísticas de 1992 y el Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1995. Estos instrumentos tienen que ser actuados por la legislación interna de los Estados miembros para ser operativos.

En este cuadro normativo sumariamente trazado, a nivel jurisprudencial los jueces de Estrasburgo se han enfrentado muchas veces con casos que involucran problemas de minorías culturales. En este artículo se analizarán cuatro casos, todos referidos a una minoría que marca de forma peculiar el panorama cultural europeo: los romas o gitanos.

II. LA MINORÍA DE LOS ROMA O GITANOS

La minoría conocida como roma, gitanos, nómadas o, en inglés, *Gypsies* o *Travelers*, es una minoría con rasgos propios respecto a las otras presentes en el territorio europeo. Se trata en primer lugar de una minoría no originaria de ninguno de los Estados europeos: su presencia en Europa se ubica alrededor del 1400 cuando entraron migrando desde India. La primera fuente escrita dice que los roma se presentaron en las ciudades europeas como peregrinos egipcios (por aquí el inglés *Gypsy*) y que llegaban de Egipto por cumplir un peregrinaje de expiación. Utilizando la forma de desplazamiento entonces admitida en la Europa católica (el peregrinaje religioso) este grupo vagabundó por unas décadas practicando actividades de supervivencia como el mendigar, la adivinación y trabajos artesanales como la reparación de objetos de cobre (Fraser 1993; Bohn Gmelch 1986). Desde el siglo XV su presencia se ha ido consolidando en casi todos los 47 Estados del Consejo de Europa, con niveles de población más o menos altos. Los romas en todo el territorio europeo son un total de 10 millones; el Estado del Consejo de Europa donde viven más roma es Rumania con 2 millones de miembros de esta minoría, seguidos por otros Estados del Este, y por España. En Italia el número total de los roma es de 150.000.

Las palabras roma, gitanos o nómadas son todas heterónimos dados por la mayoría debido a que en su interior los roma se dividen en grupos más pequeños y bien marcados. Sin embargo, se trata de un heterónimo oportuno porque hay por lo menos un elemento de unidad de todos los grupos: el factor de hablar un idioma con rasgos comunes, el romaní. Además de la comunicación lingüística, y siempre teniendo en cuenta un gran nivel de diversidad interna a los distintos grupos, los roma o gitanos tienen otros rasgos culturales que lo hacen un grupo muy distinto al resto de la población: prácticas distintas en las relaciones familiares, en los rituales del cortejo y del matrimonio, en el cuidado de los niños y en el sistema de vida comunitario (Bonetti *et al.* 2011; Simoni 2005).

Los rasgos históricos y la difusión territorial de los gitanos hace complicado insertarlos en las clasificaciones que hemos analizado en el primer párrafo que distingue las minorías europeas en: 1) pueblos indígenas; 2) minorías nacionales históricas/regionales; 3) inmigrados.

Los gitanos han pensado en activar una práctica para el reconocimiento de su estado como pueblo indígena (Tavani 2012) esperando de tal forma ganar más protección a nivel internacional; sin embargo, sus orígenes históricos y su tardía llegada a Europa hacen de ellos un pueblo difícilmente calificable como indígena⁵.

El alto nivel de movilidad de los roma dentro del territorio europeo podría hacerlos clasificar como migrantes, sin embargo, su histórica conexión con el territorio europeo hace impropia también esa clasificación: generalmente los migrantes son extranjeros mientras que muchos Romas, aunque percibidos como extranjeros, tienen la ciudadanía de un Estado europeo, o alternativamente son apátridas⁶.

⁵ Si algunos antropólogos han definido los Romas como la última sociedad occidental de cazadores/recogedores (Formoso 1986), otros lo han definido como perteneciente a las clases de marginados voluntarios que han resistido al proceso de proletarización capitalista (Koprow 1991; Asseo 1988).

⁶ Una importante diferencia con los inmigrantes es que desde cuando la Unión Europea se alargó a 28 incluyendo gran parte de los Estados del Este de Europa, muchos Roma que vivían en Rumania o Bulgaria han ganado el derecho al libre desplazamiento en todo el territorio de la Unión Europea, derecho que los migrantes no tienen.

Problemática es también la clasificación como minorías nacionales históricas por el hecho de que, a pesar de que muchos grupos viven desde siglos en un territorio nacional, también es verdad que los romas no tienen un territorio fijo donde están localizados. Mientras que los sardos desde siempre viven y están asociados territorialmente a Cerdeña, mientras que los Catalanes tienen el territorio regional físicamente y políticamente marcado, los Romas no pueden indicar un territorio. A la falta del elemento territorial que en Europa es importante para definir una minoría nacional, se añade el hecho que los Roma están percibidos como un elemento extranjero a la historia de un Estado: casi nadie los percibe como parte de sus minorías nacionales. Tomando como ejemplo a Italia, si nadie duda que los sardos, los Sur-tirolenses de habla alemana son minorías italianas, los roma son percibidos como extranjeros a pesar que muchas veces tienen la ciudadanía italiana. En toda Europa, su percepción por parte de la mayoría, en general, es contradictoria y oscila dentro una tendencia a su romantización a través del mito de su libertad, anticonformismo, creatividad, sentido artístico, a su estereotipación negativa a través de la idea de que mendigan y roban como principal medio de subsistencia, que no quieren integrarse, que no respetan las reglas higiénicas básicas, que no mandan sus hijos a la escuela (Piasere 1995; Okeley 1983).

