

LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Dr. Fernando Rey Martínez
Universidad de Valladolid
rey@der.uva.es

I. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ SIGNIFICA LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN SEGÚN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS? II. ESCENARIOS DE CONFLICTO DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EXAMINADOS EN LA JURISPRUDENCIA. 1) Agresiones racistas por agentes de la autoridad. 2) Agresiones racistas vecinales y deficiente tutela judicial posterior. 3) Expulsión de caravanas. 4) Segregación escolar. 5) Discriminación en frontera. 6) Discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados. 7) Discurso racista y libertad de información. 8) Matrimonio gitano y derecho a la pensión de viudedad. 9) Origen étnico como causa de inelegibilidad electoral. 10) Esterilización sin consentimiento informado. IV. CONCLUSIÓN: EL TRIBUNAL DE Estrasburgo empieza a tomar en serio la prohibición de discriminación racial. APÉNDICE: CASOS DEL TEDH CITADOS.

I. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ SIGNIFICA LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN SEGÚN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS?

El Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, Convenio de Roma), alberga en su art. 14¹ tanto la cláusula de igualdad en general, como la de prohibición de discriminación por algunas causas específicas (sexo, raza, etc.) La lectura que, con carácter general, ha venido haciendo el Tribunal hasta bien entrada la primera década del año 2000 de la igualdad consagrada en dicho art. 14² es la siguiente:

1º) Discriminar es “tratar de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones sustancialmente similares”. La Sentencia que el Tribunal a menudo cita como *leading-case* de esta doctrina es Willis contra Reino Unido, de 11 de septiembre de 2.002³. En un célebre caso, Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2.000, el Tribunal parece acoger también la denominada “discriminación por indiferenciación”, es decir, la existencia de discriminación cuando los Estados no traten de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas cuyas situaciones son sustancialmente distintas. Por tanto, habría discriminación cuando no se trata jurídicamente igual a los iguales (discriminación por diferenciación), pero también cuando no se trata de modo distinto a los desigualmente situados (discriminación por indiferenciación). Sin embargo, esta última doctrina, que exigiría tratar jurídicamente mejor a cualquiera que, en una situación comparable, esté de hecho peor (y, por tanto, que consagraría un principio, por así decir, *activo* del Estado social y de la igualdad de oportunidades) no parece estar consolidada en el Tribunal, pues sólo la aplicó en el citado asunto Thlimmenos, yo creo que únicamente para alcanzar una solución justa en ese caso⁴. Más allá de él, no le aventuro un gran futuro, aunque sean citadas algunas afirmaciones de la Sentencia de modo frecuente.

2º) Los Estados miembros disfrutan de “un cierto margen de apreciación” a la hora de valorar si, y con qué alcance, las diferencias en otras situaciones similares justifican una

¹ “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”.

² Un magnífico estudio sobre el particular puede encontrarse en: CARMONA, E. (2005): “La prohibición de discriminación (art. 14 CEDH y Protocolo 12)”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. coords.), CEPC, Madrid, 2.005, pp. 665-695.

³ Un asunto en el que el Tribunal estimó lesionado el derecho de propiedad privada (art. 1 del Protocolo Adicional Primero) en relación con la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14) por el hecho de que las pensiones de viudedad se concedieran a las mujeres pero no a los varones.

⁴ El caso era bastante claro. Al señor Thlimmenos se le impedía legalmente el acceso a la función pública de censor jurado de cuentas porque había sido condenado penalmente con anterioridad; pero lo había sido porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave y, por tanto, habría violación del art. 14 del Convenio en relación con el derecho de libertad religiosa del art. 9. Sobre la discriminación por indiferenciación, puede verse: COBREROS, EDORTA (2007): “Discriminación por indiferenciación, estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, pp. 71-114.

diferencia de trato, pero la decisión final sobre su conformidad con las exigencias que establece el Convenio pertenece al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3º) El art. 14 del Convenio no tiene existencia independiente, puesto que sólo puede ser alegado junto con otro de los derechos reconocidos en el Convenio; aunque no es necesario que el Tribunal estime una violación de éste para poder apreciar la existencia de discriminación (esto es, tiene una cierta autonomía que podríamos llamar de “segundo grado”, una vez apreciada la vinculación de la prohibición de discriminación con cualquier otro derecho del Convenio). La aplicación del art. 14 es, además, “subsidiaria”⁵ en relación con los demás derechos del Convenio porque si el Tribunal constata la vulneración de éstos, no es preciso que examine su lesión respecto de la prohibición de discriminación. El Tribunal afirma que el art. 14, aunque no tenga existencia independiente, “juega un importante papel complementario” del resto de derechos (Timishev contra Rusia, de 13 de diciembre de 2.005).

Así, pues, en apretada síntesis, podríamos contraer la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la prohibición de discriminación del art. 14 como una fórmula de tres ingredientes: (1º) Discriminación como diferencia jurídica de trato no razonable. (2º) Aplicación amplia y muy generosa de la doctrina del margen estatal de apreciación. (3º) Función complementaria y subsidiaria del art. 14.

No me resulta del todo convincente esta interpretación de la cláusula anti-discriminatoria del art. 14 del Convenio de Roma, que yo calificaría como “de baja intensidad”, aunque hay que reconocer su coherencia interna. Al no distinguir el concepto general de “igualdad” (como razonabilidad jurídica del trato diferente) del de prohibición de discriminación por determinados rasgos sospechosos (raza, sexo, etc.), ante los cuales no debería bastar el criterio de la razonabilidad, sino que el juicio debería tornarse más exigente (proporcionalidad, escrutinio estricto, etc.), o dicho con otras palabras, al no distinguir entre discriminación en sentido amplio y en sentido estricto, y al adoptar, en principio, un criterio judicial de examen muy deferente hacia la autoridad que establece la diferencia de trato, es lógico que el Tribunal tienda a “inhibir” su juicio a favor de dichas autoridades nacionales y que no le asigne a la prohibición de discriminación más que un valor secundario o subsidiario, meramente relacional, respecto del resto de derechos del Convenio.

En otros lugares he intentado ordenar sistemáticamente los conceptos aludidos, así que no me detendré aquí más en ellos⁶. Tan sólo retendré la necesidad de distinguir entre igualdad en general y prohibición de discriminación por ciertos rasgos como la raza o la etnia, de afirmar el valor sustantivo o autónomo y no meramente relacional de la prohibición de discriminación en sentido estricto y, en coherencia con ello, de endurecer el examen judicial cuando una discriminación de este tipo sea invocada, adoptando un estándar más exigente que el de mera razonabilidad y parcialmente diferente según el rasgo sospechoso en presencia (sexo, raza, orientación sexual, etc.) y el concreto escenario social de conflicto planteado.

⁵ ROCA, E., *ob.cit.*, p. 693. Así lo viene expresando el Tribunal desde el caso Airey contra Irlanda, de 9 de octubre de 1.979.

⁶ Últimamente, en: *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas*. Fundación Ideas para el Progreso. Madrid, 2010.

El propio Consejo de Europa ha intentando levantar el freno que supone el vigente art. 14 del Convenio y su interpretación por parte del Tribunal Europeo a través de la aprobación del Protocolo número 12⁷, que reconoce una prohibición de discriminación amplia y no como la vigente, circunscrita a los derechos expresamente reconocidos en el Convenio o sus protocolos. El artículo primero de este Protocolo reza: “El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación⁸”. En el Informe Aclaratorio oficial de este Protocolo, se pone de manifiesto la escasa operatividad hasta esa fecha del art. 14 del Convenio⁹, su incapacidad para distinguir los diversos tipos de discriminación y la escasamente significativa interpretación por parte del Tribunal Europeo de dicha disposición, sobre todo en materia de las discriminaciones raciales y sexuales.

Otro punto verdaderamente sorprendente y criticable de la jurisprudencia tradicional radica en que, así como el Tribunal había venido protegiendo hasta cierto punto la discriminación por orientación sexual, por nacimiento, e incluso por nacionalidad¹⁰, la tutela frente a las discriminaciones raciales había sido, sin embargo, hasta 2005, escasa, laxa, con vacilaciones importantes y con Sentencias tan discutibles como la de Sala que resuelve el caso D.H. y otros contra Chequia (7 de febrero de 2006), o la de Sala que decide Orsus contra Croacia (17 de julio de 2008), que más tarde analizaremos. Esto es sorprendente porque, como afirma R. Dworkin, la discriminación racial es la más odiosa de todas porque “expresa desprecio y es profundamente injusta... es completamente destructora de las vidas de sus víctimas... no les priva simplemente de alguna oportunidad abierta a otros, sino que les daña en casi todos los proyectos y esperanzas que puedan concebir”¹¹. La discriminación racial, por un lado, estigmatiza a sus víctimas¹² y, por otro, las convierte en “minorías aisladas y sin voz¹³”. De hecho, el

⁷ Abierto a la firma el 4 de noviembre de 2.000 (en la significativa fecha del quincuagésimo aniversario del Convenio) y que ha entrado en vigor el 4 de octubre de 2.005 (en España el 1 de abril de 2.005).

⁸ Como se ve, se mantiene la inercia en el sistema de protección del Consejo de Europa de ir en esta materia un par de pasos por detrás de lo que podríamos denominar “estándar actual de protección de los derechos”, ya que se opta por incluir la misma lista que hoy vige en el art. 14 del Convenio, sin añadir otros rasgos sospechosos como la orientación sexual, a pesar de que el Tribunal en este punto sí ha realizado una interpretación muy protectora de los derechos de homosexuales y transexuales, la edad o la discapacidad. Aunque la lista es abierta, obviamente, la presencia explícita en ella despliega efectos interpretativos directos de relevante significado.

⁹ Así como la singularidad de que no reconozca un principio general de igualdad (discriminación en sentido amplio), a diferencia del resto de textos internacionales comparables. Bien es cierto que el Tribunal lo halló implícito muy pronto, como “igualdad de trato”, desde la seminal Sentencia del caso lingüístico belga de 23 de julio de 1.968 (y que, más aún, puede decirse que viene otorgando al art. 14 –en principio, una cláusula de discriminación en sentido estricto- no ese significado, sino el de mera cláusula general de igualdad o de discriminación en sentido amplio; se produce aquí una paradoja interesante).

¹⁰ Ver. ROCA, E., *ob.cit.*, pp. 675-678.

¹¹ *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard Univ. Press, 2.000, p. 407.