Por su capilar distribución en todo el territorio europeo la minoría de los roma podría ser considerada la única verdadera minoría *europaea*; sin embargo, este reconocimiento falta a nivel oficial por eso su estatus jurídico varía de Estado a Estado: en algunos, como en la República Checa, son reconocidos como minoría nacional protegida por la Constitución; en otros, como Italia no están incluidos ni en las minorías lingüísticas nacionales⁷. Generalmente es la falta de un territorio lo que impide el reconocimiento. Todas las minorías regionales europeas se encuentran localizadas en un territorio bien identifi-

⁷ Italia con la Ley 482/1999 ha actuado el Convenio-marco para la Protección de las Minorías lingüísticas de 1992 reconociendo 13 minorías lingüísticas nacionales, dentro de las cuales se encuentran los sardos, los friulanos, los occitanos etc. A lo largo de los trabajos parlamentarios se planteó la posibilidad de incluir a los Romas, que al final quedaron excluidos de la lista por su falta de localización y concentración territorial.

cado, que a veces cruza los bordes de los Estados (como ocurre con la minoría vasca localizada tanto en el norte de España como en Francia) más en general permite tener un propio gobierno o forma de tutela.

A pesar de las radicales diferencias de los Roma cuando son comparados con las minorías nacionales históricas de los Estados europeos o con los pueblos indígenas americanos, hay que subrayar que los roma comparten con estas minorías una general situación de vulnerabilidad tanto histórica como contemporánea, siendo víctimas de discriminación y marginación social. En las palabras del Tribunal EDH:

“Hoy en día viven en Europa un número de Roma que va desde los 8 millones hasta los 10 millones. Ellos se encuentran en casi todos los 47 estados y en algunos estados de centro y este de Europa llegan a ser el 5% de la población (...). Todos hablan Romaní, un idioma indo-europeo, que a pesar de sus variedades es entendido por todos. En general, los Roma hablan también el idioma del Estado donde residen... A pesar de que habiten Europa desde el 1.400 no están reconocidos en las mayorías de las sociedades como europeos y han sufrido a lo largo de la historia rechazo y persecución. Esta ha culminado en la tentativa Nazi de exterminarlos. Debido a esta historia de persecución hoy en día los Roma viven en condiciones muy deterioradas, al margen de la sociedad y su participación en a la vida pública es muy limitada” (Tribunal EDH, *D.H. y otros vs. República Checa*, 13 noviembre 2007: párr. 12 y 13).

Los cuatro casos seleccionados, decididos por el Tribunal EDH, y que pronto se analizarán, ofrecen una perspectiva concreta sobre las clases de problemas que pueden encontrarse y los rasgos de la minoría gitana: su diferencia cultural marcada por el resto de la población y su posición de vulnerabilidad. Antes de analizar los casos, es preciso completar esa premisa general con un análisis de las técnicas lógico-argumentativas que el Tribunal utiliza cuando tiene que aplicar el Convenio EDH para averiguar si hay o no una violación de los derechos protegidos.

III. LAS TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS DEL TRIBUNAL EDH: EL TEST PARA AVERIGUAR LA VIOLACIÓN DE DERECHOS

La protección multinivel de derechos, presente en el territorio de la Gran Europa, es gobernada por un principio procedimental que

impone que antes de acceder al Tribunal EDH hay que agotar todos los remedios internos. Esto porque la filosofía del Convenio es que son los Estados los sujetos más aptos para proteger los derechos humanos contenidos en el Convenio EDH y que el Tribunal de Estrasburgo interviene sólo en función subsidiaria cuando el Estado ha fallado (según quien inicia la investigación) en garantizar esta protección. El modelo es que los estados son los guardianes de los derechos y el Tribunal EDH es el guardián de los estados.

Al averiguar si hay una violación del Convenio, el Tribunal EDH aplica un test con pasajes lógicos-escalares que puede resumirse como sigue:

- 1) *Ley*. La primera pregunta del test es: ¿Existe una ley del Estado que expresamente pone en riesgo el derecho protegido? Se puede pensar que generalmente la respuesta a esa primera averiguación sea negativa, porque es raro que un Estado constitucional apruebe una legislación que expresamente limite un derecho del Convenio sin que sea antes declarada inconstitucional por su Tribunal constitucional interno. Sin embargo, no faltan casos, especialmente porque el criterio puede aplicarse a comportamientos omisivos del Estado: es decir que también la falta de una ley, o una ley débil en proteger un derecho puede integrar el requisito y llevar a la condena del Estado. Además, hay que subrayar que el concepto de ley está entendido en sentido amplio, no limitándose a las fuentes primarias, sino incluyendo cualquier norma estatal. Por eso, si se contesta positivamente al primer elemento del test, la tarea del Estado será el de eliminar la legislación o los reglamentos que impiden el goce del derecho o redactar una legislación que lo permita⁸.
- 2) *Fin legítimo*: ¿Existe una ley estatal que impide el ejercicio de un derecho, la restricción impuesta por la ley tiene un fin legítimo? El Tribunal de Estrasburgo admite que un derecho sea limitado para un fin legítimo en una sociedad democrática. En este

⁸ Por ejemplo, recientemente Italia ha sido condenada por no prever ninguna ley que permita a las parejas homosexuales formalizar de alguna forma pública su unión, *Oliari y otros vs. Italia*, Sala Cuarta, 21 julio 2015.

sentido los derechos reconocidos no son absolutos, sino que pueden sufrir restricciones en presencia de otras exigencias que el estado tiene que probar a lo largo del juicio.