¹² En el Derecho anti-discriminatorio, la teoría del estigma procede de KARST, KENNETH L. (“Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment”, *Harvard Law Review*, vol. 91, nov. 1.977, pp. 1-68). Para este autor, el corazón de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía, que garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. Enunciado de modo negativo, el derecho de igual ciudadanía prohíbe a la sociedad tratar a un individuo como un miembro de una casta inferior o dependiente o como un no-participante. En otras palabras, el derecho de igual ciudadanía protege contra la degradación o imposición de un estigma, que es la actitud con la que “los normales”, “la mayoría” miran a aquellos que son diferentes. Citando a Goffman, Karst afirmará: “la persona víctima de un estigma no es del todo humano”. No todas las desigualdades

origen del Derecho anti-discriminatorio en Estados Unidos se halla precisamente en la lucha contra la discriminación racial. Y existe una voluminosa y creciente normativa internacional protectora de las minorías étnicas y raciales¹⁴, de un modo particular procedente de las instituciones tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea, que demuestra un nuevo consenso europeo sobre la especial protección que requieren las minorías étnicas, y particularmente, la comunidad gitana, víctima de los principales prejuicios y ataques racistas en suelo europeo.

Esta nueva mirada política del problema del racismo en Europa trae causa, entre otras razones, de los problemas derivados de los poderosos movimientos migratorios en el interior de la región y de algunos incidentes recientes de inequívoco corte racista provocados por ciertos gobiernos europeos (en Francia, Italia, etc. –por no hablar de las tradicionales prácticas de racismo institucional de la mayoría de los países del Este de Europa), que han hecho reaccionar a las instituciones europeas, incluido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵. Baste observar, por ejemplo, la importancia de las recomendaciones e informes de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia para inclinar la balanza del fallo en la controvertida Sentencia Orsus y otros contra Croacia, de 16 de marzo de 2010, que más abajo analizamos. Las Sentencias Nachova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005, en relación con la violencia contra la minoría gitana, y D.H. y otros contra Chequia, de la Gran Sala, de 13 de noviembre de 2007, respecto de la segregación escolar de los niños gitanos, imprimen

estigmatizan. Los efectos del estigma recaen sobre las víctimas, dañando su autoestima, de modo que la mayoría llegan a aceptar como “naturales” las desigualdades perjudiciales que reciben, pero también recaen sobre toda la sociedad, que llega a elaborar una ideología del estigma para justificarlo. Me parece fuera de toda duda que las minorías raciales (no así las mujeres, por ejemplo) encajan a la perfección en la categoría de “casta” víctima de un “estigma”. Esto determina, en mi opinión, que las normas contra la discriminación racial puedan ser (y deban ser) más incisivas que en otro tipo de discriminaciones –concediendo, por ejemplo, un preferencia a las acciones positivas dirigidas a este colectivo y un mayor espacio a las discriminaciones positivas.

¹³ Las minorías raciales son, en sentido estricto, “minorías aisladas y sin voz” en el proceso político. Como se sabe, la doctrina de las “discrete and insular minorities” fue acuñada por el Tribunal Supremo norteamericano en la cuarta nota de pie de página de la Sentencia *Carolene Products v. U.S.*, de 1938 (ponente: Stone) y ha sido formulada teóricamente por ELY, JOHN H. (“Equal Citizenship under the XIV Amendment”, *Harvard Law Review*, vol. 91, nov. 1977, pp. 69 ss.). Según esta teoría, la prohibición constitucional de discriminación concierne principalmente a la protección judicial de aquellos grupos minoritarios que son incapaces de defenderse en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. También desde este punto de vista se refuerza la idea de que el derecho contra la discriminación racial ha de ser particularmente intenso e incisivo.

¹⁴ En forma de declaraciones generales sobre derechos humanos (art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además del art. 14 del Convenio de Roma), o de textos específicos (universales, como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, o el Convenio nº 111 OIT, o regionales, como el Convenio Marco núm. 157 del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales, ratificado por España el 1 de febrero de 1995). Las instituciones tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea han desplegado recientemente una intensa actividad a favor de la igualdad de trato y de oportunidades de las minorías étnicas y, en particular, de la comunidad gitana. Destaca, últimamente, el Marco Europeo de Estrategias Nacionales para la inclusión social de la población gitana, aprobado por la Comisión de la Unión Europea el 5 de abril de 2011. Para un seguimiento de esta línea de trabajo, y de otras, ver: www.gitanos.org

¹⁵ El Tribunal viene afirmando, desde la Sentencia *Coster contra Reino Unido*, de 18 de enero, de 2001, que “está creciendo un consenso internacional en el seno de los Estados del Consejo de Europa para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y modo de vida...”. Como tendremos oportunidad de comprobar, esta hermosa frase no presagiaba, sin embargo, un desenlace de la decisión judicial positivo para la comunidad gitana.

un giro copernicano a la interpretación de la discriminación en general y la discriminación racial en particular, incorporando una nueva sensibilidad y un enfoque diferente al problema. Veámoslo con algún detalle.

II. ESCENARIOS DE CONFLICTO DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EXAMINADOS EN LA JURISPRUDENCIA.

1) Agresiones racistas por agentes de la autoridad.

Por desgracia, éste sigue siendo todavía el principal escenario de conflicto derivado de la discriminación racial. Tanto por número de Sentencias, como, peor aún, por la gravedad de los ataques dirigido contra los miembros de las minorías étnicas, casi siempre gitanos. En un asunto, *Bekos y Koutropoulos contra Grecia*, de 13 de diciembre de 2.005, se trata tan “sólo” de actos de brutalidad policial durante la detención por móviles racistas (afectando por tanto, al derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes del art. 3 del Convenio), pero en todos los demás los gitanos fueron asesinados por los agentes de la autoridad de países del Este (resultando una lesión, por consiguiente, no sólo de la protección jurídica de la vida del art. 2 del Convenio¹⁶, sino también de este derecho en combinación con la prohibición de discriminación racial del art. 14). En esta serie de casos hay un “antes” y un “después” marcado por el memorable voto particular del magistrado Bonello en la Sentencia *Anguelova contra Bulgaria* de 13 de septiembre de 2.002 y la posterior Sentencia *Nachova y otros contra Bulgaria*, de 6 de julio de 2.005.

Antes del caso “*Nachova*”, en los asuntos *Velikova contra Bulgaria*, de 18 de mayo de 2.000 y *Anguelova contra Bulgaria*, de 13 de septiembre de 2.002, el Tribunal se enfrentó a las alegaciones de móviles racistas en las muertes de algunas personas gitanas en dependencias policiales, argumentando del mismo modo: exigiendo una prueba de tales actitudes “más allá de una duda razonable”. Un estándar de prueba tan astringente condujo, sin remisión, a que el Tribunal no apreciara discriminación racial (en conexión con la protección jurídica de la vida del art. 2 del Convenio —que sí se consideraba lesionado): “El material ante nosotros no permite al Tribunal apreciar, más allá de una duda razonable, que el asesinato... y la carencia de una investigación significativa fueran motivados por un prejuicio racial”. Y eso que el Tribunal, en ambos casos, observó que la alegación por los demandantes del asesinato por móviles racistas “se basaba en razones serias” y que el Estado demandado, Bulgaria, no había ofrecido una explicación plausible a la muerte de las víctimas y a la omisión en la investigación posterior de ciertos aspectos que podrían haber iluminado los hechos.

A la Sentencia *Anguelova* le acompaña, como ya dije, un voto discrepante del magistrado Bonello de gran estatura técnica¹⁷, cuyas tesis hace suyas el Tribunal

¹⁶ Para un análisis de esta disposición, permítaseme la remisión al trabajo: “*La protección jurídica de la vida, un derecho en transformación y expansión. Artículo 2 CEDH y Protocolos 6 y 13*”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. coords.), CEPC, Madrid, 2.005, pp. 67-95.

¹⁷ Comienza observando que es “inquietante” que el Tribunal Europeo en sus más de cincuenta años de existencia no haya encontrado un solo caso de violación de la protección jurídica de la vida (art. 2) o frente a la tortura o los tratos inhumanos y degradantes (art. 3) inducidos por móviles racistas. “Leyendo los anales de la jurisprudencia, un observador no informado creerá que Europa carece de cualquier sospecha de racismo, intolerancia o xenofobia”. La Europa proyectada por esa jurisprudencia “es un cielo de fraternidad étnica”, en el cual “las gentes de los más diversos orígenes conviven sin preocupación,

Europeo a partir de la capital Sentencia Nachova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2.005, en la que afirma que en los casos de privación de la vida en que se alegue prejuicio racista las autoridades estatales han de llevar a cabo “una investigación efectiva” sobre esta conexión; y, más concretamente, tienen “el deber adicional de adoptar las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivación racista en un incidente que implique el uso de la fuerza por los agentes estatales”. En estos casos, “la carga de probar que no ha habido discriminación corresponde a las autoridades nacionales demandadas”; particularmente en casos de violencia racista, “el gobierno debe probar la ausencia de una actitud subjetiva concreta por parte de las personas afectadas¹⁸”. Añade que la “violencia racial es una ofensa particular a la dignidad humana que, a la vista de sus peligrosas consecuencias, requiere por parte de las autoridades de una vigilancia especial y una reacción vigorosa”. En consecuencia, “las autoridades estatales deben usar todos los medios a su alcance para combatir el racismo y la violencia racista, reforzando una comprensión de la democracia como una sociedad en la que la diversidad no es percibida como una amenaza, sino como una fuente de riqueza”. Nachova es una Sentencia en la que, por fin, el Tribunal (aunque no sin cierta división interna¹⁹) se toma en serio la prohibición de discriminación del art. 14 del Convenio de Roma respecto de la violencia racial.

prejuicio o discriminación”. Constata también Bonello que de modo regular el Tribunal conoce casos en los que los miembros de una minoría vulnerable son privados de su vida o sufren malos tratos, pero ni una sola vez ha encontrado relación con su etnicidad: “kurdos, musulmanes y gitanos son una y otra vez asesinados, torturados o maltratados, pero el Tribunal no está convencido de que su raza, color, nacionalidad o lugar de origen tengan algo que ver con ello”. Con ironía, remata su idea: “el infortunio visita puntualmente a los grupos minoritarios en desventaja, pero sólo como resultado de una feliz coincidencia”. La luz roja se enciende ahora, de modo particular, con las sistemáticas violaciones de los artículos segundo y tercero del Convenio de los gitanos en Bulgaria (y no sólo por los casos que finalmente llegan ante el Tribunal, también trae a colación Bonello informes de Amnistía Internacional, de Naciones Unidas y del propio Consejo de Europa sobre el particular).