- 3) *Margen de apreciación*: cada Estado, siendo el más apto para entender los conflictos sociales que el ejercicio de un derecho puede generar, disfruta de un nivel de discrecionalidad y de decisión al establecer los límites a los derechos que se llama técnicamente *margen de apreciación*. Su existencia es decidida por el Tribunal de Estrasburgo. Al decidir si el Estado goza o no goza de margen de apreciación en el caso concreto, el Tribunal evalúa en primer lugar la comprensión del derecho del Convenio con la clásica técnica de la *ponderación* entre derechos. Por ejemplo: el Tribunal evalúa si efectivamente el estado tiene otro derecho o interés que esté en riesgo a de ser quebrantado protegiendo el derecho del convenio, evaluará en cuál dimensión los dos derechos puedan ser armonizados y cuales tiene que sucumbir en el balance. Importante al decidir si el Estado goza o no de margen de apreciación, es también averiguar si entre los 47 Estados miembros hay, o no, consenso⁹.
- 4) *Consenso*: si la posición de los 47 Estados es compacta en reconocer (o no reconocer) un derecho y un Estado se encuentra aislado en restringir un derecho, es probable que su margen de apreciación se reduzca. Hay que subrayar que este criterio no es siempre utilizado de forma coherente por el Tribunal EDH: eso porque, si es verdad, que el Tribunal utiliza a menudo una técnica cuantitativa que consiste en contar el número de estados a través de un análisis comparativo de su disciplina legal, también es verdad que otras veces, como por ejemplo ha ocurrido en el caso del *burqa* en Francia¹⁰, el Tribunal se aleja del criterio

⁹ Por ejemplos, en casos como aquellos relativos a la presencia del crucifijo en las escuelas (Tribunal EDH, *Lautsi vs. Italia*, 18 marzo 2011), el Tribunal EDH ha dicho que, faltando una posición común entre los 47 Estados sobre la cuestión, Italia gozaba de un amplio margen de apreciación. De esta forma ha permitido la presencia del crucifijo en las escuelas.

¹⁰ Por ejemplo, en el debate sobre si prohibir o no el *burqa* (Tribunal EDH, *S.A.S. vs. Francia*, 1 julio 2014) a pesar de que el *burqa* está admitido en 45 Estados y sea prohibido solamente en Bélgica y en Francia, el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido la

cuantitativo y admite que conflictos de valores tan insanables en aquella específica sociedad puedan determinar un margen de apreciación amplio y distinto a pesar de un consenso generalizado.

- 5) *Proporcionalidad*: ¿La medida restrictiva de un derecho, aunque adoptada por un fin legítimo o en el marco del margen de apreciación, es proporcional? El Tribunal no renuncia a averiguar una última cuestión en su test: aunque haya reconocido un fin legítimo y un margen de apreciación, si el Estado ha exagerado en la compresión del derecho, el Tribunal puede condenarlo. La compresión del derecho puede ser admitida solamente para conseguir aquel fin: si se excede respecto al fin que persigue puede ser sancionada.

Puestas estas premisas generales, útiles para ver diferencias y tratos comunes entre la situación normativa y argumentativas en el sistema EDH, podemos analizar más en concreto que clases de violación de derechos pueden encontrar una minoría cultural en Europa¹¹. Los cuatro casos seleccionados, que tienen todos como protagonistas a los Romas, ofrecen un ejemplo de la aplicación del test con el cual el Tribunal EDH decide sobre violaciones de derechos, siendo cada caso resuelto a diferentes niveles del test. La selección efectuada ofrece también un ejemplo de los distintos derechos que una minoría puede ver puestos en riesgo en Europa. Se trata de los siguientes casos:

Chapman vs. Reino Unido, 18 enero 2001, Gran Sala, (práctica cultural del nomadismo) es resuelto reconociendo al Estado el margen apreciación;

Muñoz Díaz vs. España, 8 diciembre 2009, Sala Tercera, (práctica cultural del matrimonio) es resuelto condenando el Estado por haber violado el criterio de la proporcionalidad;

legitimidad de la ley francesa que lo prohíbe, en cuanto *el burqa* viola el derecho de los franceses a *vivir juntos*, quebrando el principio supremo constitucional de fraternidad.

¹¹ Para una visión más general de las técnicas argumentativas que los jueces han desarrollado a nivel comparado para resolver conflictos multiculturales que se refieren tanto a pueblos indígenas, a minorías nacionales y a migrantes, véanse los trabajos de Dundes Renteln 2004; Foblets y Dundes Renteln 2009; Ruggiu 2012.

Nachova vs. Bulgaria, 6 julio 2005, Gran Sala (homicidio racial por la policía) es resuelto condenando el Estado por falta de una ley que pueda proteger adecuadamente los Romas;

D.H. y otros vs. República Checa, 13 noviembre 2007, Gran Sala, (escuelas especiales para niños roma) es resuelto condenando al Estado por haber violado el criterio de proporcionalidad.

Por lo que se refiere a los derechos implicados, los cuatro casos pueden dividirse en dos grupos: los primeros dos tienen que ver con dos prácticas culturales —el matrimonio gitano y el nomadismo— mientras que los últimos dos casos no se refieren a aspectos culturales de la minoría, sino a aspectos conectados a su situación de marginalización social. Esta clasificación es significativa del tipo de conflictos que pueden ocurrir entre mayoría y minoría: la minoría puede sentirse no reconocida bajo el perfil cultural o, más gravemente, bajo indicadores raciales y sociales que llevan a marginarla. La línea divisoria entre estos dos tipos de conflicto no siempre es clara: por ejemplo, a veces la falta de reconocimiento cultural puede ser argumentada en juicio como un acto discriminatorio. De esta forma, defensa cultural y defensa anti-discriminatoria se encuentran, uniéndose en un marco argumentativo doble, como veremos especialmente en el caso *Muñoz Díaz vs. España*.

Un análisis más detallado de cada uno de los casos seleccionados permitirá ver más de cerca como opera el test del Tribunal EDH y que otro tipo de razones y argumentaciones este desarrolla para llegar a sus decisiones.