Bonello sitúa la raíz de este “escape de la realidad” en la regla probatoria de la “duda más allá de lo razonable”. A su juicio, el Tribunal, que, como regla general, debe hacer los derechos “practicables y efectivos y no teóricos o ilusorios” (Artico contra Italia, de 13 de mayo de 1.980), no puede utilizar un estándar probatorio equivalente al que en un Estado se requiere para obtener una condena penal. Esta equivalencia convierte en “ilusoria, ineficaz e inalcanzable” a la protección contra la discriminación. El magistrado discrepante invita, por ello, al Tribunal a “replantear” de modo “radical y creativo” su aproximación a la materia y le propone diversas vías: la técnica de la inversión de la carga de la prueba, o la estimación de la violación del derecho si el Gobierno de que se trate no proporciona la información a la que sólo él tenía acceso, o la presunción de que cuando un miembro de un grupo desventajado sufre daño en un asunto donde las tensiones raciales son altas y la impunidad de los ofensores estatales epidémica, la carga de la prueba de que el suceso no fue étnicamente provocado debería corresponder al Estado. Y, por supuesto, habría también violación del art. 14 (en relación con el art. 2 o el 3) cuando el Estado no investigue adecuadamente los móviles racistas del ataque a la vida o la integridad física y moral del miembro de una minoría étnica (de modo semejante a como sucede en relación con los derechos del art. 2 y 3 del Convenio). Es decir, Bonello propone la acuñación judicial de una dimensión procedimental de protección de la prohibición de discriminación, semejante a la que el Tribunal ha creado en relación con los derechos a la vida y a la integridad física y moral.

¹⁸ El Tribunal concluyó que se había lesionado el art. 14 en relación con el art. 2 porque las autoridades estatales no investigaron si los hechos podrían haber sido racialmente motivados.

¹⁹ Pues a esta Sentencia le acompaña, empero, el voto particular del magistrado Bratza, que no está de acuerdo completamente con la nueva doctrina y además cree que en el caso concreto no se ha justificado la animosidad racista de las muertes de las dos personas gitanas (y, por tanto, el Tribunal no debería haber hallado la violación del art. 14 en combinación con el art. 2). Y también el voto discrepante de nada menos que siete magistrados, aunque su divergencia con la mayoría no es porque no creyeran que se había producido esa lesión del art. 14 en relación con el art. 2, sino porque consideraban que la carencia de la investigación estatal era sólo uno más de entre los indicios de violencia racial, de modo que la distinción de la dimensión procedimental empleada por la mayoría del Tribunal resultaría inadecuada.

La dimensión procedimental del derecho a no sufrir violencia racial por parte de agentes del Estado, que obliga a realizar una investigación oficial efectiva, es, precisamente, la que el Tribunal considera vulnerada en una Sentencia que condena a España, la que resuelve el caso B.S. contra España, de 24 de julio de 2012. La demandante, Beauty Solomon, era una mujer de origen guineano y residencia legal en España que ejercía la prostitución en una vía pública de Palma de Mallorca y durante dos actuaciones a lo largo de dos días de julio de 2005, una de ellas de identificación, dos agentes de la policía nacional la insultaron (“puta negra, vete de aquí”) y, según la denuncia que ella mismo presentó, aportando parte médico de lesiones, la causaron heridas en manos y rodillas. El *iter* procesal penal por las dos denuncias fue semejante: el juez de instrucción, con la sola declaración del jefe de policía, negando por completo los hechos, no aprecia indicios de ilicitud penal y decreta el sobreseimiento del caso, pero la Audiencia Provincial de Baleares, en apelación, estima parcialmente el recurso y ordena al juzgado de instrucción tomar declaración de los agentes. La demandante solicitó una rueda de reconocimiento para poder confirmar la identificación de los policías, pero se le niega por su presunta ineficacia: los agentes llevaban casco en el momento de los hechos y había transcurrido dos años desde ese momento. Casi tres años después del suceso, el juez de instrucción, en audiencia pública, toma declaración a los policías imputados. Estos alegan que esa noche no había habido incidente alguno y que el informe médico no precisaba la fecha ni el origen de las lesiones de la demandante. Posteriormente, la Audiencia Provincial rechaza la apelación. Beauty Solomon interpone contra esta resolución judicial recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero este lo inadmite *a limine* por carencia de contenido constitucional²⁰.

El Gobierno español alegó ante el Tribunal de Estrasburgo que la lesiones eran leves y que su causa no se había probado, así como que las intervenciones policiales en la zona no se hicieron en atención a circunstancias personales de la demandante, sino en ejercicio de funciones preventivas de seguridad a fin de responder a la alarma social provocada por la prostitución y de luchar contra el tráfico y la trata de mujeres. El Tribunal europeo concluye, sin embargo, que se ha producido una lesión en la dimensión procedimental del derecho a no sufrir malos tratos (art. 3 CR) en relación con la prohibición de discriminación racial (art. 14 CR), esto es, observa que no ha habido una investigación oficial *efectiva*. En efecto, la audiencia con los agentes implicados no fue suficiente porque no permitió la identificación de los miembros de la policía que supuestamente habrían causado el daño. Tampoco se permitió la rueda de identificación, ni se investigaron los hechos denunciados de un modo suficientemente profundo ni efectivo para cumplir las exigencias del Convenio de Roma. En cuanto al argumento de la escasa gravedad de las lesiones esgrimido por el Gobierno español, el Tribunal objeta que “la apreciación del mínimo de gravedad es relativo por esencia y depende del conjunto de hechos de la causa”, como la duración, los efectos físicos y mentales, el sexo, la edad y la salud de la víctima. Al Tribunal le basta, en este sentido, el parte médico de lesiones (hematomas e inflamaciones) en manos y rodillas de B. Solomon.

²⁰ Nuevamente, el Tribunal Constitucional español se apunta un fracaso en cuanto a la protección jurídica contra la discriminación racial, que es manifiestamente deficitaria: sólo ha conocido tres asuntos, en dos de ellos se dicta sentencia que más tarde es revisada por algún organismo internacional y en el tercero, el que estamos examinando ahora, se vuelve a demostrar la misma pereza y falta de reflejos en cuanto a tomarse la prohibición de discriminación racial del art. 14 CE en serio.

El Tribunal no encuentra, empero, lesión del derecho a no sufrir malos tratos (art. 3 CR) en sentido material, ya que los informes médicos no son concluyentes en cuanto al origen de las heridas, ni permite determinar, más allá de una duda razonable, la causa de las mismas. Pero, como se observa coherentemente en la Sentencia, esto es debe, precisamente, a la carencia en el caso de investigación oficial efectiva.

El examen del Tribunal no se detiene en este punto, sino que afronta la denuncia de discriminación racial que había alegado la denunciante. Beauty Solomon había sostenido, en efecto, que la policía no había molestado a otras mujeres que estaban ejerciendo la prostitución en el mismo lugar que ella a la misma hora, pero de “fenotipo europeo” y que esto demostraba la motivación racial. De hecho, los terceros que intervienen en el caso (GRECS y The Aire Centre) invitan al Tribunal a considerar el carácter de discriminación “multifactorial” (que podríamos, a mi juicio, llamar “múltiple” o “interseccional”), dado que la víctima había sido mujer, de piel negra y estaba ejerciendo la prostitución. El Tribunal europeo no parece acoger sino de modo superficial esta invitación, pero concluye que sí ha habido una vulneración del derecho a no sufrir discriminación racial porque las autoridades nacionales no habrían investigado los móviles racistas de los hechos (aunque resulte “extremadamente difícil en la práctica probar una motivación racista”, las autoridades estatales “deben adoptar todas las medidas razonables para descubrir si existe o no” —es una “obligación de medios, no de resultados”) La Sentencia recuerda la frase “puta negra, vete de aquí” y el alegato de la víctima en el sentido de que la policía no había molestado a otras mujeres de apariencia europea; pues bien, el Tribunal constata que los jueces encargados del caso ni realizaron una investigación más profunda sobre las actitudes presuntamente racistas de los agentes de policía, ni “ha tenido en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana que ejerce la prostitución”. Este estándar de la “vulnerabilidad específica”, aunque no definitivo para resolver este asunto, se introduce como una interesante novedad que quizá pueda tener cierto recorrido en el futuro de la jurisprudencia del Tribunal sobre discriminación, como una forma insinuada de reconocimiento de la “discriminación múltiple”.

La doctrina Nachova es reiterada por el Tribunal en casi todos los casos semejantes posteriores: Bekos y Koutropoulos contra Grecia, de 13 de diciembre de 2.005²¹; Ognyanova y Chocan contra Bulgaria, de 23 de febrero de 2.006²² y Stoica contra Rumanía, de 4 de marzo de 2008²³. Y también en Timishev contra Rusia, de 13 de diciembre de 2.005, aunque el caso no es de violencia policial, como veremos.

²¹ Las autoridades no habrían adoptado todos los pasos para investigar si en el origen de los hechos (actos de brutalidad policial durante la detención de dos gitanos griegos) hubo prejuicio racial, por lo que habría habido violación del art. 3 (prohibición de malos tratos) en combinación con el art. 14.

²² La víctima, un gitano, había muerto al caer desde una ventana de una comisaría búlgara. El Tribunal aprecia una violación del art. 2 del Convenio, pero no del art. 14 en este caso, puesto que, aunque cita la doctrina Nachova, a diferencia de los otros casos, no figura en el asunto ninguna concreta indicación de que las actitudes racistas jugaran algún papel en los hechos, ni los demandantes aportaron un solo dato en este sentido.

²³ Un joven gitano fue golpeado brutalmente por un policía en un marco de enfrentamiento de fuerzas de seguridad con algunos gitanos. El Tribunal concluye que las autoridades rumanas no investigaron en serio los posibles móviles racistas, a pesar de que la víctima fue identificada por la policía en un bar a partir de la pregunta de si “eres rumano o gitano” y al contestar que esto último, escuchó “pues te vamos a dar una lección” inmediatamente antes de ser apaleado.

Así pues, en este importante ámbito de la violencia policial hacia las minorías étnicas, en particular, la comunidad gitana, el Tribunal ha acuñado un estándar de protección bastante potente, que podríamos llamar el “estándar Nachova”. Ahora bien, no sólo cabe observar que llega demasiado tarde (en 2005), sino también, y lo que es peor, que no en todos los casos el Tribunal emplea este criterio con igual intensidad; en efecto, en algunos casos posterior a Nachova, el Tribunal concluye, sin mayor análisis, que ni había, desde el punto sustantivo, móvil racista en el incidente violento contra algún miembro de la comunidad gitana, ni, desde un punto de vista procedimental, las autoridades nacionales habrían incumplido su deber de una investigación efectiva de tal motivación. Estos casos son Vasil Saschov Petrov contra Bulgaria, de 10 de junio de 2010²⁴; Mizigárová contra Eslovaquia de 14 de diciembre de 2010²⁵; Dimitrova y otros contra Bulgaria, de 27 de enero de 2011²⁶. Cabe esperar que esta coincidencia en la apreciación de la ausencia de móviles racistas (en todos los casos de modo discutible) se trate de una circunstancia coyuntural y fortuita y no refleje, por el contrario, un cierto relajamiento en la aplicación del estándar Nachova. En cualquier caso, peor juicio merece la Sentencia Carabulea contra Rumanía, de 13 de julio de 2010, que, en un asunto de una persona gitana asesinada en dependencias policiales, ni siquiera considera necesario examinar si se ha producido en el marco de la violencia racial prohibida por el art. 14 del Convenio. A esta Sentencia le acompañan dos interesantes votos particulares, con los que coincide, que consideran que sí pudo haber en este caso motivación racista y, sobre todo, que la decisión se aparta de la doctrina Nachova (lo cual es objetivamente cierto, porque es la única sentencia posterior a Nachova relativa a violencia policial que no analiza la posible concurrencia de móvil racista).

2) Agresiones racistas vecinales y deficiente tutela judicial posterior.

Sólo existen dos asuntos. El primero es Moldovan y otros contra Rumanía, de 12 de julio de 2005, creo que razonablemente resuelto. Tras un altercado en el que resultó muerta una persona, los vecinos emprenden una “represalia” contra la comunidad gitana del pueblo, con diversos actos violentos, quema de viviendas, etc. El Tribunal constata que estos ataques fueron provocados por ser gitanas sus víctimas, así como que las autoridades administrativas y judiciales habían dilatado al máximo la reparación posterior de los daños derivados de la destrucción de las viviendas. “La etnicidad gitana de los demandantes parece haber sido decisiva para el resultado de los procedimientos domésticos” y dado que el Gobierno rumano no ofrece una justificación plausible para esta diferencia perjudicial de trato, el Tribunal Europeo concluye que habría habido violación del art. 14 en relación con los derechos del art. 6 (proceso equitativo) y 8 (respeto a la vida privada y familiar).

²⁴ No habría lesión del art. 14 del Convenio de Roma porque el demandante, un joven gitano, habría recibido un disparo policial pero de noche y en condiciones de visibilidad reducida, de modo que no podía acreditarse la motivación racial.

²⁵ Un gitano fue asesinado en una comisaría, pero no se acreditan móviles racistas.

²⁶ En este caso, el miembro de la comunidad gitana fue asesinado no por un agente de la autoridad, sino por otro particular, pero tampoco se probaron móviles racistas de ningún tipo.

El segundo caso es Koky y otros contra Eslovaquia, de 12 de junio de 2012. Se trata de un ataque racista colectivo en Ganovice-Filice que tuvo como detonante la negativa de una camarera a servir a una persona gitana en un bar. El Tribunal constata que, efectivamente, un grupo de vecinos armado de bates de béisbol irrumpió en el barrio gitano de la villa y causó daños a personas y viviendas. La Sentencia otorga el amparo a los demandantes desde la óptica de la violación de la dimensión procedimental del derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes (art. 3 del Convenio de Roma), puesto que las autoridades eslovacas no efectuaron una investigación ni persecución adecuadas conforme al Convenio (de entrada, la policía tardó hora y media en llegar al lugar de los hechos).

3) Expulsión de caravanas.

Las cinco Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 2001 sobre expulsiones, por razones urbanísticas, de los terrenos ¡propios! ocupados por caravanas de gitanos son, en mi opinión, profundamente desalentadoras²⁷. En el caso Coster, por ejemplo, el Tribunal consideró que la vida en caravana forma parte integrante de la identidad gitana, ya que se inscribe en su larga tradición de viajeros, incluso aunque se instalen durante largos periodos en un mismo lugar a fin de, por ejemplo, facilitar la educación de los hijos. Por ello el Tribunal constata que las decisiones de los servicios de ordenación del territorio negando al demandante la autorización de permanecer en el terreno de su propiedad con una caravana, es una injerencia en el derecho al respeto de su vida privada y familiar (art. 8 CEDH). La cuestión siguiente es determinar si está justificada o no, es decir, si está prevista por la ley (lo que sucede), si persigue uno o varios fines legítimos (en el caso también concurre en forma de protección del medio ambiente) y si es necesaria en una sociedad democrática para alcanzar tales fines. El Tribunal reconoce en este punto un cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales, que se encuentran en principio mejor situadas que él para pronunciarse sobre la situación y las necesidades locales. Y por ello, el Tribunal admite que “no está en disposición de contestar el dictamen emitido por las autoridades nacionales en este asunto, según el cual el uso particular de un terreno suscita objeciones legítimas en materia de ordenación”. El Tribunal “no puede ir a todos los lugares para apreciar el impacto de cierto proyecto en una región dada en cuanto a la belleza del lugar, etc.” En consecuencia, “en materia de políticas de ordenación territoriales, las autoridades nacionales gozan en principio de un margen de apreciación extenso”. Y aunque el Tribunal observa que “está creciendo un consenso internacional en el seno de los Estados del Consejo de Europa para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y modo de vida...”, se confiesa “no convencido de que dicho consenso sea suficientemente concreto como para que se puedan obtener directrices en cuanto al comportamiento o a las normas que los Estados consideren como deseables en una situación dada...” Y concreta esta afirmación respecto de la minoría gitana: “la vulnerabilidad de los gitanos... implica conceder una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio”. El art. 8 del Convenio de Roma “impone, por lo tanto, a los Estados la obligación positiva de permitir a los gitanos continuar con su modo de vida”. En principio, “los gitanos son libres de instalarse en cualquier emplazamiento para caravanas que tengan licencia” y “a no ser tratados peor que cualquier no gitano que desee vivir en una caravana”. Sin embargo, “se desprende que

²⁷ Sentencias Beard, Coster, Chapman, Jane Smith y Lee contra el Reino Unido, todas ellas de 18 de enero de 2001.

no se ha llegado a suministrar un número adecuado de emplazamientos que los gitanos encuentren aceptables y en los que puedan instalar legalmente sus caravanas a un precio a su alcance”. Pero de aquí no se deriva la obligación para el Reino Unido de “poner a disposición de la comunidad gitana un número adecuado de emplazamientos debidamente equipados”. Por ello, el Reino Unido no habría violado el art. 8 del Convenio.

La Sentencia es acompañada por un Voto Particular suscrito por siete Jueces, entre ellos el de J.A. Pastor Ridruejo, que sí consideran que se ha violado el derecho a la vida privada y familiar del recurrente, pues “no se han indicado otros lugares en la región que ofrezcan emplazamientos libres en los que los demandantes hubieran podido instalarse”; por este motivo, la medida de expulsión es desproporcionada. Me resulta más consistente este voto discrepante que la opinión mayoritaria. El Tribunal no cree que lesione el derecho al respeto de la vida privada y familiar la prohibición administrativa de instalarse con una caravana en una parcela de titularidad propia en atención a que se estropea el paisaje. La alternativa propuesta por el Estado era el hacinamiento de caravanas en lugares especiales, lo cual, sea dicho de paso, recuerda a otras épocas ominosas (en mi opinión, la política segregacionista es en sí misma sospechosa de discriminación –lo veremos también en relación con D.H. y otros contra República Checa), pero ni siquiera está disponible para todos los que la desean. De modo que el Tribunal reconoce que el asentamiento de gitanos en caravanas está protegido por el art. 8 del Convenio de Roma, pero ni invalida que se impida al recurrente hacerlo en su propiedad (porque el Estado tiene un amplio margen de apreciación) ni halla ilegítimo que tampoco pueda instalarse en algún lugar habilitado para ello (porque eso sería tanto como convertir los derechos del art. 8 en derechos de prestación). Resultado: el recurrente tiene un derecho con un simple recubrimiento formal pero sin contenido, ya que no puede de ningún modo ejercerlo. Un inexistente pero efectivo derecho al paisaje lo ha derrotado.

4) Segregación escolar.

Éste es un ámbito particularmente importante. El Tribunal, no sin vacilaciones, como veremos, ha mantenido una postura seria contraria a la segregación escolar de los niños gitanos, que es una práctica común en diversos países del Este europeo (aunque ningún Estado se salva de esta práctica, sea de forma más directa o indirecta, ni siquiera el nuestro) Son tres las Sentencias pronunciadas, la primera es la seminal Sentencia D.H. y otros contra Chequia, ya citada, de 13 de noviembre de 2007, de Gran Sala; a esta Sentencia le siguen Sampanis y otros contra Grecia, de 5 de junio de 2008 y, por último, Orsus y otros contra Croacia, de 16 de marzo de 2010.

La Sentencia DH y otros contra Chequia de la Gran Sala marca un hito en la protección de las minorías raciales por parte del Tribunal de Estrasburgo, revocando la Sentencia de Sala del mismo Tribunal, de fecha 7 de febrero de 2006, que he tenido ocasión de comentar críticamente en otro lugar²⁸. En su voto discrepante, el Juez español J. Borrego compara esta Sentencia con un “coche de Fórmula 1”, que se distancia con rapidez de la jurisprudencia anterior del Tribunal. Él juzga esta “arrancada” de modo negativo, pero personalmente creo todo lo contrario: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incorpora por primera vez en el ámbito de la

²⁸ Ver: “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, enero-abril (2007), pp. 279-307.

discriminación racial (ya lo había hecho antes en relación con la discriminación sexual) las categorías del Derecho Antidiscriminatorio que usualmente utilizan tanto el Derecho de la Unión Europea (al que cita en apoyo expresamente en el texto) como en el Derecho norteamericano, del que procede, por ejemplo, el concepto de “discriminación indirecta” que es clave en el asunto resuelto. Esta Sentencia actualiza y pone al día la obsoleta categorización que en materia de igualdad y prohibición de discriminación venía manejando hasta entonces el Tribunal de Estrasburgo. Por primera vez aprecia una discriminación racial indirecta; por primera vez se aplica a este campo el valor probatorio de las estadísticas; por primera vez se incorpora el concepto de interpretación judicial estricta (que en el Derecho norteamericano se llama *strict scrutiny test*) en relación con la discriminación racial; por primera vez se ordena invertir la carga de la prueba en casos de discriminación racial indirecta o de impacto. Por eso, esta decisión es importante no sólo por la solución que presta al conflicto concreto planteado, sino, sobre todo, por la doctrina general que establece respecto de la discriminación racial, aplicable en todos los casos sucesivos. Estamos, pues, en presencia de lo que (también en la cultura jurídica anglosajona) se conoce como un *leading-case*, una Sentencia que establece la doctrina a aplicar en el futuro; lo que ha ocurrido en los casos posteriores, versen o no sobre segregación racial escolar.

También con carácter propedéutico, procede llamar la atención sobre el hecho de que el Tribunal constata la situación social en desventaja de la comunidad gitana como criterio de interpretación del asunto. Literalmente, sostendrá (párrafo 181): “La posición vulnerable de los gitanos exige que se consideren de modo especial sus necesidades y estilos de vida diferentes en los marcos regulatorios generales y en las decisiones sobre casos particulares”. Es preciso, continúa la Sentencia, “salvaguardar los intereses de las minorías”, pero también “preservar una diversidad cultural que tiene valor para toda la sociedad”.