IV. *CHAPMAN VS. REINO UNIDO* [2001]: EL DERECHO AL MEDIO-AMBIENTE PREVALECE SOBRE EL DERECHO AL NOMADISMO

La sentencia *Chapman vs. Reino Unido*, pronunciada por la Gran Sala en 2001, resuelve el caso de la señora Chapman, una mujer de etnia Romana residente en Reino Unido, que quería colocar su caravana en un pedazo de tierra que la misma había comprado. La mujer conducía una vida parcialmente sedentaria, parcialmente nómada: para permitir a sus hijos atender las clases la mujer quería establecerse

por seis meses y vivir el resto del año como nómada, viajando en una caravana. El ayuntamiento responsable de los permisos urbanísticos negaba a la señora Chapman esa posibilidad ya que la zona donde la misma poseía el pedazo de tierra estaba protegida por su paisaje y la presencia de una caravana comprometería el medio ambiente y la estética de la zona.

Mientras que la señora Chapman decía que la caravana no era un elemento urbanístico y que por seis meses al año no había estado colocado allí, el ayuntamiento, por el contrario, lo trataba como si fuese una casa. No pudiendo alegar la violación de su derecho cultural a conservar un estilo de vida gitano de forma explícita (por el hecho que no existe en el Convenio una autónoma categoría de derechos culturales), la señora Chapman lamentaba la violación del art. 8 relativo a *Derecho al respeto a la vida privada y familiar*¹². Reino Unido, a lo largo del pleito, defendía sus políticas diciendo que además de tener un fin legítimo (la protección del paisaje), el Gobierno podría ofrecer medidas alternativas para asegurar el nomadismo: la señora Chapman podría conservar su estilo de vida estableciendo su caravana en los otros campos nómadas, que el Gobierno había creado como lugares específicos para que los gitanos pudiesen colocar sus caravanas. Sin embargo, la mujer lamentaba que la situación de degrado social y marginación de los campos nómadas no eran saludable para ella y sus hijos. Además, los campos nómadas donde podía irse estaban fuera del condado.

El Tribunal EDH en este caso ha considerado prevaleciente el derecho a la protección ambiental defendido por el Reino Unido reconociendo que este tiene un margen de apreciación en el establecer el balance entre derecho ambiental y derecho a la vida privada y familiar. A pesar de que la señora Chapman ha perdido el juicio, la sentencia es importante porque el Tribunal introduce una nueva idea de

¹² Art. 8: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del País, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, la protección de los derechos y las libertades de los demás".

diversidad, que es presentada como valor para la misma mayoría. En las palabras del Tribunal:

“Existe un consenso internacional entre los Estados del Consejo de Europa para reconocer las especiales necesidades de las minorías y un deber de proteger su seguridad, identidad y estilo de vida (véase por ejemplo el Convenio cuadro sobre) no solamente con el fin de proteger los intereses de las mismas minorías, sino para preservar una diversidad cultural que tiene valor para la entera comunidad (par. 93). Sin embargo el Tribunal no está convencido que ese consenso es bastante concreto para llegar a guiar los Estados miembros a tener una conducta fija en cualquiera situación que se refiera a minoría... la complejidad y la importancia de la cuestión que envuelve políticas que balancean o equilibran el interés general de la población, especialmente cuando se trate del medio-ambiente, con el interés de las minorías que puede confligir, sugiere que ese Tribunal adopte un papel de mero supervisor” (Tribunal EDH, *Chapman*: párr. 94).

La presencia del *consenso* europeo permite a la Corte reconocer, en abstracto, los intereses culturales de las minorías. Sin embargo, llegando a los puntos dos (fin legítimo) y tres (margen de apreciación) de su test, el Tribunal reconoce que hay un fin legítimo y un margen de apreciación: en el balance con el derecho al medio ambiente este prevalece y el Tribunal reconoce que Reino Unido es el más cercano para entender bajo que condiciones se pueden establecer excepciones al derecho cultural de la señora Chapman.

Esa decisión nos lleva al tema de la falta de reconocimiento explícito de derechos culturales en el Convenio, perfil que en ese caso ha influido bastante. Encajando la pregunta de la señora Chapman bajo el art. 8, el Tribunal observa:

“Es importante recordar que el art. 8 no reconoce un derecho a tener una casa. Ninguna sentencia de ese Tribunal reconoce un derecho parecido. Si es evidentemente deseable que cada ser humano tenga un sitio donde pueda vivir con dignidad y que ello o ella pueda llamar casa hay en los Estados miembros desafortunadamente muchas personas sin una casa (párr. 99).

En lugar de poner el acento sobre el hecho de que lo que le interesaba a Chapman era tener su caravana para poder seguir su estilo de vida nómada, o sea sobre la dimensión de un derecho cultural, el Tribunal es empujado por la estructura del art. 8 a afirmar una distinción entre derechos civiles (al respeto de la privacidad de la casa) y

sociales (el derecho a una vivienda): eso de alguna forma desplaza el eje de la cuestión.

Quizás que existiendo en el Convenio un explícito reconocimiento de derechos culturales, esta clase de argumentaciones habrían sido distintas.

V. MUÑOZ DÍAZ vs. ESPAÑA [2009]:

EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO GITANO

La sentencia *Muñoz Díaz vs. España*, pronunciada por la Sala Tercera del Tribunal el 8 diciembre 2009 resuelve el caso de una mujer viuda, casada conformemente al ritual gitano, la cual a la muerte del marido se ha visto denegar el derecho al tablero (sueldo) por la administración pública porque, según el derecho español, la pareja no estaba casada. La señora Muñoz Díaz lamentaba la violación del art. 14 relativo a *Prohibición de discriminación*¹³ y del art. 12 relativo al *Derecho a contraer matrimonio*¹⁴ del Convenio EDH en la medida en que el matrimonio gitano no se considera productor de efectos. El Tribunal EDH condenó a España por la violación del art. 14, pero no del art. 12¹⁵.

A nivel de remedios internos en el ordenamiento español, la señora Muñoz Díaz había obtenido distintas soluciones a su caso. El Tribunal español de primera instancia le había reconocido el tablero de 900 euros utilizando como razón el hecho que la exclusión del matrimo-

¹³ Art. 14: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

¹⁴ Artículo 12: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

¹⁵ Con respecto a la violación del art. 12 el Tribunal EDH niega que el hecho de que el matrimonio gitano no sea reconocido, que no produzca efectos sea discriminatorio. El hecho que otros matrimonios (católico, protestante, judío) sean reconocidos como productores de efectos civiles deriva de formas de convenios estipulados con el Estado que los Romas, si quieren, puede firmar.

nio gitano como fundamento de un derecho al tablero del marido una vez muerto concretaba una discriminación por base étnica contraria al principio de igualdad de la Constitución española.

Sin embargo, este argumento había sido rechazado por el Tribunal de Apelación que al contrario estableció que: a) el matrimonio gitano vale solo en su *ambiente* y no puede producir obligaciones *erga omnes* o sea para el ordenamiento español; b) el sistema de las fuentes del derecho español, como todos los demás sistemas de fuentes, reconoce que una *costumbre se aplica solo si no hay una ley que reglamenta la materia* (Muñoz Díaz: párr. 15) y por ende, la costumbre del matrimonio gitano no podía aplicarse, existiendo una ley que requiere un matrimonio oficial.

El Tribunal constitucional español llamado a intervenir en amparo confirmó esta última decisión el 16 abril de 2007 sosteniendo que el hecho de que el legislador haya excluido otras formas de *partnership* o cohabitación para reconocer el derecho al tablero en caso de muerte no puede considerarse discriminatorio, por una parte porque el legislador tiene que administrar recursos limitados y por otra parte porque uno no puede pretenderse tratamientos iguales si las situaciones son distintas (Muñoz Díaz: párr. 16).

El Tribunal EDH, al contrario, reconoce a la señora Muñoz el tablero que habría tocado al marido. Para justificar su decisión el Tribunal usa un argumento cultural, a pesar del hecho de que el Convenio no reconoce explícitamente derechos culturales. La técnica argumentativa que el Tribunal de Estrasburgo utiliza es dúplex y se apoya e por un lado en la importancia de la protección cultural como bien común, y por el otro en la necesidad de tutelar la posición de vulnerabilidad de los gitanos como comunidad.

El Tribunal establece que “la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad bien establecida culturalmente no puede ser ignorados” (Muñoz Díaz: párr. 59) y añade las mismas reflexiones que había utilizado en el caso *Chapman*:

“Está emergiendo un consenso internacional entre los Estados del Consejo de Europa que reconoce las especiales necesidades de las minorías y un deber de proteger su seguridad, identidad y estilo de vida... no solamente con el fin de proteger los intereses de las mismas minorías, sino para preser-

var una diversidad cultural que tiene valor para la comunidad entera” (*Muñoz Díaz*: párr. 60).

Cerca del argumento cultural, aparece también el argumento anti-discriminatorio como se nota en el paso siguiente donde el Tribunal añade: “La posición de vulnerabilidad de los Romaníes significa que hay que acordar una especial consideración a sus necesidades y a su estilo de vida diferente” (*Chapman*: párr. 61).

A diferencia del caso *Chapman* donde la presencia de una práctica cultural no ha conseguido por sí misma llegar al reconocimiento del interés de la minoría, en este caso la señora Muñoz Díaz gana el pleito. Esto ha sido posible porque el Tribunal EДH ha podido apoyarse en otras razones, además de aquella cultural. Un argumento que ha tenido mucho peso ha sido la actitud de la administración española que había tratado en otras ocasiones a la señora Muñoz Díaz *como si fuese casada* (*Muñoz Díaz*: párr. 62)¹⁶. El art. 174 de la ley española de seguridad social general (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) reconocía el derecho al tablero de la pareja que se ha muerto en el caso que el matrimonio sea considerado de buena fe existente por la pareja. A este propósito, el Tribunal de Estrasburgo denuncia una *diferencia desproporcionada* en el tratamiento de los Romas (*Muñoz Díaz*: párr. 65) y de otros grupos cuando se trata de averiguar si hay o no *buena fe*. Gran peso ocupa en el razonamiento del Tribunal EДH un comportamiento contradictorio del Tribunal Constitucional español: ese con sentencia 15 noviembre 2004, n. 199 había reconocido la equiparación de un matrimonio canónico, de tipo católico, a uno civil al fin de obtener una renta por causa de muerte del marido.

En conclusión, podemos decir que el caso *Muñoz Díaz* revela como la unión de un argumento cultural con un argumento discriminatorio es seguramente la más exitosa cuando se trata de proteger los intere-

¹⁶ El problema era complicado por el hecho de que, en 1971, año en el cual la señora Muñoz Díaz se casó, existía en España solamente el rito religioso católico y sólo en 1981 se introdujo el matrimonio civil. En ese entonces la mujer estaba convencida de buena fe, que su matrimonio solemnizado según el ritual gitano estaba reconocido por el derecho español. Tanto antes de 1981 como después, la mujer había recibido documentos, registrado a sus 6 hijos y había sido tratada por la administración española como si fuese casada.

ses de las minorías en Europa. Es imaginable que la sola referencia a un derecho cultural como el hecho de haber reconocido el matrimonio gitano en este caso no habría sido suficiente.

VI. *NACHOVA Y OTROS VS. BULGARIA* [2005]: HOMICIDIOS RACIALES Y VULNERABILIDAD POR DISCRIMINACIÓN ÉTNICA

La sentencia *Nachova y otros vs. Bulgaria*, (6 julio 2005) pronunciada por la Gran Sala, resuelve el caso de dos ciudadanos búlgaros de etnia Roma asesinados por un policía. Las circunstancias de la muerte empujan a las mujeres y a varios familiares de las víctimas a lamentar una violación de los art. 2¹⁷ *Derecho a la vida* y 14 *Prohibición de discriminación*¹⁸ del Convenio EDH. Los dos hombres, de 20 años de edad, habían escapado de la cárcel, y se habían escondido en su pueblo donde la policía había venido para buscarlos. La muerte ocurrió mientras los dos, perseguidos por la policía, intentaban saltar un muro: los dos estaban completamente desarmados y fueron asesinados por la espalda. Uno de los policías, antes de disparar había dicho la frase “Vos, Malditos Gitanos” (*Nachova y otros*: párr. 35).