El problema se planteó por la diferencia de trato que los niños gitanos recibieron durante un cierto periodo de tiempo en la República checa respecto de los niños no gitanos respecto de la escolarización, ya que un número muy elevado de niños gitanos eran ubicados en escuelas especiales para niños con discapacidades intelectuales. La Sentencia de Sala se había negado a conceder valor probatorio de la discriminación a los abrumadores datos estadísticos y por ello no llegó a considerar que se hubiera producido en el caso una discriminación indirecta o de impacto. La Sentencia de la Gran Sala imprime un giro copernicano, recordando que aunque la jurisprudencia del Tribunal “en el pasado” habían negado eficacia a las estadísticas como prueba para calificar una determinada práctica como discriminatoria, en casos más recientes sobre discriminación (por sexo) el Tribunal se apoyó en las estadísticas para identificar una diferencia de trato de grupos (mujeres y hombres) en situaciones similares²⁹.

El Tribunal traslada esta metodología, punto por punto, desde el ámbito de la discriminación sexual al racial: Primero, la supuesta víctima de discriminación deberá

²⁹ Concretamente, en la Sentencia *Hoogendijk contra Holanda*, de 6 de enero de 2.005, afirmó que: “Cuando un demandante es capaz de mostrar, sobre la base de estadísticas oficiales incontestables, la existencia de una indicación *prima facie* de que una regla específica (aún formulada de una manera neutral) afecta de hecho a un porcentaje claramente mayor de mujeres que de hombres, corresponde al Gobierno demandado demostrar que esto es el resultado de factores objetivos sin relación con cualquier tipo de discriminación por sexo. Si la carga de probar que una diferencia de impacto entre hombres y mujeres no es una práctica discriminatoria no correspondiera al Gobierno demandado, sería extremadamente difícil para los demandantes probar la discriminación indirecta”.

aportar un principio de prueba, con la ayuda de estadísticas, de que existe una discriminación de impacto (o indirecta), esto es, una diferencia de trato entre dos grupos similarmente situados, a pesar de que el criterio de diferenciación no sea el racial, sino uno “neutro” (en este caso, serán las capacidades y necesidades educativas de los niños). No es necesario probar la existencia de una intención discriminadora por parte de la autoridad implicada. Segundo, esta alegación provocará una inversión de la carga de la prueba, de modo que no será quien alega la discriminación sino el Gobierno demandado el que intente demostrar que la diferenciación de trato (por el diverso impacto, insisto, no porque haya reglas distintas para cada grupo –en cuyo caso estaríamos en presencia de una discriminación de trato o directa) es objetiva y no tiene que ver de ninguna manera con una discriminación racial. Tercero, el órgano judicial decidirá a la vista de los argumentos planteados.

(1º) ¿Existe una diferencia de trato deducible por el distinto impacto de la medida impugnada? La Sentencia constata, en primer lugar, que a consecuencia “de una historia turbulenta”, los gitanos se han convertido en un tipo específico de “minoría desventaja y vulnerable” que “requiere una protección especial”, sobre todo respecto del derecho a la educación (reconocido en el art. 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio). Por eso este asunto merece “una atención especial”. Pues bien, el Tribunal concede valor a los datos estadísticos³⁰ para probar una fuerte presunción de existencia de discriminación indirecta.

2º) Inversión de la carga de la prueba. Ante dicha presunción de discriminación indirecta, debe ser el Gobierno checo el que demuestre que la diferencia de impacto de su sistema escolar entre niños gitanos y no gitanos no está relacionada con el origen étnico. O, expresado más técnicamente, que existe una “justificación objetiva y razonable”, esto es, que persigue un fin legítimo y que existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Cuando la diferencia de trato se basa en la raza, añade significativamente el Tribunal (incorporando el criterio de la interpretación judicial estricta), “la noción de justificación objetiva y razonable debe ser interpretada tan estrictamente como sea posible”.

Pues bien, el Gobierno checo justifica la diferencia de trato entre niños gitanos y no gitanos en la necesidad de adaptar el sistema educativo a la capacidad de los niños con necesidades educativas especiales. Y concreta la justificación de su política escolar en dos datos (que considera neutros y no discriminatorios por motivos raciales): (1º) Los niños eran ubicados en colegios especiales como resultado de su baja capacidad intelectual medida con la ayuda de pruebas psicológicas en centros de psicología escolar. (2º) La decisión final de derivar a los niños a los colegios especiales dependía del consentimiento de sus padres.

³⁰ Que indicaban que el 56% de todos los niños en colegios especiales en Ostrava eran gitanos, aunque éstos sólo constituían el 2,26% del total de alumnos en escuelas primarias en Ostrava. Además, sólo el 1,8% de niños de niños no gitanos estaban en las escuelas especiales, mientras que la proporción de niños gitanos ascendía al 50,3%. El Tribunal observa que el Gobierno checo no cuestionó estos datos y que no aportó otros distintos. Por otro lado, las estadísticas generales de todo el país confirmaban las de Ostrava: del total de alumnos en escuelas especiales, entre el 80 y el 90% eran gitanos. Esto muestra, a juicio del Tribunal, una imagen más general que lleva a concluir que, incluso aunque las cifras no fueran exactas, el número de niños gitanos en escuelas especiales era desproporcionadamente alto.

3º) Argumentación y conclusiones del Tribunal. La Sentencia no va a considerar justificaciones objetivas y razonables a ninguna de las dos razones esgrimidas por el Gobierno (test psicológicos, consentimiento de los padres):

a) Las pruebas psicológicas. El Tribunal acepta que el sistema de escuelas especiales estaba motivado por el deseo de encontrar una solución para los niños con necesidades educativas especiales. Sin embargo, comparte la inquietud, manifestada en el proceso por otras instituciones del Consejo de Europa sobre el pobre currículo que se seguía en tales escuelas y por la segregación que producía el sistema. Además, los test utilizados eran objeto de controversia científica y no tenían en cuenta las circunstancias específicas de los niños gitanos. El Tribunal concluye que, al menos, es deducible el peligro de que las pruebas psicológicas y sus resultados no fueran analizados a la luz de las circunstancias especiales de los niños gitanos. Y, por ello, no pueden servir como justificación de la diferencia de trato impugnada.

b) El consentimiento de los padres. En las circunstancias del caso, el Tribunal no considera que los padres de los niños gitanos, que eran miembros de una comunidad en desventaja y con pobre formación, fueran capaces de valorar adecuadamente todos los aspectos de la situación y las consecuencias de su consentimiento. El Gobierno admite que tal consentimiento se prestaba mediante una firma en un impreso oficial que no aportaba información sobre alternativas o sobre las diferencias de currículo entre las escuelas ordinarias y las especiales³¹.

El Tribunal concluye, pues, que ha habido una discriminación de impacto o indirecta, que provoca segregación y menos oportunidades para los niños gitanos. El sistema, tal como se aplicó en la práctica, tuvo un impacto desproporcionadamente perjudicial sobre la comunidad gitana y, en consecuencia, violó la prohibición de discriminación racial del Convenio (art. 14) en relación con el derecho a recibir educación (art. 2 P.A. n. 1).

En el segundo de los casos en presencia, *Sampanis y otros contra Grecia*, de 5 de junio de 2008, el Tribunal, apoyándose en la doctrina *D.H. y otros contra Chequia*, también concluye que la práctica de denegar la matrícula a los niños gitanos en una escuela pública primaria y su posterior ubicación en dependencias anexas al edificio principal, en un contexto, además, de incidentes racistas provocados por los padres de los niños no gitanos, constituía una discriminación racial prohibida por el Convenio. Aunque el Tribunal no emplea estas categorías con precisión, claramente se trataba de una discriminación racial directa.

El tercer asunto, *Orsus contra Croacia*, muestra, aparentemente, mayor complejidad. También aquí se dicta una primera Sentencia de Sala, de 17 de julio de 2008, que más tarde se revoca por la Gran Sala (16 de marzo de 2010). La Sala había fallado que no se había vulnerado el derecho a la educación (art. 2 del Protocolo 1) en relación con la prohibición de discriminación racial (art. 14) de quince escolares gitanos que habían

³¹ El voto discrepante del Juez español, J. Borrego, considera que esta tesis de la mayoría del Tribunal “es insultante” porque “juzga a los padres como incapaces de educar a sus hijos”. No puedo estar de acuerdo con esta objeción porque me parece manifiesta la falta de información que tenían los padres para tomar esa decisión y, sobre todo, como muy bien indica la propia Sentencia, porque los padres gitanos tenían ante sí el dilema de enviar a sus hijos a las escuelas ordinarias, que no estaban preparadas para incorporar las diferencias culturales y sociales de sus hijos, lo que con mucha probabilidad les condenaría inevitablemente al ostracismo, o de enviarles a las escuelas especiales donde se iban a encontrar con otros muchos niños gitanos.

sido ubicados en clases separadas, ya que el motivo de esa segregación había sido que no dominaban la lengua croata. La Sentencia de Gran Sala revoca esta decisión, pero no de modo unánime, sino por una ajustada mayoría de 9 Magistrados frente a 8 (que, además, emitirán un voto particular discrepante) La decisión trae la doctrina de D.H. y otros contra Chequia. En primer lugar, recuerda que los gitanos son una minoría en desventaja y vulnerable, que requiere especial protección, sobre todo en el ámbito de la educación y particularmente en relación con los menores³². Pero la Sentencia debe enfrentarse a la distinción de este asunto respecto de D.H. y otros contra Chequia y de Sampanis contra Grecia, ya que la sentencia de la Sala había hecho de esta distinción la clave de bóveda de su interpretación. En D.H. y otros, entre el 50% y el 70% de los niños gitanos en Chequia eran enviados a escuelas especiales; en Sampanis, todos los niños gitanos eran ubicados en una sede escolar específica, diferente del resto. En este asunto no se enviaba a todos los gitanos a la clase de gitanos. De aquí deduce el Tribunal que, a diferencia de los otros dos casos, los datos estadísticos no permiten determinar, *prima facie*, la discriminación racial y, consecuentemente, la inversión de la carga de la prueba.

Sin embargo, sigue razonando la Sentencia, la discriminación indirecta puede ser probada sin datos estadísticos. El Tribunal observa que la medida de separar a los niños en el colegio basándose en el insuficiente dominio del idioma era aplicada sólo a los niños gitanos en diversas escuelas de una región. Sin necesidad de probar la intención discriminatoria de las autoridades escolares, esta medida es una clara diferencia de trato que debe justificarse como apropiada, necesaria y proporcionada. Pues bien, el Tribunal concluye que el Gobierno croata no aporta una justificación suficiente: no demuestra que esta práctica afecte a otros niños que no dominen el croata y que no sean gitanos en otras partes de Grecia (*ergo* no puede interpretarse como una medida dirigida a remediar el déficit de conocimiento de la lengua de los escolares). Tampoco hay exámenes para evaluar objetivamente el nivel de idioma; ni existe monitorización o control de la medida. Además, el currículo escolar se reduce sensiblemente en las clases exclusivas de niños gitanos. Y el consentimiento de los padres gitanos, como dijera el Tribunal en D.H. y otros, y por las razones allí expresadas, no reviste en este campo un valor decisivo.