El Tribunal EDH declara a Bulgaria culpable de la violación del art. 2 condenándola en el primer punto del test para averiguar si hay violación de derechos: hay legislación estatal que viola el derecho. En su rol de guardián de los Estados, el Tribunal evidencia que “hay una obligación de los Estados a asegurar el derecho a la vida a todos sus ciudadanos, sin discriminar a algunos que corren el riesgo de ser víc-

¹⁷ Art. 2.: “1. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

¹⁸ Art. 14: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

timas de homicidios raciales por pertenecer a una determinada etnia sin que el Estado haga nada” (*Nachova y otros*: párr. 165).

Son dos los argumentos sobre los cuales se funda la decisión. En el primero es que Bulgaria no ha fijado claramente las reglas para el uso de la fuerza letal por parte de la policía. De un lado, hay reglamentos internos a la policía que están en plena violación del Convenio autorizando a la policía a disparar sobre un fugitivo cualquiera que sea el delito que haya cometido y la situación en la que el fugitivo se encuentre (por ejemplo, aunque esté desarmado). Del otro lado falta en Bulgaria una ley que reglamente el uso de la fuerza letal respetando estándares internacionales. A este propósito el Tribunal observa que “el uso de la fuerza letal por la policía puede ser justificado en algunas circunstancias. Sin embargo, cualquier uso de la fuerza tiene que ser *estrictamente necesario* o sea tiene que ser proporcionado a las circunstancias” (*Nachova y otros*: párr. 94).

En el caso concreto “las personas que tenían que ser arrestadas no ponían bajo ningún riesgo a la vida (de los policías) ni estaban acusados de delitos violentos”. Aunque “la falta de uso de la fuerza letal podría conllevar en el riesgo de no arrestar al fugitivo, la policía no debería haber disparado” (*Nachova y otros*: párr. 95).

Bulgaria se encuentra carente también por un segundo motivo: no ha entrenado a la policía enseñando “la prevalencia del respeto de la vida humana como valor fundamental” (*Nachova y otros*: párr. 97). La Corte nota que efectivamente el comportamiento de los policías era conforme al reglamento interno que “permite el uso de la fuerza letal incluso en contexto de ofensas menores... Según los reglamentos existentes era legal disparar sobre un fugitivo que no se rindiera de inmediato a un orden oral o un primer disparo en el aire” (*Nachova y otros*: párr. 99). Este reglamento de la policía viola el art. 2 del Convenio E.D.H.

Los dos jóvenes habían escapado sin violencia, y estaban en la cárcel por delitos no violentos. La Corte considera que esas circunstancias impedían el uso de la fuerza, según estándares internacionales, por parte de la policía “a pesar del riesgo de que el Señor Angelov y el Señor Petkov pudiesen escaparse” (*Nachova y otros*: párr. 107).

La Gran Sala encuentra que ha habido violación también del art. 14 y funda sus razones en el hecho de que “en el pasado ha habido otros casos en lo cuales ese Tribunal ha encontrado que el hecho de aplicar la ley ha llevado a una violencia hacia los Romas que se ha traducido en su muerte” (*Nachova y otros*: párr. 130). A este respecto el Tribunal condena a Bulgaria porque las instituciones públicas han ignorado totalmente el posible contexto racial del homicidio: “a pesar de que la frase del policía que expresaba un abuso verbal de marco racista debería haber alertado las autoridades sobre la necesidad de investigar la presencia de motivos raciales en el homicidio, esta clase de investigación no ha sido llevada a cabo” (*Nachova y otros*: párr. 126).

Es interesante observar como también en este caso, que aparentemente es muy lejano de un contacto con cualquiera elemento cultural, el Tribunal encuentra una ocasión para promover su visión de la diversidad como bien común, de la mayoría y de la sociedad entera, que ya hemos analizado en el caso *Chapman y Muñoz Díaz*. El Tribunal EDH dice a propósito de esa falta de investigación: “las autoridades tienen que utilizar todos los medios disponibles para combatir el racismo y la violencia racista, así respaldando una visión de la sociedad en la cual la diversidad no es percibida como una amenaza sino como una fuente de enriquecimiento” (*Nachova y otros*: párr. 145).

VII. *D.H. Y OTROS VS. REPÚBLICA CHECA* [2007]: SEGREGACIÓN ESCOLAR

La sentencia *D.H. y otros vs. República Checa*, emitida por la Gran Sala el 13 de noviembre de 2007, da respuesta a un grupo de familiares de niños Roma que lamentaban que República Checa había creado un sistema de segregación escolar que afectaba a los niños de manera discriminatoria. No siendo estos capaces de aprobar los test requeridos para acceder a las escuelas normales, se encontraban mucho más expuestos que el resto de la población a recibir una educación con programas simplificados y pensados para niños discapacitados: al existir en República Checa escuelas especiales para niños discapacitados resultaba que un número consistente de niños Romas terminaban en aquellas.