Los magistrados discrepantes consideran que en este caso no hay discriminación racial, sino que la diferenciación de los niños se produce por un criterio neutro impecable: el dominio del idioma. Esta interpretación es la clásica visión *race-blind*, esto es, indiferente al factor racial como elemento determinante de los hechos del caso y de su fallo judicial. La opinión intenta hacer valer los derechos de los niños que sí dominan el croata a no sufrir obstáculos en su proceso de aprendizaje.

A mi juicio, tanto la primera sentencia Orsus como la opinión discrepante se fundan en premisas discutibles. No se trata de perjudicar a los niños que dominan el croata; pero tampoco de perjudicar a los niños que no lo dominan. La competencia lingüística no debe provocar una discriminación a estos últimos, sino una acción positiva para que puedan seguir las clases en las mismas condiciones que sus compañeros mejor preparados. Que en la clase de los niños con menor dominio del idioma estuvieran sólo

³² En la concreción del significado de esta “especial protección”, el Tribunal recuerda D.H. y otros, así como el caso Chapman y Carter, con la tesis de la especial necesidad de protección de la seguridad, la identidad y estilo de vida de la comunidad gitana, no sólo para proteger sus intereses, sino también la diversidad cultural como un valor para toda la comunidad.

gitanos es una manifiesta discriminación racial (posiblemente, no sólo indirecta, sino también directa). No haber considerado el factor racial presente en el caso hubiera resultado en desenfocarlo gravemente.

5) Discriminación en frontera.

En el asunto *Timishev contra Rusia*, de 13 de diciembre de 2005, antes citado, el Tribunal examina la negativa a admitir “chechenios” en una frontera rusa. Naturalmente, concluirá que se trata de una desigualdad de trato en el ejercicio de la libertad de circulación basada en el origen étnico y, por tanto, violatoria del art. 14 del Convenio (en relación con el art. 2 del Protocolo número 4). Pero esta Sentencia, más allá del fallo, tiene cierto interés doctrinal. Como, por ejemplo, la distinción que traza entre “raza” y “etnia”: ambos conceptos “están conectados y se solapan”. Mientras que “la noción de “raza” tiene como fundamento la idea de una clasificación biológica de los seres humanos en sub-especies de acuerdo a rasgos morfológicos como el color de la piel o las características faciales”, la “etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una común nacionalidad, afiliación tribal, fe religiosa, lengua compartida, orígenes culturales o tradicionales”³³.

Esta Sentencia reitera la doctrina *Nachova*, pero añade una afirmación de interés: “Ninguna diferencia de trato que se base exclusivamente o de modo decisivo en el origen étnico de una persona es capaz de constituir una justificación objetiva en una sociedad democrática contemporánea construida sobre los principios de pluralismo y respeto por las diferenciales culturales”. Esta tesis está guiada por una buena intención, y tiene sentido en relación con la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas (esto es, de todo trato que perjudique a los miembros de un grupo étnico únicamente por su pertenencia al mismo), pero es poco reflexiva porque, tomada al pie de la letra, impediría por completo las diferencias jurídicas de trato que, como las acciones y/o las discriminaciones positivas, pretendieran igualar las oportunidades de las minorías étnicas respecto del grupo social mayoritario. Un trato jurídico idéntico consolidaría la diferente situación fáctica de unos grupos y otros dentro de una sociedad. La afirmación sólo tiene sentido respecto de los tratos jurídicos desfavorables para la minoría racial, no para los favorables.

Este déficit “dogmático” de la Sentencia *Timishev* se supera en la Sentencia *Sejdic y Finci contra Bosnia y Herzegovina*, de 22 de diciembre de 2009, donde, tras reiterar las diferencias entre “raza” y “etnicidad”, se matiza, en el párrafo 44, que el art. 14 no prohíbe a los Estados tratar de modo diferente a los grupos para corregir las “desigualdades de hecho” entre ellos, es decir, no prohíbe las denominadas “acciones positivas” (aunque no las llame así).

6) Discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados.

³³ No obstante, el análisis del Tribunal es algo esquemático o superficial en este punto porque, tras distinguir la discriminación “racial” de la “étnica”, no explica de qué modo se “conectan y solapan”. En mi opinión, no existen las razas como concepto científico, pero sí existen las discriminaciones raciales porque hay agresiones de unas personas a otras fundadas en la (errónea) creencia de que sí hay razas y, lo que es peor, que unas razas (la propia) son superiores a otras (las de los demás). Pues bien, las “discriminaciones raciales” serían una especie del género, más amplio, de “discriminaciones étnicas”.

En este ámbito cabe destacar tres decisiones de interés. La primera en el tiempo es *Remli c. Francia*, de 30 de marzo de 1.996. Un acusado de origen norteafricano alegó que había oído a un miembro de su jurado decir “soy racista”. Sin embargo, el Tribunal se negó a considerar siquiera la recusación del jurado con la única afirmación de que no podía tomar conocimiento de hechos ocurridos fuera de su presencia. El Tribunal Europeo, tras indicar que “el art. 6.1 impone la obligación a cada tribunal nacional de controlar que, una vez constituido, sigue siendo imparcial”, estimó que el tribunal francés no lo hizo, al no permitir la posibilidad de impugnar al jurado racista, y, por consiguiente, produjo una violación de tal precepto. Una situación semejante en un juicio por jurados, pero no idéntica, se produjo en *Gregory c. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1.997. El Tribunal de Estrasburgo observó que, a diferencia de lo sucedido en *Remli*, donde el juez no adoptó reacción alguna frente a la alegación de la declaración racista de un jurado anónimo (que notificó al juez que algunos compañeros jurados habían mostrado, en las deliberaciones internas, actitudes racistas —el acusado era de raza negra—), el juez británico sí hizo frente, por varias vías³⁴, a una alegación de racismo de un jurado que, aunque vaga e imprecisa, parecía no carecer de fundamento (y, por tanto, no hubo lesión del art. 6.1). Por último, *Sander c. Reino Unido*, de 9 de mayo de 2.000, planteó un supuesto casi idéntico al de *Gregory*, aunque con algunas divergencias significativas. En ese asunto un miembro del jurado comunicó al juez que otros dos jurados habían proferido chistes y expresiones racistas contra el acusado, de origen asiático. Si bien poco después todos los miembros del jurado manifestaron por escrito que tal crítica era infundada, uno de ellos confesó haber contado chistes racistas sobre el acusado. El Tribunal Europeo afirmó que tales bromas no podían considerarse a la ligera, y mucho menos en el contexto de un proceso penal (otra cosa sería en una “atmósfera informal o íntima”). Dada “la importancia que los Estados miembros otorgan a la necesidad de combatir el racismo”, el Tribunal consideró que el juez “debía haber reaccionado de modo más contundente” (pues no se llegó a descartar a ningún jurado). Al no hacerlo, violó los requerimientos de imparcialidad judicial del art. 6 del Convenio.

Así pues, en este punto sí se observa un Tribunal Europeo exigente que utiliza el microscopio judicial para evitar que los prejuicios raciales contaminen de modo alguno la imparcialidad del órgano juzgador. La seriedad con que el Tribunal aborda la interpretación del art. 6 del Convenio (la independencia e imparcialidad judicial) atrae esta exégesis rigurosa, que contrasta con la débil protección general contra la discriminación racial que lleva a cabo en otros escenarios de conflicto.

7) Discurso racista y libertad de información.

En la controvertida Sentencia *Jersild contra Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1.994, el Tribunal Europeo consideró contraria a la libertad de informar del art. 10 del Convenio de Roma la sanción penal que las autoridades danesas habían infligido a un periodista de televisión por un reportaje en el que entrevistaba a portavoces de un grupo racista danés, los *Greenjackets*, en el que éstos vertían afirmaciones como que “los negros no son seres humanos, sino animales” y “se parecen a gorilas”. La Sentencia, a pesar de que enfatiza “la vital importancia de combatir el discurso racista en todas sus

³⁴ Sobre todo, hablando con los abogados de defensa y acusación y recordando enérgicamente al jurado (sin mencionar expresamente las palabras “prejuicio racial”) que debían alejar de sus mentes “cualquier clase de prejuicio”.

formas y manifestaciones”, entiende, sin embargo, que la libertad de informar juega un papel esencial en el sistema democrático, que el periodista no tenía una intención racista y que se había limitado a transmitir tales intolerables contenidos desde una posición neutral o no incentivadora de las declaraciones (acogiendo así el Tribunal la doctrina del reportaje neutral), por lo que finalmente ampara al profesional de la información. Bien es verdad que hasta seis magistrados presentaron dos votos discrepantes alegando que “la protección de las minorías raciales no puede tener menor peso que el derecho a informar”. El asunto dista de estar claro, pero, en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal hasta ese momento, no sorprende que en el balance de intereses pierda, de nuevo, la discriminación racial.

8) Matrimonio gitano y derecho a la pensión de viudedad.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Muñoz Díaz contra España, de 9 de diciembre de 2.009, ha fallado a favor del derecho a la pensión de viudedad de una mujer que no contrajo matrimonio legalmente válido, sino conforme al rito gitano. La demandante era una mujer gitana española a la que las autoridades nacionales habían denegado una pensión de viudedad por no haber contraído matrimonio según la forma legal válida en el año 1.971 (rito católico), sino de acuerdo con las tradiciones de la comunidad gitana. Concretamente, la Sentencia considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) en combinación con el derecho al respeto de los bienes del art. 1 del Protocolo Adicional Primero³⁵.

¿Cómo ha argumentado el Tribunal Europeo? Inicialmente, hay que constatar que se ha negado a considerar que el no reconocimiento de la forma tradicional del matrimonio gitano como matrimonio con efectos civiles suponga una violación del derecho a contraer matrimonio del art. 12 del Convenio de Roma o una forma de discriminación racial prohibida por el art. 14 de ese mismo Convenio. La Sentencia no puede leerse, por tanto, como la exigencia, a partir del Convenio de Roma, de un reconocimiento jurídico de los efectos civiles del matrimonio gitano, cuestión que, de modo correcto en mi opinión, se remite a la legislación interna de cada país.

³⁵ La Sentencia es destacable, a los efectos del ordenamiento español, porque alcanza una solución diferente a la de la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2.007, de 16 de abril, que había desestimado el amparo de la recurrente negándose a considerar tanto las verdaderamente particulares circunstancias del asunto, cuanto los aspectos étnicos, por otro lado, obviamente concurrentes. La Sentencia del Tribunal español es un magnífico ejemplo de enfoque *race blind*, indiferente al factor étnico. El Tribunal Constitucional español carece de una interpretación *fuerte* o estricta contra la discriminación racial. No es casual que sólo haya resuelto dos casos (frente a las decenas de conflictos por discriminación de género, por ejemplo), que los dos hayan sido fallados en sentido contrario al solicitado por el miembro de la minoría discriminada racialmente y, por último, que los dos asuntos hayan sido revertidos por organismos internacionales de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y el Comité de Derechos Humanos, en el caso Williams. Este asunto, también desestimado previamente por el Tribunal Constitucional español, en su STC 13/2.001, de 29 de enero, se refería a una actuación policial de requerimiento de identificación de una mujer tan sólo por ser negra. El Tribunal español había considerado que dicho requerimiento policial no obedeció ni a una discriminación patente ni a una encubierta (a pesar de que sólo se le exigió a la demandante de amparo, por el color de su piel, de entre todos los pasajeros que descendieron del tren). Tan sorprendente decisión ha sido, como cabía esperar, declarada por el Comité de Derechos Humanos (Comunicación nº 1493/2.006), de 27 de julio de 2.009, contraria al art. 26 leído conjuntamente con el art. 2.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (derecho de igualdad y prohibición de discriminación).