El sistema de las escuelas especiales por como funciona en República Checa viola según el Tribunal EДH dos disposiciones del Convenio: el art. 14 *Prohibición de discriminación*¹⁹ y el art. 2 *Derecho a la educación*²⁰ del Protocolo adicional al Convenio EДH. Después de haber confirmado que “discriminar significa tratar diferentemente a personas en situaciones similares, sin que haya una objetiva y razonable justificación” (Tribunal EДH, *D.H. y otros vs. República Checa*: párr. 175) el Tribunal EДH reconoce que los Estados tienen un *margen de apreciación* en la esfera de la educación, pero considera que, en este caso, este margen de apreciación no ha sido ejercido de manera proporcional. República Checa podía en abstracto considerar las especiales necesidades de los Romas como miembros de una clase desventajada y crear para ellos escuelas especiales, sin embargo, no lo ha hecho:

“poniendo los niños en escuelas para niños con discapacidades donde se desarrolla un programa curricular mucho más básico con el plan educativo seguido en las escuelas ordinarias y donde (los niños Romas) quedaban aislados de la mayoría. Como resultados ellos han recibido una educación que ha empeorado sus dificultades y ha comprometido su desarrollo personal en vez de ayudarlos con sus reales problemas y ayudarlo a integrarse en las escuelas ordinarias y a desarrollar habilidades que les facilitarían la vida dentro la población mayoritaria. El Gobierno, de hecho, ha implícitamente admitido, que por los alumnos que salen de escuelas especiales hay menos oportunidades de trabajo” (*D.H. y otros*: párr. 207).

Las políticas del gobierno fallan el test de proporcionalidad porque no hay coherencia entre los fines declarados (enfrentar las posiciones desventajadas desde la cual se mueven los niños Roma) y los medios para conseguirlos (ponerlos en escuelas para niños discapacitados) (*D.H. y otros*: párr. 208).

¹⁹ Art. 14: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

²⁰ Art. 2, Protocolo Adicional núm. 1: “A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conformarse a su convicciones religiosas y filosóficas”.

Conforme con el doble hilo argumentativo *diversidad como vulnerabilidad y como enriquecimiento* que hemos analizado a lo largo de todos los casos, el Tribunal confirma su visión de la diversidad:

“la discriminación racial es un tipo de discriminación particularmente odioso... Es por esa razón que las autoridades tienen que utilizar todos los medios para combatir el racismo, así reforzando una visión de la sociedad en democracia, en el marco de la cual la diversidad no es percibida como una amenaza sino como un enriquecimiento. Ese Tribunal ha también establecido que es muy difícil que un tratamiento diferente que se funda exclusivamente o prevalentemente en el origen étnico pueda ser justificado en una sociedad democrática contemporánea construida sobre los principios del pluralismo y del respeto de las diferentes culturas” (*D.H. y otros*: párr. 176).

En la economía del presente trabajo no puedo detenerme en examinar un perfil problemático que se esconde detrás del razonamiento del Tribunal EDH o sea la imagen negativa que emerge de la discapacidad: los niños discapacitados son tomados como referencia de una clase de ciudadanos merecedora de menor respeto²¹. Es como si en el razonamiento del Tribunal sobre la diversidad el juicio positivo se limitara a la cultural sin incluir otras diversidades presentes en la sociedad como aquella conectadas al tener distintas habilidades físicas o mentales.

VII. CONCLUSIONES COMPARATIVAS: ¿CUÁLES ELEMENTOS ARGUMENTATIVOS SON ÚTILES PARA LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS?

Llegados al final de nuestro análisis podemos extraer algunas conclusiones sobre los elementos argumentativos presentes en la jurisprudencia del Tribunal EDH sobre minorías que puedan ser útiles para la Corte interamericana.

Los cuatros casos analizados con respecto a los Romas presentan situaciones muy distintas que pueden afectar las minorías y comprometer su salud social en el marco de una sociedad dominada por otro grupo cultural, pero en todos, como visto el Tribunal utiliza un argu-

²¹ Estoy agradecida por esa reflexión a una pregunta de un estudiante anónimo puesta a lo largo del Observatorio interamericano de mayo 2015.

mento que resuena: la idea que la diversidad es no solamente una condición que expone al grupo a ser vulnerable, sino un elemento de valorizar y promover como enriquecimiento para la entera sociedad.

Los primeros dos casos —*Chapman vs. Reino Unido* y *Muñoz Díaz vs. España*— presentan respectivamente dos prácticas culturales, el nomadismo y el matrimonio tradicional, que encuentran dificultad de aceptación por la mayoría. En el caso del nomadismo porque ese ha prácticamente desaparecido como estilo de vida de la mayoría; en el caso del matrimonio porque el Estado consagra una propia forma de matrimonio que culturalmente se difunde y llega a ser la forma con la cual la mayoría gana acceso a la institución matrimonial. Estas clases de pleitos que las minorías hacen se encajan teóricamente como *luchas para el reconocimiento* (Honneth 1995 y 2007) con las cuales la minoría intenta ver reconocidos estilos de vida que la mayoría no conoce o ha olvidado. Me parece que cuando se trata de hacer un pleito de esa clase la jurisprudencia de la Corte IDH es más avanzada con respecto a los derechos culturales (Quintana Osuna 2016) mientras, como se ha visto, el Tribunal EDH se mueve con más dificultades: el derecho al nomadismo de la señora Chapman ha debido sucumbir frente al derecho al medio ambiente de los residentes británicos, y la señora Muñoz Díaz ha visto reconocido su tablero no porque el matrimonio gitano haya sido equiparado al español, sino porque ella creía de buena fe que lo era y España había tratado un matrimonio católico como matrimonio de buena fe creando implícitamente una situación discriminatoria.