El Tribunal europeo estima que la denegación de la pensión de viudedad es una diferencia discriminatoria porque supone un trato distinto respecto de otras situaciones que deben ser tenidas como equivalentes en lo que concierne a los efectos de la buena fe matrimonial, como son la existencia de buena fe en los matrimonios nulos (art. 174 LGSS) o el precedente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004, en la que el Tribunal sí entendió que existía el derecho a la pensión de viudedad en el caso de un matrimonio celebrado conforme a las disposiciones legales (por el rito matrimonial católico), pero no inscrito en el Registro Civil por motivos de conciencia. Aquí está el punto. Las autoridades españolas habrían tratado a María Luisa Muñoz de modo distinto a como han tratado otras situaciones comparables a la suya de buena fe matrimonial. Según el Tribunal, la buena fe de la demandante respecto de la validez de su matrimonio contraído según la tradición gitana, se prueba en el hecho de que las autoridades españolas fueron reconociendo en diversos documentos la validez, o la apariencia de validez al menos, de ese matrimonio: el libro de familia, el título de familia numerosa, la cartilla de la seguridad social, documentos oficiales todos ellos. Afirmar con vigor la Sentencia: “Resulta desproporcionado que el Estado español que ha conferido a la demandante y su familia ... (todos esos documentos oficiales), no reconozca ahora los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad”. También tiene en cuenta el Tribunal que en el año 1971, cuando se unieron, sólo había un rito válido, el católico (para eximirse del cual había que apostatar previamente).

A todo esto el Tribunal añade otro argumento, el argumento étnico. La Sentencia subraya, en primer lugar, que la creencia de la demandante en que su matrimonio era válido se demostraba también por su pertenencia a la comunidad gitana, “que tiene sus propios valores dentro de la sociedad española”. El Tribunal vuelve a traer la idea del nuevo “consenso internacional” en el seno del Consejo de Europa “por reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y modos de vida, no sólo para proteger los intereses de los miembros de dichas minorías, sino también para preservar la diversidad cultural que beneficia a toda la sociedad en su conjunto”. Sostiene la Sentencia que si bien la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las leyes relativas al matrimonio, puede, sin embargo, influir sobre la manera de aplicar las leyes. El Tribunal recuerda la afirmación anterior de que “la vulnerabilidad de los gitanos implica prestar una atención especial a sus necesidades y modo de vida propio, tanto con carácter general como en los casos particulares”. Esta afirmación es la que cuestiona el único magistrado discrepante, el Juez Myjer, para quien el Estado español no sería de ningún modo responsable de la ignorancia de la señora Muñoz (en todo caso, a mi juicio, más que de “ignorancia” se trataría de un error), y el caso perseguiría más bien reconocer la validez del matrimonio gitano (tal y como, según advierte el juez holandés, habrían reflejado algunos medios de comunicación).

Las (sensibles) frases de la Sentencia en relación con la minoría gitana no sirven, sin embargo, en la lógica de la argumentación, más que para apuntalar la buena fe de la demandante, ya probada por otras vías, como se ha visto. Quizá no hubieran sido necesarias, en realidad, para alcanzar el mismo fallo. Y, en cualquier caso, no guardan apenas relación con el curso de la argumentación principal porque si se aprecia que se ha tratado de modo diferente sin justificación a la señora Muñoz respecto de otros casos comparables, estaríamos en presencia de un supuesto de discriminación general prohibida y no se deduce entonces de qué modo habría aquí una influencia de la vulnerabilidad de los gitanos en la aplicación de las leyes (se supone, de modo más favorable para ellos). Me parece claro, por el contrario, de que no se trata de aplicar de

modo más favorable las leyes a los gitanos, lo que, además, resulta harto discutible, sino, más bien, de que no se les trate peor que a otras personas en situaciones comparables. El fallo de la Sentencia de 8 de diciembre de 2.009 no es una acción positiva, ni mucho menos aún una discriminación positiva, como parecería deducirse de esa línea argumentativa del Tribunal, sino la reparación de una discriminación.

En definitiva, y a pesar de las apariencias, el Tribunal de Estrasburgo argumenta en realidad desde la cláusula general de igualdad de trato y no desde la prohibición específica de discriminación racial/étnica. Dadas las circunstancias tan peculiares que concurrían en el asunto, no le hace falta ir más allá para concluir del modo en que lo hace. En ese sentido, el fallo es razonable. Pero la interpretación elegida limita enormemente las posibilidades futuras de aplicación de su argumentación. A mi juicio, el conflicto planteaba interesantes posibilidades de interpretación a partir de las categorías del Derecho Antidiscriminatorio. En concreto, a la pregunta de si la denegación de la pensión habría entrañado una violación del principio de no discriminación fundada sobre la pertenencia a una minoría étnica, la respuesta ha de ser inequívocamente afirmativa³⁶.

³⁶ En este sentido, el Tribunal podría haber seguido dos líneas de interpretación, aislada o conjuntamente.

a) Por un lado, si se enfoca el trato idéntico que se ha prestado a la demandante y su esposo respecto de otras uniones que, con carácter general, por no contraer matrimonio de acuerdo a las normas civiles aplicables, no han podido tener acceso a la pensión de viudedad, podríamos concluir, en primer lugar, que estamos en presencia de un caso claro de *discriminación por indiferenciación*. En estos supuestos se violaría el principio constitucional de igualdad no por tratar, en relación con un criterio determinado, de modo diferente a casos sustancialmente semejantes, sino por tratar de modo idéntico a casos sustancialmente diferentes. Es una discriminación por igualación. En efecto, algunos factores significativos distinguen el caso de la Nena respecto de otros que pudieran plantearse en los que no estuviera presente el factor étnico/racial. La demandante no contrae matrimonio jurídicamente válido no porque conozca y quiera hacer esto, sino porque cree de buena fe que su unión al estilo tradicional gitano es un matrimonio válido, error que es, además, confirmado por las autoridades administrativas españolas. Los tribunales españoles, al no distinguir este tipo de supuesto de otros, habrían incurrido en una discriminación por igualación, al no tratar jurídicamente de modo diferente situaciones fácticamente desiguales. El Tribunal de Estrasburgo ha apreciado la posible validez de la discriminación por indiferenciación en el citado asunto Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2.000 y esta doctrina podría haberse extendido al caso que estamos comentando. Es preciso recordar en este momento la brillante afirmación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en Nachova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2.005) de la visión de “la democracia como una sociedad en la que la diversidad no es percibida como una amenaza, sino como una fuente de riqueza”. Y en las Sentencias Beard, Coster, Chapman, Smith y Lee contra Reino Unido, de 18 de enero de 2.001, también sostuvo que “la vulnerabilidad de los gitanos implica conceder una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio”. De nuevo se insistirá en esta idea en la citada Sentencia D.H. y otros contra Chequia, de 13 de noviembre de 2.008 (párrafo 181): “La posición vulnerable de los gitanos exige que se consideren de modo especial sus necesidades y estilos de vida diferentes en los marcos regulatorios generales y en las decisiones sobre casos particulares”. Y añade: “la diversidad cultural (de los gitanos) tiene valor para toda la sociedad”. ¿Cómo conciliar esta interpretación con la que en su momento efectuó el Tribunal Constitucional español? ¿Cómo compatibilizar la idea de que la comunidad gitana requiere una protección especial (Sentencia D.H. y otros, de 13 de noviembre de 2.007), la tesis de que la diversidad cultural (por ejemplo, el rito secular del matrimonio gitano) es un valor en una sociedad democrática y el tratamiento que se le concede, idéntico al de cualquier pareja que, sin ningún tipo de motivación racial o étnica, no contrajo matrimonio, por propia elección y pleno conocimiento, de acuerdo con las normas civiles? Ciertamente, el Tribunal de Estrasburgo se encuentra con el precedente, desechado por el Tribunal Constitucional español (en el fundamento jurídico segundo), pero utilizado como dato clave de su argumentación, del matrimonio celebrado con una forma legalmente correcta, aunque no inscrito (STC 199/2.004). A partir de aquí, al Tribunal europeo no le hace falta emplear el más problemático concepto de la discriminación por indiferenciación porque le basta el de la pura y simple discriminación en sentido general: a María Luisa Muñoz le han tratado de modo distinto y peor, sin justificación, que a la demandante de la pensión en el otro asunto mencionado. La diferencia sustancial de los razonamientos

9) Origen étnico como causa de inelegibilidad electoral.

La Sentencia Sejdic y Finci contra Bosnia y Herzegovina, de 22 de diciembre de 2009, presenta un caso interesante aunque extraño, sólo explicable por las circunstancias post-bélicas del contexto. Los demandantes eran un gitano y un judío a los que la legislación electoral bosnia no permitía, por este motivo, es decir, por no pertenecer a las comunidades bosnia, croata y serbia (las únicas que podían votar y ser

del Tribunal europeo y del español se ubica justamente en este punto. La Sentencia de Estrasburgo escoge el camino más fácil, aunque personalmente no tengo tan claro que el caso resuelto por la STC 199/2.004 sea comparable al de María Luisa Muñoz. Me parece más convincente aquí el Tribunal Constitucional español, y, por consiguiente, hubiera sido preferible recurrir al concepto de la discriminación por indiferenciación o igualación.

b) Si se analiza el trato dispensado a la recurrente y su esposo respecto de otros matrimonios legalmente constituidos (los primeros no tendrían acceso a la pensión de viudedad, los segundos sí), habría que considerar que se produce en perjuicio de la recurrente dos tipos de discriminaciones, éstas sí ya específicamente étnico/raciales:

1º) En primer lugar, una *discriminación racial/étnica indirecta o de impacto*. El Tribunal de Estrasburgo, como sabemos, ha incorporado en su jurisprudencia este concepto de discriminación indirecta en la Sentencia D H y otros contra la República de Chequia, antes mencionada. El concepto es, sin embargo, bien conocido en el ordenamiento de la Unión Europea y en la mayoría de los Estados europeos. En el caso, se habría otorgado un trato diferente a la recurrente (la denegación de la pensión de viudedad) en atención a un rasgo, factor o criterio no sospechoso o neutro desde el punto de vista racial (la exigencia de forma legal de matrimonio para acceder a la pensión de viudedad), pero que, de hecho, impacta de forma adversa sobre las personas de un grupo en desventaja (viudas casadas conforme al rito gitano) sin que exista una justificación suficiente (la diferenciación no constituye una exigencia objetiva o indispensable para la consecución de un objetivo público legítimo —o al menos, el Estado no lo ha justificado). En principio, el legislador estatal puede anudar, por razones de seguridad jurídica, la prestación de una pensión de viudedad a unas formas de convivencia y no a otras. Pero al excluir por completo la forma derivada de la costumbre gitana en un momento histórico en el que la demandante no podía (sino de modo muy limitado) contraer matrimonio civil, se estaría excluyendo, de hecho, el acceso a la pensión de viudedad a todo un grupo de mujeres por razones étnico/raciales. Por eso mismo, la aproximación indiferente al factor racial (*race/blind*) que lleva a cabo el Tribunal Constitucional español (y, a pesar de las apariencias, el propio Tribunal de Estrasburgo) no es convincente. Porque el caso no se entiende de verdad sin su significado profundamente étnico.

2º) En segundo lugar, una *discriminación múltiple o interseccional (por combinar los criterios étnicos/raciales y los de género)*. El concepto de discriminación múltiple, al que se refieren diversos textos normativos de la Unión Europea, no ha encontrado, sin embargo, por el momento, reconocimiento judicial. La demanda de María Luisa Muñoz permitía al Tribunal europeo apreciarlo por primera vez. La demandante es tratada de modo distinto y peor que las viudas que sí han contraído matrimonio legalmente porque es gitana y es mujer al mismo tiempo, es decir, porque es una mujer gitana. Ciertamente, también un varón gitano hubiera sido discriminado si se le hubiera denegado una pensión de viudedad por las mismas razones, pero la figura de la pensión de viudedad, aunque no disponible sólo para las mujeres, despliega un sentido específico (en cantidad y cualidad) en relación precisamente con las mujeres (y con las mujeres de cierta edad, además: incluso podríamos considerar la concurrencia, por ello, de otro rasgo sospechoso de discriminación, el de la edad). En el caso en presencia, se ha discriminado a una mujer gitana por una situación que normalmente sólo puede tener por víctimas a mujeres gitanas. A la demandante se la impidió (social y culturalmente) trabajar fuera de casa (por ser mujer y gitana), se la impuso (social y culturalmente) contraer matrimonio de acuerdo con los usos gitanos (por ser mujer gitana), y cuidar de su marido hasta la muerte, pero, llegado el momento, se la negó jurídicamente una pensión de viudedad en una situación que hubiera sido muy difícilmente aplicable a una mujer no gitana o a un varón gitano. La pensión de viudedad, aunque abierta a los varones, despliega su mayor sentido en relación con las mujeres, sobre todo en épocas pasadas, cuando las mujeres casadas trabajaban exclusivamente en el hogar doméstico. Se trata, pues, de una discriminación específica: es una discriminación múltiple porque la víctima sólo pudo ser una mujer gitana. En otras palabras, el caso tampoco se entiende del todo sin su dimensión de discriminación de género.

votadas en las elecciones para las Cámaras parlamentarias), concurrir a dichas elecciones. Naturalmente, el Tribunal encuentra esta causa de inelegibilidad electoral contraria a la prohibición de discriminación racial (art. 14) por carecer de adecuada justificación.

10) Esterilización sin consentimiento informado.

El último escenario de conflicto planteado ante el Tribunal de Estrasburgo en relación con la discriminación racial hasta el momento tiene que ver con un asunto de esterilización sin previo consentimiento informado de una mujer gitana: Sentencia V.C. contra Eslovaquia, de 8 de noviembre de 2011. La demandante era una mujer gitana a la que en un hospital público, tras el parto del segundo hijo por cesárea, y ante los riesgos derivados de un eventual tercer embarazo, se la esteriliza, pero sin solicitarle previamente su consentimiento. El Tribunal considera que esta intervención paternalista habría lesionado su derecho al consentimiento informado, es decir, habría violado su derecho a la integridad personal (art. 3), pero también aprecia un cierto sesgo discriminatorio por motivos racistas. En efecto, la probabilidad de sufrir este tipo de intervenciones es mayor en relación con las mujeres gitanas dados los prejuicios racistas existentes en el país y, en particular, la idea de que las mujeres gitanas tienen demasiados hijos. Apoyándose, de nuevo, como hiciera en Orsus contra Croacia, en los informes de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia y de otros organismos europeos que identifican tales estereotipos racistas, el Tribunal concluye que el Estado eslovaco no disponía de efectivas garantías para asegurar la salud reproductiva de las mujeres gitanas, por lo que lesionó el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio. Aunque el caso tiene connotaciones raciales en la medida en que la esterilización sin el previo consentimiento afecta de modo especial a personas vulnerables de grupos étnicos, el Tribunal no pasa a examinar, sin embargo, la eventual lesión del art. 14 del Convenio porque el personal médico no actuó de mala fe, ni hay pruebas de la existencia de un plan público sistemático de esterilización forzosa de las mujeres de la minoría étnica. El voto discrepante del Magistrado Mijovic llama la atención, sin embargo, sobre el hecho de que la connotación racial del caso es crucial para entenderlo y resolverlo.

IV. CONCLUSIÓN: EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO EMPIEZA A TOMAR EN SERIO LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN RACIAL

Así pues, la conclusión más evidente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de discriminación racial es que es posible identificar dos etapas, la primera, escasamente garantista y de argumentación jurídica muy pobre, que llegaría hasta las dos sentencias más importantes, Nachova, de 2005 y D.H. y otros, de 2007; y un segundo momento, a partir de tales sentencias, en el que el Tribunal comienza a tomarse en serio la protección de la igualdad étnica e incorpora las categorías del Derecho Antidiscriminatorio procedentes del derecho anglosajón que a su vez recibe el ordenamiento de la Unión Europea. Como hemos tenido oportunidad de comprobar, este giro copernicano no se hace sin vacilaciones y retrocesos; y no siempre se utilizan correctamente los conceptos relativos a la prohibición de discriminación. Podemos recordar las dos discutibles sentencias de Sala relativas a la segregación escolar de niños gitanos, Orsus y D.H. y otros. O cómo las últimas tres decisiones del Tribunal en materia de violencia racial (incluso con resultado de muerte) no han desembocado en la apreciación de móvil racista, a pesar de los sospechosos indicios en

contrario. O, peor aún, cómo en la reciente Sentencia del caso Carabulea ni siquiera se utiliza el estándar de decisión acuñado en el asunto Nachova. En algunos ámbitos, como el de la expulsión de las caravanas, sigue vigente una línea argumental profundamente negativa. En definitiva, la jurisprudencia sigue albergando, a pesar de los innegables progresos, zonas de sombra.

Un punto vulnerable de la jurisprudencia sigue siendo la utilización no excesivamente depurada de las categorías del Derecho Antidiscriminatorio. La Sentencia Muñoz Díaz es un buen ejemplo de ello. El Tribunal argumenta desde el (general) derecho de igualdad y no desde el (específico) derecho a no sufrir discriminación racial.

Sin duda, el Tribunal ha ido adoptando una línea más garantista como efecto reflejo de lo que él mismo denomina “nuevo consenso europeo” en materia de protección de la igualdad étnica. Hemos podido observar cómo los documentos de otras instituciones del Consejo de Europa, en particular, de la ECRI, han sido determinantes en algunos casos emblemáticos, como el de Orsus contra Croacia, de la Gran Sala, pero también en otros, como V.C. contra Eslovaquia. Y es que la realidad que, en materia de convivencia étnica, retrata el Tribunal, como una especie de fotografía de lo que sucede en Europa, es enormemente preocupante. La violencia contra las minorías étnicas y, en particular, contra el pueblo gitano, es un fenómeno no coyuntural, sino sistemático; no local, sino global (aunque naturalmente mayor allí donde la población gitana es mayor, esto es, en Europa del Este); no leve, sino extraordinariamente grave; no reciente, sino histórico. Estamos hablando de personas que son asesinadas o apaleadas brutalmente, tanto por otros particulares como, con frecuencia, por agentes de la autoridad, tan sólo por ser gitanas. Personas que por ese mismo motivo no acceden a la educación normalizada. Etcétera. Se trata de ataques brutales a la dignidad humana y a los derechos más básicos. En este contexto, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se empiece a tomar en serio la prohibición de discriminación racial es una magnífica noticia.

APÉNDICE: CASOS DEL TEDH CITADOS.

- 1) **Agresiones racistas por agentes de la autoridad.** Leading-case: Nachova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2.005. Otras Sentencias: Velikova contra Bulgaria, de 18 de mayo de 2.000. Anguelova contra Bulgaria de 13 de septiembre de 2.002. Bekos y Koutropoulos contra Grecia, de 13 de diciembre de 2.005. Bekos y Koutropoulos contra Grecia, de 13 de diciembre de 2.005. Ognyanova y Chocan contra Bulgaria, de 23 de febrero de 2.006. Stoica contra Rumanía, de 4 de marzo de 2008. Vasil S. Petrov contra Bulgaria, de 10 de junio de 2010. Carabulea contra Rumanía, de 13 de julio de 2010. Mizigárová contra Eslovaquia de 14 de diciembre de 2010. Dimitrova y otros contra Bulgaria, de 27 de enero de 2011.
- 2) **Agresiones racistas vecinales y deficiente tutela judicial posterior.** Moldovan y otros contra Rumanía, de 12 de julio de 2.005 y Koky y otros contra Eslovaquia, de 12 de junio de 2012.
- 3) **Expulsión de caravanas.** Sentencias Beard, Coster, Chapman, Jane Smith y Lee contra el Reino Unido, todas ellas de 18 de enero de 2.001
- 4) **Segregación escolar.** Leading-case: Sentencia D.H. y otros contra Chequia, de 13 de noviembre de 2007. Otras Sentencias: Sampanis y otros contra Grecia, de 5 de junio de 2008 y Orsus y otros contra Croacia, de 16 de marzo de 2010
- 5) **Discriminación en frontera.** Timishev contra Rusia, de 13 de diciembre de 2.005.
- 6) **Discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados.** Remli contra Francia, de 30 de marzo de 1.996. Gregory contra Reino Unido, de 25 de febrero de 1.997. Sander contra Reino Unido, de 9 de mayo de 2.000.
- 7) **Discurso racista y libertad de información.** Jersild contra Dinamarca, de 23 de septiembre de 1.994.
- 8) **Matrimonio gitano y derecho a la pensión de viudedad.** Muñoz Díaz contra España, de 9 de diciembre de 2.009.
- 9) **Origen étnico como causa de inelegibilidad electoral.** Sejdic y Finci contra Bosnia y Herzegovina, de 22 de diciembre de 2009.
- 10) **Esterilización sin consentimiento informado.** V.C. contra Eslovaquia, de 8 de noviembre de 2011.