Es verdad que sobre protección directa de derechos culturales el Tribunal EDH no tiene muchos instrumentos, sin embargo, me parece que la manera en la que el Tribunal EDH mira a la diversidad cultural, o sea como enriquecimiento colectivo, es algo nuevo que podría ser objeto de atención por la Corte IDH. Como ha sido visto, los dos ejes temáticos —vulnerabilidad, diversidad como valor— corren paralelos también en casos que no tienen nada que ver con prácticas culturales. El caso *Nachova* y el caso *D.H. y otros* relativos respectivamente a un homicidio racial y a una forma de segregación escolar de tipo étnico han visto utilizar por parte del Tribunal EDH ese tema de la diversidad como valor democrático de apoyar y promover. Es como si en su jurisprudencia el Tribunal EDH intentara saldar y ligar dos marcos

teóricos que sustentan el multiculturalismo: por un lado la idea que el multiculturalismo es una cuestión de justicia, que consiste en el devolver dignidad a grupos oprimidos en el pasado o en el presente (Young 1990; Benhabib 2002; Eisenberg 2003 y 2009); por el otro lado la idea que el multiculturalismo representa un rasgo inevitables de las sociedades contemporáneas (Kymlicka 1995) caracterizadas por un creciente pluralismo normativo (Dundes Renteln y Dundes 1995; Dundes Renteln 2004) que tiene que ser gobernado. A este discurso el Tribunal EDH añade un importante elemento positivo: la diversidad es un valor.

El discurso, la nueva narrativa que va emergiendo a nivel supranacional europeo, es un tema relativamente nuevo que merece de ser profundizado. De esa narrativa se encuentra una línea a nivel internacional, aunque de momento solo como *soft law*: la Declaración Universal sobre la diversidad cultural de la UNESCO, proclamada en París en el 2001 es un claro ejemplo en este sentido. Su artículo 1º (*La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad*) establece lo que en antropología se define como el concepto de etno-esfera o etno-diversidad, mutuado por el concepto de bío-esfera o bío-diversidad, con la convicción que el *homo sapiens* puede seguir envolviendo sólo si quedan abiertas las formas de seres humanos. Así recita el art. 1 de dicha Declaración: “Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”.

Esta visión de la etno-esfera me parece particularmente apropiada a la situación cultural de América donde los pueblos indígenas son portadores de visiones del mundo incluso más distintas de aquellas encarnadas por las minorías europeas.

La idea internacional de la diversidad como algo que no sirve solo a la minoría es expresada en otros puntos de la Declaración universal como el art. 3 titulado *La diversidad cultural factor de desarrollo*: “La diversidad cultural amplía las posibilidades de elección que se brindan a todos; es una de las fuentes del desarrollo, entendido no solamente en términos de crecimiento económico, sino también como medio de

acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria”.

Esa nueva idea de la diversidad está emergiendo muy lentamente y coexiste de momento con la más tradicional que la encaja en un paradigma de vulnerabilidad. Se trata, si se afirmase, de una visión que implicaría muchos cambios conceptuales. Por ejemplo, los derechos culturales no deberían ser considerados más como derechos de las solas minorías sino como derechos de la humanidad a ver preservada su diversidad; también a nivel de políticas hay que preguntarse si episodios de racismo y discriminación podrían ser combatidos con unas políticas que promuevan la diversidad como valor y como rasgo de fuerza de la sociedad europea como el Tribunal EDH sugiere en el caso *Nachova y otros vs. Bulgaria* (6 julio 2005).

Por estas razones el experimento argumentativo avanzado por el Tribunal EDH me parece interesante y digno de ser meditado por la Corte IDH.

BIBLIOGRAFÍA

- Asseo, H. (1988): "Professed marginality as a condition for survival: Gypsy women in French society under the Ancien régime (1680-1780)", Conferencia dictada durante la *Gypsy Lore Society Centenary Congress*, 25-27 marzo, Staten Island, New York.
- Benhabib, Seyla (2002): *The Claims of Culture*, Princeton University Press, Princeton.
- Bobbio, Norberto (1995): *Letà dei diritti*, Einaudi, Torin.
- Bohn Gmelch, Shalom (1986): "Groups that don't want in: Gypsies and other artisan, trader, and entertainer minorities" en *Annual Review of Anthropology*, vol. 15, 307-330.
- Bonetti, Paolo et al. (eds.) (2011): *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, Giuffrè, Milán.
- Dundes Renteln, Alison (2004): *Cultural defense*, Oxford University Press, Oxford.
- Dundes Renteln, Alison and Dundes, Alan, (eds.) (1995): *Folk law. Essays in the theory and practice of lex non scripta*, University of Wisconsin Press, Madison.
- Eisenberg, Avigail (2009): *Reasons of identity: A normative guide to the political and legal assessment of identity claims*, Oxford University Press, Oxford.
- Eisenberg, Avigail (2003): "Difference and Equality: 3 Approaches to Cultural and Sexual Difference" en *Journal of Political Philosophy*, núm. 11 (1), 41-64.
- Foblets, Marie Claire y Dundes Renteln, Alison (eds.) (2009): *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon.
- Formoso, Bernard (1986): *Tsiganes et sédentaires. La reproduction culturelle d'une société*, L'Harmattan, Paris.
- Fraser, Angus (1993): *The Gypsies*, Blackwell, Oxford.
- Honneth, Axel (2007): *Reificazione. Uno studio in chiave di teoria del riconoscimento*, Meltemi, Roma.
- Honneth, Axel (1995): *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*, Polity Press, Cambridge.
- Kaprow, Mirimam Lee (1991): "L'addomesticamento dei Gitanos e delle altre classi pericolose" en *La Ricerca folklorica*, núm. 22, 17-35.

- Kymlicka, Will (1995): *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon Press, Oxford.
- Oakeley, Judith (1983): *The Traveller-Gypsies*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Peces Barba Martínez, Gregorio (1993): *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano.
- Piasere, Leonardo (ed.) (1995): *Comunità girovaghe, comunità zingare*, Liguori, Napoli.
- Quintana Osuna, Karla (2016): “Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en el sistema interamericano” en el presente *Volumen*.
- Ruggiu, Ilenia (2012): *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano.
- Simoni, Alessandro (ed.) (2005): *Stato di diritto e identità Rom*, Harmattan, Torino.
- Tavani, Claudia (2012): *Collective rights and the cultural identity of the Roma. A case study of Italy*, Martinus Nijhoff Publishers, Brill.
- Young, Iris Marion (1990): *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton.