

Daniel Pérez Sangenís

**EL DERECHO ALTERNATIVO Y EL PLURALISMO JURÍDICO.
EL CASO DE LA ETNIA GITANA EN EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Dirigido por el Dr. Mario Ruiz Sanz

Grado de Derecho



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

Mayo de 2014

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2
1. CAPÍTULO 1º. MANIFESTACIONES ACTUALES DEL CONCEPTO DE ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	4
1.1. Uso alternativo del derecho y reforzamiento del Poder Judicial.....	4
1.1.1. Concepto del uso alternativo del derecho.....	4
1.1.1.1. Definición.....	4
1.1.1.2. Antecedentes.....	4
1.1.1.3. Doctrina del Uso Alternativo del Derecho.....	6
1.1.1.3.1. Origen.....	6
1.1.1.3.2. Manifestaciones.....	7
1.1.1.3.3. Teorización.....	9
1.1.1.3.4. Interpretación jurídica.....	10
1.1.1.3.5. Práctica judicial.....	14
1.2. El pluralismo jurídico y la expansión espacio-temporal de los sistemas jurídicos.....	19
1.2.1. Introducción.....	19
1.2.2. Del monismo al pluralismo jurídico.....	19
1.2.3. Tipos de pluralismo jurídico.....	21
1.2.3.1. Clásico y moderno.....	21
1.2.3.2. Débil y fuerte.....	22
1.2.4. Críticas al pluralismo jurídico.....	24
1.2.5. Pluralismo jurídico y derecho alternativo.....	27
1.2.6. Expresiones de pluralismo jurídico.....	30
2. CAPÍTULO 2º. LA COMUNIDAD GITANA: DE LOS HECHOS AL DERECHO.....	32
2.1. Concepto y características.....	32
2.1.1. Origen del pueblo gitano: datos históricos.....	32
2.1.2. Evolución del pueblo gitano en España.....	34
2.1.3. Los gitanos en la CE '78 y en el marco normativo europeo.....	37
2.2. Análisis jurisprudencial.....	40
CONCLUSIONES.....	84
BIBLIOGRAFÍA.....	88

INTRODUCCIÓN

La sentencia del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), de 8 de diciembre de 2009, ponía fin al procedimiento entre la Sra. Muñoz Díaz y el Estado español. La demandante, de etnia gitana, contrajo matrimonio mediante rito gitano en 1971. Tras la muerte de su marido, el cual llevaba cotizado a la Seguridad Social más de 19 años, la viuda solicitó la pensión de viudedad correspondiente que fue rechazada por el Instituto Nacional de Seguridad Social argumentando que dicha unión no se formalizó mediante las vías legales reconocidas. En esa misma dirección fallaron las diferentes instancias judiciales españolas. Nueve años después, el Tribunal europeo se pronunció reconociendo la validez de dicho matrimonio, concediéndole de esta manera la pensión de viudedad que se le negaba.

Existen cientos de casos similares al expuesto que precisan de una justicia que no se limite a la estricta aplicación de las normas jurídicas, que requieren para la satisfacción de sus lícitas pretensiones un derecho que vaya más allá, un derecho que solvete aquellas necesidades específicas que cierto grupo de personas o comunidades no encuentran satisfechas en un ordenamiento jurídico, que en cierto modo les resulta ajeno, y que les coloca en una posición de vulnerabilidad.

En el presente Trabajo de Fin de Grado trataremos de dar a conocer el encaje de este tipo de derecho alternativo en el ordenamiento jurídico. Para ello, inicialmente nos adentraremos en la evolución que al respecto a sufrido el Poder judicial, haciendo hincapié en una de sus expresiones más vanguardista, la doctrina del Uso Alternativo del Derecho. De igual modo, para conocer las opciones de una justicia alternativa, debemos detenernos a examinar el concepto de pluralismo jurídico, de la posibilidad o no de convivencia de distintos derechos en un mismo espacio y tiempo, así como la interdependencia entre éstos. Por último, trataremos de ver en la práctica, a través de la jurisprudencia del TEDH, casos en los que, derechos de una minoría, en concreto la gitana, son inobservados por diferentes tribunales estatales y luego reparados mediante la aplicación de una justicia integradora por parte de aquél otro tribunal.

Para la consecución de tal propósito, hemos contado con las valuosas recomendaciones e indicaciones de nuestro tutor asignado, el Dr. Mario Ruiz Sanz, que

mediante un seguido de tutorías y correos electrónicos nos indicó la pauta a seguir para la elaboración de este Trabajo.

Hemos consultado un amplio repertorio bibliográfico, la mayor parte de las obras estudiadas han sido extraídas del CRAI (Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación) de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universitat Rovira y Virgili. Otras fueron proporcionadas de la biblioteca particular del tutor. Toda obra consultada ha sido reflejada en la bibliografía adjunta, siguiendo el modelo UNE. Las citas textuales empleadas, también han sido debidamente expuestas en las notas a pie de página.

Han sido abundantes los recursos electrónicos empleados para la elaboración del Trabajo. Consultas de páginas web de instituciones privadas y públicas, así como de dos bases de datos jurídicas que nos sirvieron para hallar el elenco de sentencias que posteriormente procedimos a estructurar y comentar.

Finalmente, estructurado el cuerpo del Trabajo en dos capítulos y cuatro subapartados, concluimos realizando unas consideraciones finales de los aspectos más destacados de todo lo expuesto.

1. CAPÍTULO 1º. MANIFESTACIONES ACTUALES DEL CONCEPTO DE ORDENAMIENTO JURÍDICO

1.1. Uso alternativo del derecho y reforzamiento del Poder Judicial.

1.1.1. Concepto del uso alternativo del derecho

1.1.1.1. Definición

Existe una multiplicidad de definiciones de “uso alternativo del derecho”, una concisa que nos será útil para el desarrollo del tema sería la propuesta por Saavedra López, que dice: “práctica jurídico-política específica que se inscribe en el seno de formaciones sociales en crisis, cuyo sentido estriba en afianzar pasos, al nivel de la superestructura jurídica, en la solución emancipadora de las tensiones y contradicciones de dichas formaciones sociales”¹.

La primera cosa que llama la atención y que debemos atender de esta definición es que cataloga el uso alternativo del derecho como práctica jurídico-política, esta afirmación debe ser objeto de estudio ya que encierra un debate doctrinal sin precedentes.

1.1.1.2. Antecedentes

Positivismo c. Marxismo

La aplicación del derecho para la corriente positivista significa una tarea estrictamente científica, esto es, que el jurista es un científico que opera con un determinado material que, en el particular, son las normas jurídicas. Dicha idea radica en la cultura jurídica burguesa la cual se aferra al ideal racionalista y positivista, un modelo que se atenía a los hechos y que hacía de la abstracción generalizadora su *modus operandi*, todo ello para la consolidación y defensa del modelo social que ellos habían implantado y les permitía mantener su *statu quo*.

Así la corriente imperante, el positivismo, consiste en que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas se lleve a cabo mediante métodos parejos a los utilizados para el análisis de los fenómenos naturales.

¹ López Calera, Nicolás; Saavedra López, Modesto; Andrés Ibañez, Perfecto. *Sobre el uso alternativo del Derecho*. Ed. Fernando Torres, Valencia, 1978, p.35.

Predican los positivistas que esta metodología científica de aplicación de derecho aporta al sistema objetividad, certeza y seguridad jurídica, requisitos imprescindibles para la convivencia social. Aquí no hay lugar para la discrecionalidad del jurista, ante todo se pretende que la interpretación y aplicación del derecho quede exenta del alcance político, que comportaría el caos y la inseguridad en el mundo jurídico. Además, bajo esta aportación de seguridad y justicia que la ciencia garantiza, se oculta otra razón, y es que se convierte en la práctica en una herramienta de sometimiento de la clase dominante.

Esta cultura jurídica tuvo desde su inicio detractores, pero no es hasta finales del siglo XIX, con la aparición de la crítica general del materialismo histórico y dialéctico de los modelos dominantes de la sociedad burguesa, cuando podemos hablar de la primera crisis del positivismo. De la mano de la corriente marxista, principalmente de sus dos máximos exponentes Marx y Engels, y a pesar de tratar el tema jurídico de refilón, dejan patente en sus estudios la carencia de la científicidad de la que la ciencia jurídica burguesa se jactaba. Ahondando en la crisis, aparece también la ‘teoría pura del derecho’ de Kelsen que refleja la imposibilidad de aplicar una metodología estrictamente científica a la justicia y la aplicación del derecho.

No se puede negar que los marxistas en general, Marx y Engels en particular, guarden escepticismo respecto a la importancia del derecho como elemento transformador. Es la herencia de los teóricos originarios del marxismo que consideraban al mundo jurídico secundario para el menester revolucionario, otorgando preferencia sobretudo al terreno económico. Consecuencia de ello es que se identifiquen a menudo a los primeros marxistas como nihilistas, esto es, aquella corriente que identifica al derecho como la voluntad de la clase dominante en forma de ley, siendo la misión de la revolución proletaria la extinción del derecho y del Estado como única solución viable.

De las primeras obras de Marx: *Crítica al programa de Gotha* o *Contribución crítica de la economía política* se extrae que las relaciones de producción constituyen la estructura económica de la sociedad y que sobre ella se eleva la superestructura jurídica y política. Años después Marx reconocía cierta autonomía del derecho, al considerar un triunfo de la clase obrera el hecho de conseguir plasmar en las leyes algunos beneficios, como por ejemplo la jornada de trabajo reducida. Y ya en *El Capital*, escribía “el derecho hace madurar las contradicciones y los antagonismos de la forma capitalista de

producción y con ello suministra, junto con los elementos para formar una nueva sociedad, la fuerza para hacer estallar la antigua”².

Con la revolución de octubre (1917), el derecho empezó a destacar en el marxismo-leninismo soviético principalmente por dos motivos. El primero relacionado con la construcción de una sociedad socialista, ello exigía un estudio de la legalidad socialista. E aquí el inicio de la teoría socialista del derecho, elaborada por Stucka, Puschukanis y Vichinsky. Y en segundo lugar porque se considera al derecho como una herramienta eficaz para la lucha contra la sociedad burguesa.

Otro autor indispensable en la materia que nos ocupa es Nicos Poulantzas, éste consideraba un error la tendencia anterior de considerar al derecho como una materia atada a un principio, el económico. Si bien no entiende, como todo marxista, que el derecho pueda ser analizado en sí mismo, sí declara la especificidad de las estructuras, de la especificidad jurídica. Éste extiende la posibilidad de orientar la lucha de clases al mundo jurídico. El *quid*, dice Poulantzas es “conocer la especificidad del derecho en el sistema social burgués y conocer su funcionamiento dentro de las contradicciones sociales para así poder favorecer a la clase obrera”³.

1.1.1.3. Doctrina del Uso Alternativo del Derecho

1.1.1.3.1. Origen

La teorización del uso alternativo del derecho es relativamente reciente, la situamos en la década de los 60 del siglo pasado. Corre a cuenta de los juristas italianos, como consecuencia principalmente de dos motivos que acontecen en su país. Uno la caída del fascismo y el otro la creación de una constitución republicana democratizadora. Además vino acompañada por una actividad jurídica y jurisprudencial de ruptura con el anterior régimen. Se pretendía que en el nuevo cuerpo de leyes viniesen reflejados distintos principios propios de las diferentes fuerzas sociales que existían entonces, desacreditando el lugar privilegiado que la burguesía ocupaba y sacando a la luz las fracturas de la sociedad.

² Laso Prieto, José M. *Sobre la Teoría del Uso alternativo del Derecho*. El Catoblepas. Revista Crítica del Presente. Nº44. Octubre, 2005.p.6.

³ Pérez Luño, A.Enrique. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p.121.

Crear una “propuesta alternativa de organización de la justicia”⁴, que fue asumido como planteamiento y actitud por un sector de la magistratura italiana bajo el nombre de Magistratura Democrática. Inicialmente fue una agrupación de magistrados en mayor parte progresista, que intentaba hacer valer la nueva constitución vía judicial. Progresivamente su función se va consolidando, la interpretación jurídica cada vez tiene más lugar frente a la rigidez de la interpretación exclusiva de criterios jurídicos. Se pretende erradicar la justicia de clase imperante hasta el momento, y ello reinsertando la actividad judicial en la soberanía popular.

1.1.1.3.2. Manifestaciones

Uso Alternativo del Derecho como respuesta a la crisis política e institucional

De acuerdo con la definición inicial, se precisa para que se produzca un uso alternativo del derecho que haya una situación de crisis social, precisamente como aquella que sufren los modelos de ciencia jurídica y del derecho propios de la cultura jurídica burguesa de occidente.

Las sociedades capitalistas se encuentran en un estado convulso, repleto de tensiones y contradicciones tanto en su ámbito económico, social como político. Cada vez un mayor sector de la población cobra consciencia de la necesidad de un cambio en la dirección, en la necesidad de abandonar un sistema que persigue unos intereses minoritarios mediante la explotación de clase y que carece por completo de un equilibrio democrático entre objetivos y medios.

La crisis del derecho según el filósofo Pietro Barcellona, es consecuencia de dos factores, el primero consiste en el incremento de la demanda pública de justicia, y el segundo en una proporcional pérdida de función de los instrumentos jurídicos. De esta manera queda en evidencia ese modelo de ciencia jurídica, puesto que no responde a las expectativas sociales, lo que conlleva relegar al derecho como un instrumento de dominación de clase. Ve Barcellona en la doctrina del uso alternativo del derecho, una fórmula para “servir al proceso de emancipación de la clase trabajadora y en contra, por consiguiente, de la clase burguesa y capitalista”⁵.

⁴ Saavedra López, Modesto. *Op. Cit.* p.67.

⁵ Barcellona, Pietro; Cotturi, Guisepppe. *El Estado y los Juristas*. Ed. Fontanella, Barcelona, 1972, p.111.

Las instituciones también se encuentran inmersas en la crisis, y ello se refleja en la incapacidad que tienen para resolver las contradicciones a favor de los intereses de la mayoría, que originan la antipatía de la sociedad al ver como los aparatos del Estado son incapaces de satisfacer la demanda social. La presión de la masa popular disgustada acentuará esta crisis estructural, social y política del sistema exigiendo un cambio en el proceso de desarrollo económico y político para la consecución de un sistema social más democrático.

La Administración de justicia tampoco es ajena a la crisis, se cuestiona la adecuación entre sus principios y la realidad, así como las expectativas jurídico-materiales de los diversos sectores sociales, exigiéndosele el reconocimiento de nuevas relaciones jurídicas para equilibrar el desecho capitalista. Es necesario el cambio del rol de la Justicia. La supuesta neutralidad e independencia del juez ahora no debe tener lugar, ha de tomar partido contribuyendo a una transformación social que haga desaparecer toda contradicción.

Uso Alternativo del Derecho y economía

Que los sistemas jurídicos responden a los intereses de la clase dominante y a un determinado modelo de producción es un secreto a voces. El uso alternativo del derecho aclara que dicha relación entre estructura (la economía) y superestructura (lo jurídico) no es mecánica, es falso pensar en el derecho como un fiel reflejo de las situaciones socioeconómicas. La lucha de clases juega un papel determinante al mostrar las contradicciones entre la estructura social y económica que a su vez se plasmará también en la superestructura jurídica. Así pues “se reconoce la posibilidad de que el derecho sea también un terreno válido de la lucha de clases y no un territorio definitivamente abandonado a la dominación de la clase burguesa”.⁶

De este modo queda claro que el mundo jurídico no es simplemente un submundo de la economía. La propia historia nos muestra como en la lucha de clases entran en juego otras disciplinas sin ser estrictamente económicas: el derecho, la literatura, el arte, que en cierta medida también colaboran para la destrucción del sistema de explotación capitalista. La clase dominada ha de luchar por un

⁶ López Calera, Nicolás. *Op. Cit.* p.22.

reconocimiento a la autonomía de la superestructura jurídica, siendo conscientes de la incidencia de ésta sobre la estructura social y económica.

1.1.1.3.3. Teorización

Por un lado contamos con el criterio del ya mencionado Barcellona, quien reconoce la función política del derecho, esto es, entender al derecho no ya como un instrumento puro y objetivo de justicia, sino como un instrumento de dominación de clase puesto que es evidente la interdependencia entre relaciones jurídicas y relaciones económicas. Para éste la tarea interpretativa y aplicadora del derecho no es ni por asomo un trabajo científico u objetivo, sino que toda operación de abstracción para la construcción de los conceptos generales es una tarea manipulada por la clase dominante. El siciliano ve en el uso alternativo del derecho el freno a la ficticia objetividad científica, para ello debemos entender al sistema jurídico como un bloque de normas con ciertas fisuras producidas por la incapacidad de la ciencia jurídica de hacer frente a las luchas sociales: “con el uso alternativo del derecho no se trata de hacer la revolución con el derecho, sino de reconducir las interpretaciones jurídicas progresistas al desarrollo de las contradicciones sociales no para la supervivencia de las instituciones, sino para restituir a la clases obrera la capacidad creadora de la historia”⁷.

De otro, Ferrajoli, también detractor de que el trabajo de subsunción del hecho en la norma sea un trabajo científico o lógico. Cree este autor que el principal error radica en otorgar más relevancia jurídica a la norma en sí, que a la realidad socioeconómica. La jurisprudencia alternativa ha de rechazar esa prioridad que se le da a la norma para el conocimiento de la realidad, además ha de extraer de las normas jurídicas los criterios de valoración fácticamente relevantes que conlleven la liberación de la clase dominada. En cuanto a la apoliticidad, la imparcialidad y la independencia judicial que viene pregonando la cultura judicial burguesa, es para Ferrajoli una vana ilusión, y así lo demuestra la doctrina del uso alternativo del derecho afirmando el carácter político de la actividad judicial, ya que el juez hace inevitablemente opciones de clase, siendo la apoliticidad de éste un mero postulado ideológico. Enfatiza el florentino en la idea de no ver el uso alternativo del derecho tan sólo como la posibilidad de utilizar las lagunas del derecho burgués en beneficio de las clases

⁷ Barcellona, Pietro. *Op. Cit.* p.137.

oprimidas (la liberación de la clase trabajadora) sino como una manifestación más de la lucha de clases, que deberá ser respaldada también por las fuerzas sociales opositoras al poder de la burguesía, yendo más allá de lo estrictamente jurídico; en palabras del propio Ferrajoli “tratar de poner en lo posible al derecho y a los juristas al lado de los que no tienen poder”⁸.

La idea que ninguno de los precursores del uso alternativo del derecho ha creído jamás, es que, la revolución proletaria tenga que hacerse fundamentalmente a través del derecho. En lo que sí creen es en la creciente importancia de lo jurídico en las sociedades capitalistas, dado que sin este factor el triunfo proletario puede verse entorpecido. La lucha de clases ya no sólo consiste en la conquista inmediata de los aparatos de poder del Estado sino en el aprovechamiento de todos aquellos resquicios que, ya sea por contradicciones del sistema o bien por las conquistas de la clase trabajadora, dejan los sistemas políticos y jurídicos de las democracias burguesas.

1.1.1.3.4. Interpretación jurídica

El uso alternativo del derecho se debe en parte también a la labor interpretativa de los juristas, en esta dirección apunta la siguiente definición: “utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora; o, lo que es lo mismo, de ampliar los espacios democráticos en el nivel jurídico de una sociedad determinada. Se trataría de proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídicas alternativas a la cultura y a la práctica dominantes a fin de, sin romper la legalidad establecida, privilegiar en el plano jurídico unos determinados intereses o una determinada práctica social de aquellos sujetos jurídicos que se encuentran sometidos por unas relaciones sociales de dominación”⁹.

El uso alternativo del derecho conlleva una práctica judicial emancipadora, un uso del derecho de distinto modo al que venía empleándose predominantemente, todo ello sin alterar el equilibrio de fuentes previsto en el ordenamiento jurídico, esto es promoviendo una política jurídica permitida por éste. Pretende este uso la creación de

⁸ Ferrajoli, Luigi. *Magistratura democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*. Roma-Bari, 1973, p.106.

⁹ Saavedra López, Modesto. *Op. Cit.* p.40

instrumentos permanentes y estables que vayan más allá de la buena voluntad individual del juez, se busca sentar bases positivas que apoyen un derecho alternativo.

La práctica judicial emancipadora implica la existencia de grupos dominados. La teoría del materialismo histórico, como antes ya se expuso, es aquella que ve la sociedad como un conjunto de relaciones contradictorias, no solo ya desiguales sino antagónicas. Esta teoría será la base del discurso del uso alternativo del derecho.

Según Saavedra López existen dos presupuestos imprescindibles para que el derecho alternativo efectivamente altere la realidad social:

1- Por un lado, el presupuesto subjetivo o epistemológico, que viene a referirse a que para un uso alternativo del derecho se precisa de una interpretación alternativa del contenido del ordenamiento jurídico. Es decir, se requiere de una crítica al método jurídico del positivismo cientifista. Recordemos que este modelo rechaza de plano un uso alternativo del derecho al considerar que no tiene lugar el carácter ideológico y político en el conocimiento de las estructuras y relaciones sociales. Además, la simple contemplación de una vía alternativa es, de por sí, un atentado contra los fundamentos del Estado de derecho. Bajo este modelo, el papel del intérprete ha de limitarse a conectar con el lenguaje de la ley, ha de conocer el texto con una actitud receptiva, de forma autónoma e independiente, desprendiéndose en lo posible de su subjetividad. Consiste ello en un ejercicio de subsunción del intérprete, es decir, subsumir el caso real en el supuesto de hecho de la norma puesto que la decisión está ya prevista en el sistema. El diseño positivista le proporciona para ello una jerarquía de fuentes y una metodología concreta cuyo propósito final pasa por conseguir la independencia judicial, la autonomía de la ciencia jurídica, la separación entre el derecho y política.

Como ya vimos, con la crisis del positivismo se supera esta concepción mecánica del intérprete, todo pensamiento jurídico coincide en destacar la importancia de la jurisprudencia, de la necesidad de una interpretación y aplicación del derecho voluntarista y subjetivista. Se hace imprescindible dicha interpretación como consecuencia del lenguaje normativo: ambiguo, flexible y contradictorio. Se precisa que en la búsqueda y fijación del sentido de la norma aplicable, el proceso esté dirigido de una previa comprensión de las posibles soluciones por parte del intérprete, ahora su subjetividad, prejuicios y su tradición tendrán una naturaleza constitutiva, reconociéndose entonces el carácter político de la ciencia del derecho. Los principios

generales del derecho, la equidad, la analogía son algunos de los cauces jurídicos mediante los que la ideología del intérprete puede transmitirse.

Tenemos que hacer referencia ahora a dos principios, el de legalidad y seguridad jurídica, que tradicionalmente han sido proclamados por aquellos que creen en la irresponsabilidad política del intérprete de la ley. El primer principio no debe significar que cuando por primera vez se interpreta un texto, esta interpretación permanezca inalterable, nada impide que pueda darse una nueva interpretación siempre que estén dentro de las posibilidades ofrecidas por el proyecto normativo. Respecto al segundo principio, éste no puede significar la defensa absoluta de la tradición frente a interpretaciones divergentes, ya que éstas pueden desembocar en intereses más justos o compartidos.

En conclusión, lo que se ha de tener en cuenta no es si un juez debe o no ser neutral, sino con qué efectos o en que dirección deja de ser neutral, además de que legalidad puede y debe realizar. Ferrajoli ejemplariza perfectamente esta cuestión, “también aquellos jueces que sostienen que la función judicial debe ser apolítica, hacen política en el ejercicio de sus funciones, consiente o inconscientemente; y que por lo tanto, el compromiso deontológico de la apoliticidad del juez es, en realidad, un postulado ‘ideológico’ detrás del cual se esconde una determinada política de la justicia”¹⁰.

2- De otro, el presupuesto objetivo, que consiste en dotar al derecho de autonomía y a la práctica jurídica adecuarla al conjunto de relaciones estructurales. Se ha de abandonar el ideal marxista de concebir el derecho como engaño de las clases dominadas, y el Estado como instrumento represor de la clase dominante. De esta manera conseguiríamos un derecho con sustantividad propia y unos efectos específicos.

Como ya se apuntaba, el uso alternativo no implica una concepción del derecho como una instancia manipulable a gusto del intérprete. La comprensión previa del operador jurídico, a la que antes también se hacía mención, choca necesariamente con las limitaciones impuestas en el deber-ser de la superestructura jurídica. Se requiere pues una ciencia del derecho que apueste por el enlace entre normas jurídicas y estructuras sociales, que elabore categorías que permita la unión entre superestructura y

¹⁰ Ferrajoli, Luigi. *Op. Cit.* p.145

sociedad, que analice la función de las instituciones jurídicas respecto a la distribución real de poderes en la sociedad.

El propio sistema mostrará las medidas de posibilidad, se reconocerá a sí mismo como un conjunto con fracturas que admite construcciones jurídicas que promuevan intereses excluidos. Se precisará pues, un estudio de las posibilidades alternativas que ofrece cada sistema jurídico. Además del sistema, es preciso que se sume una presión política y social para así conseguir una democratización real del derecho y de la práctica jurídica.

Si bien es cierto que con la jurisprudencia no se puede obtener una transformación de la sociedad, ésta si consigue crear parcelas de poder a ciertos sectores que se encuentran en desventaja social. Con el uso alternativo del derecho, partiendo de la base que la superestructura del sistema jurídico es autónoma y contradictoria, la práctica jurídica puede contribuir a la emancipación de clase, a crear parcelas legales de organización política y sancionar jurídicamente conductas rupturistas de una formación social.

Para el éxito de lo alternativo, según el mismo autor, sería oportuno poder gozar de una teoría del derecho y del Estado dialéctica, coherente con una práctica auténticamente revolucionaria. Es una falacia la creencia de que a través de las instituciones del Estado capitalista, con la manipulación desde el interior del derecho se pueda conseguir la emancipación política, económica y social de la clase trabajadora. “El derecho está orgánicamente ligado a unas estructuras socioeconómicas determinadas y, como dijo Marx, no puede ser nunca superior a ellas”¹¹. Por ello la solución pasa por transformar esas estructuras y no precisamente con la vía judicial, que según éste por sí solas están destinadas a ser engullidas por el sistema. Esa transformación debe ir acompañada por una reforma a la totalidad, una reforma del aparato del Estado en su conjunto.

Bajo esa premisa, lo revolucionario en una formación social no es lo jurídico, sino lo político. Es mediante este nivel que la lucha de clases tiene lugar, de esta manera el uso alternativo del derecho ejerce la tarea de crear condiciones favorables para eliminar los obstáculos que impiden que las masas sean dueñas de sí mismas, en

¹¹ Pérez Luño, A.Enrique, *Op. Cit.* p.99.

definitiva “la ampliación de la democracia a todos los niveles para acabar con las contradicciones de clase y sus manifestaciones jurídicas”¹².

1.1.1.3.5. Práctica judicial

El éxito de una práctica judicial alternativa se basa en hallar los principios informadores que forjan la organización política de una sociedad y a posteriori establecerla jurídicamente. Sucederá que colisionaran las diferentes posibles políticas del derecho que convivirán en un mismo ordenamiento jurídico, y será el intérprete quién se deberá decantar hacia una u otra alternativa mostrando su tendencia modificativa (alternativa), o bien conservadora, como hasta ahora venía siendo.

Nos valdremos de Andrés Ibañez, magistrado del Tribunal Supremo, para definir el uso alternativo en referencia a la actuación judicial del derecho como, “actitud decididamente orientada por vía interpretativa a la ampliación de los posibles espacios democráticos del ordenamiento jurídico, que se proyecta críticamente sobre el actual modo de inserción del Poder Judicial en el aparato del Estado y se articula en una serie abierta de proposiciones para la reforma orgánica y la actuación concreta”¹³.

Es preciso repasar brevemente el papel del Poder Judicial en la época liberal para luego poder compararlo con el rol actual. Aquel Gobierno tenía entonces la función de elaborar y aplicar las leyes que rejían las relaciones entre individuos y los entes públicos con el propósito de establecer un marco ideal para la economía. Con este panorama la justicia debía ser comedida y ajustarse a aquellas reglas ya establecidas que eran acordes con el modo de producción capitalista. La sociedad representaba la autonomía privada; el Estado apenas intervenía limitándose a crear leyes funcionales y velando para que el individuo pudiera desarrollarse libremente. El Poder Judicial, sometido al imperio de la ley, se entendía como una institución independiente, garantista, al servicio de los individuos iguales todos ellos en derechos. Con el Estado liberal la realidad política cambia profundamente, éste en su transformación como empresario invade la parcela reservada a la sociedad civil. El esquema clásico de separación de poderes queda entonces obsoleto, tan solo servible como esquema organizativo.

¹² Saavedra López, Modesto. *Op. Cit.* p.60.

¹³ Andrés Ibañez, Perfecto. *Op. Cit.* p.67.

En la actualidad la Ley sigue teniendo un papel destacado, casi omnipotente, afectando de lleno a la organización política. Así el Poder Judicial queda relegado a la función de viabilizar y cubrir jurídicamente la represión, o como apuntaba el magistrado italiano Senese para la “inducción del consenso en torno a los valores de la clase dominante, la de actuar, en suma, también como aparato ideológico”¹⁴. Así pues, la magistratura sigue siendo institucional y prácticamente un poder de este Estado que a la vez también ejerce de empresario.

En definitiva, los principios clásicos como el de separación de poderes e independencia de la magistratura, aunque ideológicos, no deberían jamás caer en el olvido ya que dan lugar a diferentes actuaciones, como lo es la búsqueda de la transformación democrática de la sociedad mediante la práctica alternativa del derecho.

La actividad judicial alternativa de la magistratura ha de superar ciertos obstáculos que Andrés Ibañez distingue en dos planos. En el marco político-institucional el primer problema que se le plantea al Poder Judicial es el de su naturaleza contradictoria. Por definición hablamos de un poder autónomo, apolítico, pero en realidad es una institución del Estado de la que recibe constante influencia. Así, la organización judicial tiene un elevado condicionamiento político pues, dice el autor, el ejecutivo goza de facultad discrecional para seleccionar funcionarios a su conveniencia.

Así, la Magistratura aparece como un cuerpo jerarquizado, a cuyo vértice se accede a través de una serie de filtros. Éste tiene principalmente la función de homologar y reducir los criterios de los inferiores y de control de los jueces en su actividad profesional y extraprofesional.

El Ministerio Fiscal que hipotéticamente es imparcial e independiente, recibe indudablemente la influencia del Poder Ejecutivo como consecuencia de la fungibilidad de sus miembros y porque se rige por los principios de unidad y dependencia lo que conlleva que el ejercicio de la acción pública quede sujeto por el Tribunal Supremo.

También la Policía Judicial, que teóricamente atiende como instrumento auxiliar de la magistratura para la lucha contra la delincuencia, no ejerce como tal y gran parte de culpa la tiene el hecho del desdoblamiento que padece, es decir, policía judicial y

¹⁴ Senese, Salvatore. *Justicia internacional, cooperación y derecho de los pueblos*. Jueces para la Democracia. Información y Debate. 1990. p.49.

policía institucional son el mismo cuerpo pero que obedecen orgánicamente a sus superiores administrativos lo que comporta que inevitablemente entren en conflicto ambas dependencias.

A modo de conclusión, nos valdremos de la opinión del antes referido Senese, éste pone de relieve la separación a la que el aparato judicial viene siendo sometido, representando una zona de poder aislada que difícilmente pueda entrar en contacto con la sociedad. Así se organizó el Poder Judicial porque así le convenía a la sociedad burguesa, lejos del pueblo igual a mayor influenciabilidad del aparato por parte del Estado. “Si el Poder Judicial ha de ser la última y definitiva de las garantías democráticas, antes debe emprender un camino de amplias reformas en su configuración, entre otras imprescindible el uso alternativo del derecho y su consecuente contradicción con quien ostenta el poder”¹⁵.

El otro plano al que Andrés Ibañez hace referencia es el de la función judicial en su práctica concreta o crítica al modo tradicional de concebir el ordenamiento, que condiciona a la vez el quehacer práctico o técnico-jurídico. Nos remitimos aquí a lo expuesto anteriormente, pues esta crítica guarda una línea coincidente a la explicada supra en referencia a que los partidarios del modelo tradicional parten de la idea de imparcialidad del Estado y de la neutralidad del derecho, considerando al juez como un fiel aplicador de la ley del estado que tan sólo se limita a realizar una actividad estrictamente técnica, sin lugar alguno para la subjetividad de éste. Recuérdese, ello respondía a la necesidad de ordenación de la sociedad de acuerdo con las exigencias del modelo de producción capitalista, se veía facilitada esa labor con una normativa fundada en los principios de unidad del ordenamiento y generalidad de ley, y con una función judicial fiel a la aplicación del derecho positivo sin arbitrio alguno del intérprete.

En otro orden de cosas, todo ordenamiento jurídico que se precie como tal, debería reunir al menos estas tres características:

- 1- La completud se da en aquel Estado que ostenta el monopolio de la actividad legislativa, de lo contrario se produciría una indeseable pérdida de hegemonía.

¹⁵ Senese, Salvatore. *Op.cit.* p.52.

- 2- Dotar al ordenamiento de coherencia es evitar lo que Bobbio denominó *antinomias de principio*¹⁶, y así gozar de un sistema sin normas incompatibles. Se consigue esto acudiendo a ciertos principios informadores que pueden responder a diversas y contradictorias políticas de derecho, con lo que de nuevo entra en juego lo político y la consecuente actividad del intérprete.
- 3- También la certeza, que según Scarpari¹⁷ está seriamente comprometida, puesto que hay una imposibilidad del conocimiento de las leyes por parte de los ciudadanos, es, dice, un mito irrealizable. Ello responde a diferentes motivos, entre los cuales destaca la hipertrofia legislativa, la generalidad y abstracción de la ley, la preeminencia del poder ejecutivo sobre el resto, y la proliferación de disposiciones individuales y concretas.

Ante un ordenamiento jurídico que dista de ser un conjunto armónico y coherente surge de nuevo la figura decisiva del juez. Éste se encontrará ante diversas opciones interpretativas, pero podría decantarse por negar cualquier tipo de interpretación, limitándose a pronunciar aquello que dicta la ley, o lo que es lo mismo adherirse a los valores políticos e ideológicos dominantes. O podría también barajar las distintas opciones a interpretar y tomar partido realizando un ejercicio de superposición de lo legal y de aquellos valores personalmente aceptados.

Esta última postura no significa que se haya de invadir las competencias del legislador, ni que el intérprete haya de recaer en juicios arbitrarios. Se trata entonces de poner en tela de juicio aquella jurisprudencia que por el hecho de ser acorde con la ideología imperante se homologaba sin más, y apostar por una jurisprudencia válida, debidamente fundamentada, pero que defiende una política minoritaria. Ésta será una jurisprudencia alternativa cuyo éxito será plausible si es recibida e impulsada por la sociedad.

Según Andrés Ibañez aquello que el uso alternativo del derecho pretende es “abrir el derecho a los esfuerzos que por la transformación democrática se dan en las otras esferas de la vida social y reconvertir críticamente a este proyecto los propios

¹⁶ Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid. 1991. pp. 27 y 28.

¹⁷ Scarpari, Giancarlo. *La Democrazia Cristiana e le leggi eccezionali*. Milan. 1977. p.82.

instrumentos jurídicos, mediante una clarificación de su auténtico significado que exige poner de manifiesto la función ideológica que fatalmente están llamados a desempeñar”¹⁸.

Partiendo de la base que el sistema jurídico tiene ciertas incoherencias, la práctica jurídica alternativa ha de tratar de paliar esas contradicciones mediante principios progresivos que, junto a la presión de la calle, la mala conciencia del legislador y las cada vez más influyentes doctrinas internacionales, darán lugar a nuevas interpretaciones legítimas y más democráticas.

Los detractores del jurista alternativo denuncian que éstos siembran al sistema de contradicción, inseguridad, duda. También es cierto que éstos omiten que los mencionados sentimientos siempre han existido, pero que anteriormente el derecho se ocupaba en negar mediante una práctica judicial integradora.

Lo que es innegable es que tanto detractores como partidarios politizan, en uno u otro sentido, así “frente a una negación de la evidencia que se reputa interesada, se postula la asunción crítica de aquélla en toda su amplitud por un juez consciente de las dimensiones políticas de su función y empeñando en una actividad profesional potenciadora de los valores democráticos del ordenamiento, frente al tradicional arquetipo del que, creyéndose por definición apolítico, sirve en la práctica a una determinada política del derecho, a la que se niega carácter parcial porque se afirma desde el poder como la única válida, como la única”¹⁹.

¹⁸ Andrés Ibañez, Perfecto. *Op. Cit.* p.83.

¹⁹ *Ibid.* p.86.

1.2. El pluralismo jurídico y la expansión espacio-temporal de los sistemas jurídicos.

1.2.1. Introducción

La presente sección tiene como objetivo principal analizar el concepto de pluralismo jurídico. En primer lugar haremos mención a sus inicios, remontándonos al antecedente del que parte y ver qué relación guarda con éste. Seguidamente se verán los principales tipos de pluralismo jurídico, primeramente atendiendo a su temporalidad y acto seguido a su entidad o autonomía. Para un mayor entendimiento del concepto, resulta interesante conocer cuáles son sus críticas, desde la propia definición de derecho, pasando por su afán expansivo, a la independencia de la que carece respecto al derecho monista. Especial importancia tiene el punto quinto, dónde se intenta sacar a relucir cuál es la conexión entre pluralismo jurídico y el derecho alternativo, siendo éste último el objeto principal de este trabajo. Finalmente expondremos cuáles son los principales cauces mediante los que se manifiesta.

Mediante una interpretación gramatical del término, nos podemos aventurar a decir que nos encontramos ante la existencia en un mismo espacio de más de un derecho. Esta simple afirmación encierra un profundo debate doctrinal en el cual ahondaremos, y que se acentúa aún más si se observa desde el prisma de la cultura jurídica europea dónde el modelo liberal se dedicó fervorosamente en proclamar un único sistema jurídico, un sistema monista.

1.2.2. Del monismo al pluralismo jurídico

Resulta imprescindible antes de abordar las vicisitudes del pluralismo jurídico, iniciar este estudio deteniéndonos en la que es nuestra herencia, y que a día de hoy aún perdura impregnando nuestro sistema jurídico y político, el monismo jurídico.

De manos del liberalismo se difunde la idea de que cada nación ha de tener un único sistema jurídico, es decir, que la creación del derecho esté en manos de un solo órgano estatal que producirá normas para el conjunto de la población. Con ello se dota al sistema de seguridad jurídica, si existe un único ordenamiento jurídico promulgado por un soberano único se impide que el sistema se desorganice y entre en conflicto.

Entre los principales teóricos precursores de esta corriente, destacamos tres autores. Repasemos brevemente cuales fueron sus principales fundamentaciones²⁰:

- Por un lado Hobbes²¹, ante la situación caótica que conlleva el estado de naturaleza, lugar de recursos escasos y dónde el humano ha de luchar constantemente para la obtención de su seguridad, éste aboga por el pacto de unión civil, donde el único derecho válido será aquel que es creado por el Estado, siendo exclusivamente éste ente quién ostenta los poderes de crear derecho, de juzgar y ejecutar mandatos legales y coercitivos.
- Otro destacado autor fue Locke²², a diferencia del anterior éste cree que el estado inicial de naturaleza es un espacio ideal regido autosuficientemente por la ley natural. Este estado se corrompe cuando surgen individualidades, egoísmos que generan confusión y desorden, para evitarlo se ha de lograr un consenso entre los individuos en el que renuncian a su parcela de poder y la ponen al servicio del ente político para que éste ejecute la ley, naciendo entonces el estado civil. De esta manera y en la misma línea que Hobbes, el Estado ostentará el poder creador del derecho siendo el único capaz de producirlo.
- También capital es la aportación de Kelsen²³ que identifica Derecho y Estado. El Estado es el soberano, el único con poder creador de un ordenamiento jurídico quedando excluido cualquier otro tipo de sistema normativo. El positivista ve al ordenamiento jurídico como un sistema de normas jerarquizado, en forma piramidal, creado por un conjunto de instituciones mediante un procedimiento previamente establecido en una norma fundamental, en una Constitución.

Esta línea jurídica que ocupó el pensamiento político occidental durante el siglo XIX y parte del XX, no tardó en encontrarse con diversos detractores, entre ellos la corriente del pluralismo jurídico que nace como reacción frente al exceso del formalismo, legalismo y logicismo del positivismo jurídico. Para éstos queda patente la incapacidad de la ciencia jurídica tradicional para explicar los fenómenos jurídicos contemporáneos, se denuncia principalmente que resulta innegable el hecho de que “al

²⁰ Pérez Luño, A. Enrique. *Teoría del derecho: Una concepción de la experiencia jurídica*. Tecnos. Madrid. 2010. p.43

²¹ Hobbes, Thomas. *Leviatán*. Editorial Nacional. Madrid. 1983.

²² Locke, John. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Espasa-Calpe. Madrid. 1991.

²³ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Coyoacan. México. 2013.

lado del derecho oficial o estatal existen otros derechos o sistemas jurídicos que tienen su fuente de producción en los hechos de la sociedad, en la realidad de los colectivos sociales, y que, conviven con el derecho oficial en una suerte de derecho vivo, derecho social o derecho alternativo”²⁴. El monismo oscurece el hecho evidente de que dentro de los Estados modernos coexisten diversos ordenamientos jurídicos y niega la posibilidad de su consecución, por todo ello el pluralismo jurídico servirá de herramienta para hallar un derecho que no se reduzca al derecho estatal y escape del “paradigma convencional”²⁵ que suponía la ciencia jurídica tradicional.

1.2.3. Tipos de pluralismo jurídico

1.2.3.1. Clásico y moderno

Pluralismo jurídico clásico

Se podría determinar que el origen práctico del pluralismo jurídico tiene lugar con la colonización europea llevada a cabo en América Latina desde el siglo XV. En ella se lleva a cabo una imposición del derecho del colonizador a los pueblos o naciones sometidas. Así el trasplante de las instituciones jurídicas occidentales a los contextos coloniales es visto como una necesidad gubernamental, solo de este modo se lograría el abandono del salvajismo y la construcción de la civilización. Si bien se admite que las comunidades indígenas conserven sus usos y costumbres, su existencia queda condicionada en la medida que no contradigan los valores y principios fundamentales del derecho oficial, en realidad “la concepción modernista del derecho llevó a una gran pérdida de experiencia y práctica jurídica y, de hecho, legitimó un juricidio masivo, esto es, la destrucción de prácticas y concepciones jurídicas que no se ajustaban al canon jurídico modernista”²⁶.

La convivencia de la práctica jurídica autóctona sobreviviente y el derecho colonial dan lugar a un pluralismo jurídico inicial, el cual Engle Merry denominará “pluralismo jurídico clásico”²⁷, cuyo objetivo principal radicará en el estudio de la coexistencia entre estos dos tipos diferenciados de derechos en un mismo espacio, de

²⁴ Ehrlich, Eugene. *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Marcial Pons. Madrid. 2005. p.42

²⁵ Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta-ILSA. Madrid-Bogotá. 2009. p.279

²⁶ *Ibid.* p.47

²⁷ Merry, Selly Engle. *Legal Pluralism*. Law and Society Review. Vol.22. Núm.5. 1988. p.869

cómo estos compiten y de determinar de que grado de autonomía gozan. Para desgracia de los autóctonos, se hace patente que aquel derecho previo del que gozaban, queda relegado a ocupar un papel de derecho consuetudinario.

Pluralismo jurídico moderno

El actual modelo de pluralismo jurídico supera ya el estudio de la coexistencia del derecho colonial con los sistemas jurídicos tradicionales, centrándose ahora en “la presencia de órdenes normativos dentro de los confines de un mismo Estado”²⁸ y que “responde a la convivencia de múltiples y diferentes esferas jurídicas como consecuencia de la fragmentación de los estados nacionales; así la coexistencia se produce entre reglas locales, comunitarias, regionales, nacionales, transnacionales e internacionales o estatutos jurídicos de minorías reconocidas”²⁹.

Así pues, independientemente de que tenga un pasado colonial o no, en toda sociedad se hallan necesariamente atisbos de pluralismo jurídico, así “el pluralismo jurídico es un hecho. El centralismo jurídico es un mito, una idea, un reclamo, una ilusión”³⁰.

El nuevo pluralismo jurídico rechaza de plano la idea de que el derecho sea exclusivamente una producción del Estado, ataca el hecho de que todo derecho haya de ser aplicado por operadores jurídicos especializados, en definitiva desacredita una visión legalista del ordenamiento jurídico, dando lugar a otras formas de producción jurídica que no tienen por qué identificarse con el derecho estatal.

Son diversas las manifestaciones de esta incipiente visión del derecho. En el contexto europeo del siglo XX podemos destacar diversos movimientos que teorizan al respecto: “la Jurisprudencia de Intereses, la Escuela del Derecho Libre, el Movimiento del Realismo Jurídico, el movimiento del Uso Alternativo del Derecho o la Critical Legal Studies”³¹.

1.2.3.2. Débil y fuerte

²⁸ Merry, Selly Engle. *Op. Cit.* p.875

²⁹ *Ibid.* p.892

³⁰ Griffiths, J. *What is legal pluralism?* Journal of Legal Pluralism. N°24.1986.p.4

³¹ Arnaud, André-Jean; Fariñas Dulce, M. José. *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico.* Madrid. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1996. p.79

Partiendo ahora de la premisa de que el pluralismo jurídico es una realidad, se genera un debate en torno a la posibilidad o no de la existencia de pluralismo jurídico dentro de un mismo sistema. Hallamos principalmente dos perspectivas al respecto:

Pluralismo jurídico débil

El pluralismo jurídico no se puede producir en un mismo sistema, puesto que el pluralismo jurídico es una propiedad de un campo social y no de un sistema jurídico concreto.

Se ha de tener en cuenta que la expresión “pluralismo jurídico” paradójicamente no siempre guarda un sentido opuesto al monismo jurídico o al derecho estatal. Es más, existen diferentes formulaciones, podríamos decir pro estatistas, que abogan por el monopolio jurídico estatal.

En este sentido, por un lado nos encontramos ante el pluralismo “vertical” que propone Pospisil, cuya tesis, de base antropológica se basa en diferentes niveles jurídicos ordenados jerárquicamente, la cual cosa compatibiliza con una concepción monista del derecho³². Por otro, pluralismo “horizontal” que desde la teoría de los campos sociales semi-autónomos es señalada por Sally F. Moore, quien afirma que en la interrelación de diversos grupos y organizaciones sociales que no son totalmente autónomos ni están jerarquizados pueden coexistir en un plano horizontal, la cual cosa no afecta al papel central y jerárquicamente superior del derecho estatal³³.

En ambas teorías se advierte una ideología jurídico centralista, se asume un concepto de pluralismo jurídico legitimador del sistema jurídico dominante, ya que se reconoce la autoridad de un soberano que dará validez o no a las distintas formaciones jurídicas dentro del mismo derecho estatal. Por ello, Griffiths³⁴ tilda a este tipo de pluralismo jurídico de “débil”, que a la vez sirve para distinguirlo de otro tipo que el autor denomina “fuerte”.

Pluralismo jurídico fuerte

³² Fariñas Dulce, M. José. *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm.7, 2ªed., Monte-Dykinson. Madrid. 2006. p.34

³³ *Ibid.* p. 35

³⁴ Griffiths, J. *Op.cit.* p.8

Otros autores consideran que, sin lugar a dudas, el pluralismo jurídico puede llegar a producirse tanto dentro de un sistema como fuera de él. Si el pluralismo jurídico es “la coexistencia simultánea de varios sistemas jurídicos divergentes en un mismo espacio sociopolítico”³⁵ para esta parte de la doctrina, el *quid* radica en establecer cuándo se está en presencia de una misma situación y cuando no, para ello Benda-Beckmann recomienda acudir a un examen analítico para descubrir cuando una práctica guarda similitud o diferencia. Así este autor denomina al pluralismo jurídico como una “situación en la que existen reglas jurídicas distintas que son aplicables a una misma situación, y que pertenecen a un mismo sistema”³⁶.

En este pluralismo se da cuenta de las múltiples formas descentralizadas de organización jurídica de la sociedad fuera del control estatal. Éste tiene lugar cuando se constata la existencia dentro de un mismo grupo social de distintos órdenes legales, “en donde la existencia de un orden legal separado conlleva la existencia de una regla de reconocimiento distinta: esto es, los órdenes legales separados no son reducibles uno al otro”³⁷ originándose una organización jurídica distinta a la ideología del centralismo jurídico.

Otra forma de concebir al pluralismo jurídico es la defendida por los autores Arnaud y Fariñas, si bien rechazan de la misma forma que los anteriores la reducción del derecho al derecho estatal, se desmarcan al catalogar al Estado como “un grupo social más que crea derecho”³⁸. Para ello asumen la existencia de diferentes sistemas jurídicos que conviven con el derecho estatal, “polisistemia simultánea”³⁹ es como denominará Arnaud al encuentro de varios sistemas jurídicos divergentes en un mismo tiempo y lugar. Realiza también una distinción entre “sistemas de derecho”, esto es normas jurídicas identificadas con el derecho estatal, y “sistemas jurídicos” que son las normas que coexisten paralelamente produciendo normas y resolviendo conflictos, y que establecerán formas alternativas a la regulación jurídica estatal.

1.2.4. Críticas al pluralismo jurídico

³⁵ Fariñas Dulce, M. José. *Op. Cit.* p. 31

³⁶ Benda-Beckmann, Franz. *Who's afraid of Legal Pluralism?* Journal of Legal Pluralism. 2002. p.39

³⁷ Griffiths, J. *Op. Cit.* p.39

³⁸ Arnaud, André-Jean; Fariñas Dulce, M. José. *Op.Cit.* p.89

³⁹ *Ibid.* p.250

El pluralismo jurídico no es un concepto pacífico, junto a los autores precursores vistos hasta el momento, hemos de hacer mención también a aquellos otros que mantienen una postura crítica de esta corriente. La crítica que se hace al pluralismo jurídico, como así destaca Bonilla⁴⁰, se manifiesta principalmente en dos frentes:

1. En referencia a la definición de derecho:

a) Vaguedad del concepto de derecho que defienden los pluralistas jurídicos.

El pluralismo jurídico carece de un concepto claro de del derecho, la cual cosa comporta la debilidad de su teoría jurídica.

b) Desvirtuación de los límites entre lo jurídico y lo social como consecuencia de la vaguedad del término.

El pluralismo jurídico supone indebidamente que el derecho es un fenómeno que se puede encontrar no sólo en otras sociedades sino también en distintos grupos sociales dentro de un mismo Estado. Para apoyar esto debería “establecer criterios adecuados que permitan distinguir lo jurídico de las demás formas normativas presentes en la sociedad”⁴¹, puesto que se corre el riesgo de que todo ordenamiento normativo podría legítimamente calificarse como un ordenamiento jurídico y por tanto, la categoría “derecho” perdería toda utilidad analítica.

c) Dependencia conceptual de las definiciones pluralistas de derecho respecto del derecho estatal.

Las definiciones de derecho que ofrecen los pluralistas se han visto limitadas por el concepto de derecho que pretendían superar. Sus definiciones quedan supeditadas a las características y propiedades del derecho estatal: ya sea en cuanto a su función (control social), como a su esencia (derecho entendido como la identificación y aplicación institucionalizada de normas y la existencia de patrones concretos de orden social).

d) Promoción insuficiente del concepto de derecho del pluralismo jurídico que conlleva a su marginalidad.

Se denuncia también, que el escaso tratamiento del concepto de derecho que lleva a cabo esta corriente (que como se menciona anteriormente adolece de vaguedad y dependencia) comporta un detrimento de los intereses de esta doctrina. En este sentido,

⁴⁰ Bonilla, Daniel; Ariza, Libardo. *El pluralismo jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*. Estudio Preliminar. En Pluralismo Jurídico, Brian Tamanaha, Sally Engle Merry and John Grigffiths, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes- Instituto pensar, 2007. p.26

⁴¹ Santos, Boaventura. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Bogotá. 1991. ILSA. p.64

Tamanaha dice: “en los órdenes normativos sociales el término derecho no debería ser empleado porque el orden normativo que describen se diferencian más que asemejan al derecho estatal. Aunque los pluralistas jurídicos pueden seguir denominando a este fenómeno derecho, los beneficios de hacerlo no son obvios”⁴².

2. El otro frente abierto, es que se cuestiona el carácter expansivo del pluralismo jurídico.

La ampliación del dominio de lo jurídico, es decir, el hecho de calificar a un sistema normativo como jurídico no solo evidencia “la carencia de una definición adecuada de los principales términos utilizados por la corriente pluralista –derecho, orden normativo, sistema jurídico- sino que plantea, además, la problemática extensión del discurso jurídico a otras esferas sociales”⁴³. De este modo se hace un flaco favor al mundo social, puesto que diseccionándolo a modo de parámetros jurídicos lo único que se consigue es extender al derecho por todo el tejido social y marginar su autonomía.

Por otro lado, De Sousa Santos realiza una crítica a la concepción moderna del derecho, poniendo de relieve aquellas debilidades que según él guarda este derecho:

- 1- Primeramente, el derecho como monopolio del Estado y como construcción científica. Ante esa realidad propone el autor una concepción fuerte de pluralismo jurídico, esto es, mostrar que la concepción modernista del derecho ocasionó una mutilación sin precedentes, procediendo a la destrucción sistemática de todo producto jurídico que no se ajustara al canon modernista.
- 2- También cuestiona la despolitización del derecho a través de la distinción entre Estado y sociedad civil. Sugiere Santos que la relación Estado-Sociedad se extrapole a diferentes espacios estructurales (doméstico, mercado, comunidad, ciudadanía) “que pueden ser todos politizados, y por lo tanto convertirse en conductos para liberar a la política de su confinamiento en el Estado y la sociedad política”⁴⁴.
- 3- Por último, respecto a la concepción del derecho como principio e instrumento universal de la transformación social políticamente legitimada,

⁴² Tamanaha, Brian. *La insensatez del concepto “científico social” del pluralismo jurídico*. Bogotá. 2006. Universidad de los Andes. Instituto Pensar, Siglo XX editores. P. 225

⁴³ Bonilla, Daniel; Ariza, Libardo. *Op. Cit.* p.31

⁴⁴ Sousa Santos. *Op. Cit.* p.48

pretende el autor que se produzca una emancipación del derecho de manos de los grupos y clases socialmente oprimidos, puesto que éstos, en su lucha, recurren a diferentes formas de derecho “fuera de los límites del derecho oficial moderno, movilizándolo diversas escalas de legalidad (locales, nacionales y globales) y construyendo alianzas translocales o incluso transnacionales”⁴⁵.

Con todo, la concepción posmoderna del derecho que propone Santos se caracteriza por el potencial de emancipación social de los grupos oprimidos, y lo hace mediante dos notas básicas: el pluralismo jurídico y la interlegalidad. La noción Estado-derecho queda superada por un incipiente campo jurídico plural, donde múltiples legalidades operan en diferentes espacios-temporales y a escalas locales, nacionales y transnacionales.

1.2.5. Pluralismo jurídico y derecho alternativo

Llegados a este punto, es preciso examinar la relación existente entre la corriente analizada hasta el momento y el derecho alternativo, pues en cierta manera son dependientes, siendo la primera el marco jurídico a través del cual se formulan los segundos. Así podríamos definir lo alternativo como “aquella práctica o procedimiento de derecho propuesto o elegido deliberadamente por aquellos sujetos que han establecido un vínculo entre ellos, fuera de la esfera de regulación del derecho en vigor que sería normalmente aplicable a esta relación. Estos fenómenos pueden ser considerados como aspectos del pluralismo jurídico; esto es lo que en términos sistémicos, se describe como la presencia de subsistemas en el interior de un mismo sistema jurídico -y hasta en el interior de un mismo sistema de derecho-”⁴⁶.

El derecho alternativo según Wolkmer⁴⁷, puede generarse principalmente a través de dos vías:

- 1- Prácticas legales institucionales de producción alternativa dentro del derecho oficial.

⁴⁵ Sousa Santos, B. *Crítica a la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia: para un nuevo sentido común: La ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Vol.1. Desclechee de Bruwer, Bilbao, 2003. p.51

⁴⁶ Arnaud, André-Jean; Fariñas Dulce, M. José. *Op.Cit.* p.287

⁴⁷ Wolkmer, A.C. *Pluralismo jurídico. Fundamentos para una nueva cultura jurídica*. Mad. Sevilla. 2006. p.247

Se habla aquí de procedimientos alternativos institucionalizados que potencialmente pueden ser utilizados, explotados y apropiados por los nuevos sujetos sociales para reivindicar derechos adquiridos y reconocidos por el derecho oficial, tales como:

- a) prácticas reconocidas oficialmente: la conciliación, la mediación, el arbitraje, los juzgados especiales o justicia de paz.
- b) el uso alternativo del derecho, al forzar el marco formalista del derecho estatal hacia una interpretación judicial favorable a los sectores más pobres y oprimidos.

2- Prácticas o mecanismos jurídicos no institucionales fuera del sistema jurídico estatal.

Con estos se rompe con el paradigma jurídico monista, recurriendo a prácticas no institucionalizadas de producción jurídica y solución de conflictos paralelas al derecho estatal. Se trata de prácticas autogestionarias alternativas que fomentan una cultura jurídica plural, en definitiva, pluralismo jurídico.

Paralelo ha este modelo de producción de alternatividad jurídica que propone Wolkmer, hallamos otra clasificación propuesta por Garzón López⁴⁸ donde se examinan los distintos niveles de conexión entre derecho alternativo y pluralismo jurídico. Ésta se divide en:

1- Derecho alternativo de vocación monista.

Con el menor grado de pluralismo jurídico, estamos ante un movimiento que pretende sustituir el derecho estatal por otro derecho, también de base monista. Este tipo de derecho alternativo es por el que apuestan algunos movimientos sociales y políticos que se encuentran en situación de desigualdad y exclusión social. Este alternativismo tiene una naturaleza política, ya que tiene como objetivo primordial disputarle la hegemonía al sistema dominante, en palabras de Correas estamos ante un “sistema alternativo subversivo”⁴⁹.

Este tipo de derecho suele vincularse con movimientos revolucionarios o de liberación nacional que pretenden cambiar un antiguo régimen opresor por otro de liberación nacional.

⁴⁸ Garzón López, Pedro. *Pluralismo jurídico y derecho alternativo: dos modelos de análisis*. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº16. 2012. p.242

⁴⁹ Correas, Oscar. *Pluralismo jurídico y teoría del derecho*. Derechos y libertades. Nº5. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid. 1995. p.226

Actualmente, este tipo de movimientos están a la orden del día: la revolución conocida como la primavera árabe, que en su paso por Egipto supuso la caída de Mubarak; los continuos altercados contra el gobierno de Maduro en Venezuela; o el conflicto surgido en Crimea que provocó el exilio de su Presidente Yanukóvich y que a día de hoy ha degenerado en una grave crisis nacional e internacional.

2- Derecho alternativo transitorio.

De naturaleza social, este derecho va a caballo entre un uso alternativo del derecho y derecho alternativo, juega en las dos modalidades jurídicas como medios para lograr la eficacia de sus necesidades materiales, se vale de herramientas operativas propias del derecho estatal y, al mismo tiempo, utiliza también prácticas jurídicas informales calificadas como ilegales por aquéllos.

Los sujetos colectivos crean derechos diferentes al estatal para satisfacer necesidades básicas, bienes primarios que el marco formalista del derecho estatal no alcanza a proporcionar. Es característico de grupos marginados socialmente.

Se denomina a esta clase de derecho alternativo “transitorio”, esto responde a la idea de que la alternatividad irá diluyéndose o desapareciendo a medida de que se satisfagan los derechos o necesidades básicas por la que se originaron. En efecto, “este derecho no pretende sustituir al derecho oficial ni excluirlo, por el contrario, su finalidad es desaparecer en tanto desaparezcan también los obstáculos que motiva su razón de ser”⁵⁰

Para que tenga lugar esa transitoriedad, se precisará además, que dicho reconocimiento de las necesidades fundamentales sea, a posteriori, garantizado. Será mediante el uso alternativo del derecho, que anteriormente estudiamos, práctica judicial que tiene lugar en el marco del derecho estatal, la que buscará una interpretación y aplicación más progresista a favor de determinados sectores desfavorecidos o marginados de la sociedad.

3- Derecho alternativo en sentido estricto

Por último, distingue Garzón este tipo de derecho alternativo, de vocación permanente y que cuenta con la incardinación cultural como su principal legitimación.

Estamos ante un tipo de derecho compatible con el pluralismo jurídico en estricto sentido, ya que “su finalidad no es la de substituir, excluir o disolverse en el derecho

⁵⁰ Garzón López, Pedro. *Op. Cit.* p.242

hegemónico, sino convivir establemente con el derecho estatal en un plano de igualdad y mutuo respeto”⁵¹, así se produce una concurrencia armonizada de relaciones intersistémicas.

Este tipo de derecho alternativo es propio de aquellos colectivos que luchan por un reconocimiento de sus derechos, de aquellos que buscan justicia para el consagración de sus identidades culturales. Es un claro ejemplo el derecho de los pueblos indígenas, éstos gozan de estructuras culturales, institucionales, jurídico-políticas; además de un territorio y una lengua.

1.2.6. Expresiones de pluralismo jurídico

En el panorama jurídico actual pueden reconocerse un conjunto de prácticas diferenciadas de las del derecho estatal que compiten con él en la regulación social, estamos, en definitiva, ante expresiones de pluralismo jurídico que tienen lugar en diferentes ámbitos y como respuesta a distintos intereses.

Resulta inabarcable mencionar cada una de sus variables, por ello seguidamente se procede a realizar un somero agrupamiento de los principales cauces mediante los que se manifiesta el pluralismo jurídico.

Como ya vimos, la aparición de pluralismo jurídico tuvo lugar al entrar en contacto el sistema jurídico del pueblo indígena con el derecho estatal colonizador. Esta sería la primera manifestación, la lucha de todas las comunidades tradicionales por la permanencia de las formas propias de regulación frente al sistema jurídico impuesto por la metrópoli.

Otra exteriorización de pluralismo jurídico viene de manos de los nuevos movimientos sociales, con un contenido normativo extraestatal, realizan prácticas emancipadoras de distinta índole, ya sea desde una perspectiva étnica, de género, de carácter regional, ambiental. Estos movimientos gozan de autorregulación y su objeto principal es la exigencia de derechos mediante negociaciones con su entorno político-social para la consecución de sus fines. Esta forma de derecho alternativa convive pacíficamente, en mayor o menor grado, con la normativa estatal.

⁵¹ Garzón López, Pedro. *Pluralismo jurídico y derecho alternativo: dos modelos de análisis*. Op. Cit. p.243

La globalización es otro foco de pluralismo jurídico, surgen espacios diferentes al nacional, surgen nuevos ordenamientos jurídicos con relativa independencia y aislamiento respecto del Estado. Este espacio global es fruto de la política internacional y del derecho internacional público. El mayor ejemplo es la *lex mercatoria*, ordenamiento jurídico que surge de la práctica social y que no debe su validez al hecho de estar vinculado con el derecho o con el sistema político de un Estado nación determinado.

Y finalmente, aquella exteriorización del pluralismo jurídico en la que entraremos de pleno, la referente a estructuras autónomas de regulación de las comunidades excluidas o marginales, ya sea en cuanto a desequilibrios económicos o exclusiones políticas o culturales.

2. CAPÍTULO 2º. LA COMUNIDAD GITANA: DE LOS HECHOS AL DERECHO.

2.1. Concepto y características

2.1.1. Origen del pueblo gitano: datos históricos

El origen del pueblo gitano es confuso, durante muchos siglos se les denominó egipcios, “egipcianos” por considerar que provenían de Egipto, concretamente del “pequeño Egipto”, una zona indeterminada del oeste asiático, situada entre la actual Turquía y Arabia. Gracias a los trabajos del francés Bataillard⁵², del alemán Pott⁵³ se ha de negar el pretendido origen, pudiéndose afirmar que los gitanos provienen de la India. Esta tesis descansa casi en su totalidad sobre una base lingüística, al detectar la estrecha relación entre el Romaní, variedad lingüística propia del pueblo gitano, y las lenguas habladas en el noroeste de la India, concretamente la zona de Punjab.

Conocer el origen exacto de cualquier “pueblo” es una ardua tarea. En el caso gitano existe la dificultad añadida de estar ante una cultura ágrafa, es decir, sus valores y costumbres se transmiten de generación en generación, de padres a hijos, careciendo de este modo de documentos escritos que cercioren su origen. Además, el nomadismo es otra de las características de este pueblo, que implica su desarraigo de cualquier emplazamiento concreto, así a lo largo de su historia no se conoce una ubicación permanente que los retrate.

El éxodo del pueblo gitano de su tierra natal tiene lugar con las distintas invasiones a las que la India se vio sometida. En el siglo XI se produce una ocupación árabe y dos siglos más tarde la invasión de los ejércitos mongoles que conllevó la persecución sistemática al pueblo gitano lo que les obligó a huir en masa hacia distintos lares en busca de paz. Esta emigración forzada se canaliza a través de las siguientes rutas⁵⁴:

1. Hay quienes siguen una ruta hacia el norte (Armenia, Cáucaso, Rusia, Escandinavia).

⁵² Bataillard, Paul. *Beginning of the Immigration of the Gypsies into Western Europe in the Fifteenth Century*. J.G.L.S. 1889. pp. 340-391.

⁵³ Pott, A.F. *Die Zigeuner in Europa und Asien*. Ethnographisch-linguistische untersuchungen. 2 Vols., Halle.1844. p.89.

⁵⁴ Rincón Atienza, P. *Historia del pueblo gitano*. ASGG. Madrid. 1994. p.21.

2. Otros que toman una ruta hacia el sur, remontando los ríos Tigris y Éufrates hacia el Mar Negro y Siria.
3. Y aquellos que se dirigen al este desde dos flancos:

Unos pasando por Egipto siguiendo la costa del Mediterráneo hasta el norte de África, y los segundos que recorren el Bósforo, Grecia, Península de los Balcanes adentrándose en la Europa Central. De este modo podemos determinar que la entrada de “egipcianos” en el viejo continente tiene lugar en el siglo XV. Fue entonces cuando se les pasará a denominar como “gitanos”, designación que les desvinculaba de aquella primera que compartían conjuntamente con los bufones y saltimbanquis vagabundos.

Estos emigrantes viajaban en pequeños grupos, de 50 a 150 miembros de todas las edades. Hablaban una lengua propia e inaudita para los habitantes europeos entre los que se daban paso. Se presentaban como peregrinos de vida errante, penitencia impuesta por los obispos y el Papa al haber sido infieles a la fe cristiana. Sus ocupaciones eran diversas, tales como herreros, guarnicioneros, feriantes, adivinadores o acróbatas. Otra característica interesante que facilitó inicialmente su tránsito es que disponían de cartas de presentación y salvoconductos expedidos por los responsables políticos y religiosos del país. Cada grupo era conducido por un jefe que adoptaba el título de “Conde” o “Duque”, así se tiene constancia que el primer grupo que se adentraba en España se autodenominaron a sí mismos como “Duques de Egipto”⁵⁵.

La convivencia de los emigrantes gitanos con los habitantes de los países del mundo Occidental no fue pacífica. En la mayor parte de Europa, los gitanos fueron objeto de represión policial y judicial, sobretodo durante los siglos XVI, XVII y XVIII. Principalmente su nomadismo y la posesión de una lengua, estética, valores y leyes propias hacen que resulte inviable su integración, rompiendo con la idílica homogeneidad occidental, lo que les convierte en una amenaza para el orden del país y como consecuencia, blanco de persecuciones y expulsiones.

En el siglo XIX se disminuye considerablemente su rechazo en Europa, se atenúa la producción de normas que afectaban a su integridad lo que comporta que paulatinamente se integren como ciudadanos del lugar que habitaban. De este modo su afianzamiento como pueblo en Europa tiene lugar paralelamente en tres grandes grupos:

⁵⁵ Moreno Casado, J. *Los gitanos desde su penetración en España: su condición social y jurídica*. Escuela Social de Granada. Granada. 1949. p.6

- Zíngaros: de origen balcánico y que a su vez se dividen en subgrupos tales como los Lovari, los Boyas, los Luri, los Churari y los turco-Americanos.
- Gitanos: que se extienden por España, Portugal, parte de Francia y en el norte de África.
- Manuches: o Sintis, conocidos como bohemios tradicionales que se localizan principalmente en Francia, Italia y Alemania.

Así el área de expansión de los gitanos cubrió prácticamente toda Europa, y más allá pues alcanzaron también América y Asia menor. Hoy en día podemos constatar la presencia de la comunidad gitana en cada uno de los continentes, concentrados principalmente en las grandes urbes de países como Turquía, México, Brasil, Colombia o Estados Unidos. Pero donde se extienden en mayor número es en Europa, su población oscila entre 10 y 12 millones de personas, distribuidas de forma irregular por los distintos países. Rumanía es el país que más gitanos alberga, cerca de 2 millones, representando un 8'5% de su población total, y seguido de otros países del este como Bulgaria, República Eslovaca, Hungría o Serbia. En España, pese a la dificultad de cálculo que entraña carecer de una distinción de etnias en el censo, se calcula que hay unos 725.000 gitanos, alrededor del 1'57% del total de la población española⁵⁶.

2.1.2. Evolución del pueblo gitano en España

Los gitanos entraron en España por dos rutas distintas. Una desde el sur de Francia, a través de los Pirineos hacia Cataluña, Aragón, Castilla y País Vasco. Y la otra desde África atravesando el Estrecho de Gibraltar distribuyéndose principalmente por Andalucía.

Estos nómadas se presentaron como un grupo de peregrinos en trance de purgar su apostasía, y como tal tuvieron una buena acogida; ejemplo de ello es el permiso que en 1425 Alfonso V les concede para viajar por sus dominios durante un trimestre⁵⁷. De igual forma, se recoge el trato generoso y afable que Juan II de Castilla les dió, propinándoles víveres para el camino. Este buen entendimiento llega a su fin tan pronto como los habitantes de la península se dan cuenta de que los recién llegados pretendían

⁵⁶ Comunicación de la Comisión Europea. *Un marco europeo de estrategias nacionales de inclusión de los gitanos hasta 2020*. Bruselas. 2011. [Acceso gratuito] <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0173:FIN:ES:PDF>

⁵⁷ Clebert, Jean. *Los Gitanos*. Barcelona. Aymá. 1965. p.125.

instalarse definitivamente. A partir de este momento, se inicia una lenta evolución del grupo gitano en España, donde el conflicto toma protagonismo y lo acompañará hasta nuestros días. Sánchez Ortega⁵⁸ realiza una división en etapas de la evolución en la convivencia entre estos dos pueblos, la cual ahora se reproduce:

1- Primera etapa o período idílico (1425-1499)

Se caracteriza por la ausencia de conflictos, desde su penetración y primeros contactos. Disfrutaron de un trato privilegiado, pues les son concedidas cédulas de paso que otorgaban libre circulación por el país y exención de pago de impuestos. Así como un deber de acogimiento, que incluso incluía ayuda económica para gastos de sus viajes de peregrinación.

2- Segunda etapa o período de expulsión (1499-1633)

Los Reyes Católicos, en su intento de llevar a cabo una unidad político-religiosa del país, de erradicar todo aquello que se aleje de los criterios generales, cambian bruscamente la situación de acogida que imperaba, dictando en 1499 una Pragmática en Medina del Campo cuyo contenido albergaba el inicio de un periodo de persecución y expulsión hacia los gitanos de la época.

La ley les exigía que se asentaran y dejaran de ser errantes, que sirvieran a un señor y tomaran un oficio en el plazo de dos meses so pena de expulsión. Simultáneamente también se les exigía que abandonaran sus señas de identidad tales como su lengua y costumbres, y que adoptaran la cultura del lugar.

En los consecutivos reinados de Carlos I (1516-1558), Felipe II (1558-1598) y Felipe III (1598-1621) continúa esta dinámica de expulsiones y aniquilación cultural.

3- Tercera etapa o período de integración (1633-1783)

Se inicia esta etapa con la Pragmática de Felipe IV que pone fin a todos los Decretos de expulsión. Aun así, se seguirán manteniendo las prohibiciones hacia la identidad cultural de este pueblo, haciéndose extensible a los reinados de Carlos II y Felipe V.

El reinado de Felipe VI supuso un paso atrás en la integración del pueblo gitano, en su mandato se vivió unos de los episodios más crueles, el “miércoles negro”⁵⁹ tenía

⁵⁸ Sánchez Ortega, M.H. *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos: Evolución y contexto histórico de los gitanos españoles*. Alianza Editorial. Madrid. 1986. pp. 19 y ss.

⁵⁹ Gómez Alfaro, Antonio. *La gran redada de los gitanos: España, prisión general de gitanos en 1749*. Editorial Presencia Gitana. Madrid. 1993. p.44

lugar al dictarse en 1749 una Orden salomónica en la que se apresaban a 900 gitanos con la pretensión de extinguirlos por la vía rápida. La reacción del clero y la nobleza, que se oponía a la fatal decisión, impidió que se llevara a cabo dicha medida.

Por el contrario, con Carlos III se inicia un período de tolerancia sin precedentes hacia los gitanos, estableciendo medidas de distinto alcance como por ejemplo la consideración de éstos como ciudadanos españoles, su libertad para fijar libremente su residencia u oficio, y otorgándoles derechos como el de asilo o el de ser asistido en caso de enfermedad.

4- Cuarta etapa o período de migración (1783-1812)

Con la publicación en 1783 por parte de Carlos III de la Pragmática integradora antes mencionada, finaliza todo un ciclo legislativo. A partir de entonces no se vuelve a promulgar ninguna ley contra los gitanos. Se rompe el cerco que impedía la aproximación de los grupos gitano y no-gitano facilitando la incorporación de los gitanos en los pueblos y ciudades donde pudieron encontrar algún empleo productivo.

En efecto, durante este período se producen migraciones de grandes grupos de gitanos, y de población en general, puesto que la revolución industrial hace que las masas abandonen el campo y se dirijan a la ciudad, estableciendo su hogar y produciéndose al fin su sedentarización. Es en Andalucía donde en mayor medida acontece dicho fenómeno, produciéndose una recepción del pueblo gitano a gran escala.

5- Quinta etapa o período constitucional (1812-1978)

Esta última etapa sigue una línea ascendente en cuanto a integración y reconocimiento de derechos del pueblo gitano. Aun así son numerosos los episodios que conllevan una recaída de esa progresión⁶⁰:

- Durante los reinados de Fernando VII y posterior de M^a Cristina de Borbón se produce una restricción de los gitanos a la participación en ferias de ganado, siendo en gran parte el *modus vivendi* de muchos de ellos.
- En el reinado de Isabel II se lleva a cabo la confección de unos Registros específicos donde debía inscribirse cualquier gitano que se dedicara a la compra-

⁶⁰ Calvo Buezas, Tomás. *Los racistas son los otros: gitanos, minorías y derechos humanos en los textos escolares*. Madrid. Editorial Popular. 1989. pp. 73.

venta de ganado (*chalanés*), así como todas aquellas transacciones que éstos realizaran.

Durante el mandato de Alfonso XII se suprimen todas aquellas disposiciones que menoscaban los derechos e integridad de éste pueblo pero, esta aparente calma se convierte en una mera anécdota cuando años después estalla la Guerra Civil Española y la consecuente Dictadura de Franco, años en los que se vuelve a la represión cultural y la intolerancia hacia este pueblo. De nuevo se convierten en objeto de mira, produciéndose una estrecha vigilancia sobre ellos con la finalidad de evitar su heterogeneidad cultural. Con este propósito se promulgan un seguido de leyes, entre otras la Ley de Vagos y Maleantes, o la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación social.

2.1.3. Los gitanos en la CE '78 y en el marco normativo europeo.

Una nueva escena emerge a partir de 1978, el 6 de Diciembre se promulga la Constitución Española y en su artículo 14 se proclama la igualdad de todos los españoles ante la ley. Este principio, que se consagra como un “valor superior” se traduce en la “necesidad de que todos reciban el mismo trato en situaciones idénticas, es decir, la igualdad encierra una prohibición de discriminación”⁶¹. En la misma línea, “este principio significa que frente al poder normativo, no se puede dar trato distinto a personas que desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentran en la misma situación y en otro plano, en el campo de la aplicación de la norma, de tal modo que se aplique por igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación. Por todo ello, la igualdad no gira en función de la pertenencia de una persona a un colectivo o grupo determinado”⁶². La jurisprudencia del TEDH establece que “existe discriminación sólo si una diferencia de trato no tiene una justificación objetiva y razonable, así como cuando no hay proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados”⁶³.

La protección de esta minoría no sólo se garantiza ya a nivel estatal, si no que se garantizará al mismo tiempo desde un prisma internacional, así “hoy en día, desde un punto de vista democrático en el cual nos desenvolvemos, la protección de las minorías, como son los gitanos, compete a cada uno de los Estados, donde ellos habitan como nacionales, y con los mismos derechos del resto, del mismo, y sólo el derecho

⁶¹ 30-11-1993, *Sentencia del Tribunal Supremo*.

⁶² 12-07-1988, *Sentencia del Tribunal Supremo*.

⁶³ 23-07-1968, *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.

Internacional, en este sentido y respecto a la protección de aquéllas, jugará un papel orientador y de control, respecto de las conductas de tales Estados”⁶⁴.

De este modo, las minorías disfrutaban de una doble protección, pero debemos plantearnos la siguiente pregunta ¿es la comunidad gitana una minoría? El concepto de minoría no tiene un carácter único e inequívoco puesto que dicha cuestión se relaciona con multitud de factores de diversa índole: históricos, jurídicos, políticos, sociológicos, culturales, económicos, antropológicos...originándose tantas connotaciones como disciplinas hay. Pero para lo que aquí interesa, nos remitiremos a lo que la Doctrina jurídica internacional⁶⁵ entiende por minoría, esto es un grupo perfectamente diferenciado que cumple con determinados aspectos:

1. Que el número total de su población sea inferior al resto de la población del Estado, en que dicho grupo se integra.
2. Que dicho grupo, tenga una serie de características propias de su cultura, de su etnia, de su lengua y de su religión, diferentes al resto.
3. Y que este grupo se halle en situación de vulnerabilidad “especial”, frente al Estado, y su aparato de poder, que los acoge, y a cuya jurisdicción se encuentran.

No cabe duda que la comunidad jurídica es una minoría y como tal, será objeto de distintas medidas de protección internacional. Sin ánimo exhaustivo exponemos a continuación las principales manifestaciones:

1. Conferencia para la Seguridad y Cooperación de Europa.

Organismo que en 1992 creará la figura del Alto Comisionado para las minorías nacionales, cuya principal menester es de carácter preventivo, tratar de evitar conflictos entre los Estados participantes en la Conferencia, en relación con las minorías que habitan en los mismos.

2. La Convención europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950.

⁶⁴ Díaz Pérez de Madrid, A. *La protección de las minorías en Derecho Internacional*. Universidad de Granada. 2004. pp.61

⁶⁵ Mariño Menéndez, F.M. *Las minorías en una sociedad democrática: Protección internacional de las minorías: consideraciones Viejas y Nuevas*. Ed. Isabel García Rodríguez. Alcalá de Henares. 2001. pp. 21

Los Estados miembros se comprometan a la protección y garantía de los derechos humanos, sin distinción racial, sexual, lingüística o religiosa. Y concretamente, en su artículo 14 se prohíbe expresamente la discriminación por el hecho de ser miembro de una minoría nacional.

3. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, de los Jefes de Estado y de Gobierno, miembros del Consejo de Europa, de 8 de octubre de 1993.

En una de sus Recomendaciones de política general, concretamente la núm. 3, de 6 de marzo de 1998, se ocupará específicamente para combatir la discriminación sufrida por los habitantes de etnia gitana.

4. Carta de París para una nueva Europa, de 21 de noviembre de 1990.

Se asocia el tema de los derechos humanos de las minorías con la democracia y el Estado de Derecho. Para ello se crea la “Oficina para Reuniones de Expertos sobre Instituciones democráticas y sobre Minorías Nacionales” que elabora un documento que fue aceptado por el Gobierno español así como ratificado por 34 países más participantes donde por primera vez se cita de forma expresa al pueblo gitano.

5. Convenio Marco para la protección de las Minorías Nacionales, de 1994.

Primer Convenio multilateral centrado específicamente en las minorías, y en cuyas prerrogativas destaca el respeto a la identidad minoritaria y el empleo de la lengua propia.

6. Directiva 2000/43 del Consejo de la Comunidad Europea, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a todas las personas, con independencia de su origen étnico o racial.

Esta Directiva prohíbe la discriminación directa (trato desfavorable de un miembro, por razón de su etnia, en comparación a cómo sería tratada otra persona en circunstancias similares) e indirecta (existe una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, que coloca a los gitanos en situación de desventaja en función de sus características como grupo) en los ámbitos de empleo, la protección social, la seguridad social, las ayudas sociales, la educación, la provisión y acceso a los bienes y servicios.

2.2. Análisis jurisprudencial

A continuación procedemos a realizar el análisis de un conjunto de sentencias emitidas por el TEDDHH que han sido debidamente seleccionadas. El criterio empleado para dicha opción consiste, en primer lugar, en el origen de cada uno de los demandantes, siendo en su totalidad de etnia gitana. Seguidamente se ha tenido en cuenta el tipo de derecho violado y posteriormente salvaguardado por el Tribunal. En tercer lugar, se ha tenido en cuenta un criterio espacial, seleccionando aquellas sentencias cuya procedencia de los actores fuera diversa. La pauta temporal es el cuarto y último criterio, escogiendo aquellas sentencias más modernas, del año dos mil en adelante.

La estructura empleada para el análisis de cada una de las sentencias guarda relación con la de su formato original, dividiéndola en:

- Preliminares, donde hacemos referencia a las características esenciales del proceso.
- Hechos, donde se hace mención a aquellos acontecimientos más relevantes para la adecuada ilustración del asunto.
- Normativa aplicable, exponemos la legislación interna e internacional más destacada aducida en el proceso.
- Fundamentos de derecho, las motivaciones jurídicas de las que se sirve el Tribunal para emitir su resolución judicial.
- Conclusiones, decisión final del Tribunal declarando la violación o no del derecho en cuestión y de su debida reparación, si procede.

- DERECHO A LA EDUCACIÓN -

ASUNTO D.H. Y OTROS c. REPÚBLICA CHECA

(Demanda nº 57325/00)

Gran Sala

13 noviembre 2007

I. PRELIMINARES

1. El asunto tiene su origen en una demanda dirigida contra la República checa, que dieciocho ciudadanos de este Estado presentan ante el Tribunal, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“El Convenio”), el día 18 de abril de 2000.
2. Los demandantes alegan en concreto haber sufrido una discriminación en el disfrute de su derecho a la educación en razón a su raza o de su origen étnico.
3. En primera instancia, conoció del asunto la Sección Segunda del Tribunal dictando una sentencia que declaraba la no violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del protocolo núm.1.
4. Los demandantes solicitaron la remisión del asunto a la Gran Sala en virtud del artículo 43 del Convenio. La demanda fue admitida.

II. HECHOS

1. Entre 1996 y 1999, los demandantes fueron inscritos en escuelas especiales de Ostrava (República Checa).
2. Los padres de los demandantes habían consentido la orientación de los niños hacia una escuela especial.
3. Los demandantes recibieron, el 29 de junio de 1999, una carta de las autoridades escolares informándoles de la posibilidad de pasar de una escuela especial a una escuela primaria.
4. El 15 de junio de 1999, los demandantes presentaron un recurso constitucional, quejándose concretamente de ser sometidos a una discriminación de facto derivada del funcionamiento general del sistema de educación especial; invocaban los artículos 3 y 14 del Convenio y el artículo 2 del Protocolo núm.1.
5. Los demandantes subrayaban que su colocación en escuelas especiales se había efectuado de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes, y que tenía como

consecuencia la segregación y discriminación raciales de facto que se manifestaban por la existencia de dos sistemas escolares autónomos para los miembros de diferentes grupos raciales, escuelas especiales para los gitanos y las escuelas primarias “ordinarias” para la población mayoritaria. Esta diferencia de trato no se basaba en ninguna justificación objetiva y razonable, constituía un trato degradante y les privaba del derecho a la instrucción.

6. Según el Gobierno, los demandantes habían sido inscritos en ellas sobre la base de la recomendación de un centro de orientación psicopedagógica a raíz de unos test psicológicos y con el consentimiento de sus representantes, y que se les había notificado debidamente las resoluciones correspondientes, contra éstas ninguno interpuso apelación.
7. El 20 de octubre de 1999, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso de los demandantes, en parte por carecer manifiestamente de fundamento y en parte debido a su incompetencia.

III. NORMATIVA APLICABLE

Legislación interna

1. Ley nº 29/1984, llamada ley de escuelas. (Arts. 19 y 31)
2. Ley nº 561/2004, que deroga la anterior y vigente desde 1 de enero de 2005. (Art.16.1, .4 y .5)
3. Decreto nº 127/1997 sobre las escuelas especializadas. (Arts. 2, 6 y 7)
4. Decreto nº 73/2005 sobre la educación de los niños, alumnos y estudiantes con necesidades educativas especiales y de los niños, alumnos y estudiantes superdotados, que deroga el anterior y vigente desde el 17 de febrero de 2005. (Art.1 y 2)

Legislación internacional

1. La Recomendación nº R. (2000) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la educación de los niños roma/gitanos en Europa, de 3 de febrero de 2000.
2. La Recomendación de política general nº3 de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI) sobre la lucha contra el racismo y la intolerancia hacia los Roma/Gitanos, de 6 de marzo de 1998.

3. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. (Art.13)
4. Directiva 97/80/CE del Consejo de Europa de 15 de diciembre de 1997 sobre la carga de la prueba en casos de discriminación. (Art.2)
5. Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre personas sin distinción de raza u origen étnico. (Arts. 2 y 8)
6. Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 sobre la creación de un marco general a favor de la igualdad de trato en materia de empleo y trabajo buscan la prohibición de toda discriminación directa o indirecta basada en la raza, origen étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.
7. Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos. (Art. 26)
8. Comité de derechos humanos de Naciones Unidas, de 10 de noviembre de 1989. (Observaciones generales nº 18 apartados 7 y 12)
9. Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. (Art. 1)
10. Comité para la eliminación de la discriminación racial. (Recomendación nº14 de 22 de marzo de 1993.)
11. El Convenio sobre los derechos del niño. (Art. 28 y 30)

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los demandantes mantienen haber sufrido discriminación basada en su raza o su origen étnico siendo objeto de un trato menos favorable que aquel reservado a otros niños que se encuentran en una situación comparable, sin que haya habido la mínima justificación objetiva y razonable. Invocan la violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del Protocolo nº1.

Artículo 14 del Convenio

“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 públicas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

Artículo 2 del Protocolo nº1

“A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”

2. La sala concluyó la ausencia de violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del protocolo nº1. Consideró que el criterio de selección de los interesados no era por su raza u origen étnico, sino que perseguía el legítimo objetivo de adaptar el sistema educativo a las necesidades, aptitudes o deficiencias de los niños.
3. Los demandantes mantienen que la interpretación restrictiva del concepto de discriminación que adoptó la sala es incompatible con el propósito del Convenio, con la jurisprudencia del Tribunal y con otras jurisdicciones europeas y de otros lugares.
4. Los demandantes solicitan a la Gran Sala la corrección del criterio restrictivo de discriminación, así como el que se requiera en contra de los demandantes la aportación de la prueba de la intención discriminatoria que animaba a las autoridades checas.
5. Para la Gran Sala, los gitanos constituyen una minoría desfavorecida y vulnerable con un carácter particular. Están necesitados de una protección especial que por supuesto se extiende a la esfera de la educación.
6. La diferencia de trato también puede consistir en un efecto perjudicial desproporcionado de una política o de una medida que, aunque formulada de forma neutra, tenga un efecto discriminatorio sobre un grupo. Tal situación se analiza en una “discriminación indirecta” que no exige necesariamente que exista una intención discriminatoria. (Stc Hugh Jordan c. Reino Unido, nº 24746/94, de 4 de mayo de 2001)
7. Ante la dificultad que pueden encontrar las víctimas cuando se trata de probar la existencia de un trato discriminatorio, se imponen reglas de prueba menos estrictas para garantizar una protección efectiva de sus derechos. Bastará con una presunción simple de discriminación, se incluyen aquí los datos estadísticos, que los tribunales deberán tener en cuenta siempre que sean válidos y efectivos. Si se establece una presunción de discriminación relacionada con el efecto de la medida o práctica por parte del demandante alegando una discriminación

- indirecta, entonces corresponde al Estado demandado refutar esta presunción demostrando que la diferencia en cuestión no es discriminatoria. (Stc Nachova y otros c. Bulgaria, nº43577/98)
8. Una distinción es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un objetivo legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido. (Stc Larkos c. Chipre, nº 29515/95)
 9. El Gobierno argumenta que la diferencia de trato entre los niños gitanos y no gitanos radica en la necesidad de adaptar el proceso educativo a las capacidades de los niños con necesidades especiales. Los demandantes fueron asignados a escuelas especiales debido a sus necesidades educativas específicas, esencialmente su capacidad intelectual, cuyo nivel había sido establecido mediante test psicológicos.
 10. El Tribunal considera que dichos test plantean controversias y que son en la actualidad objeto de debate e investigación científica, concluyendo que los resultados de los test realizados en el caso concreto, no constituyen una justificación objetiva y razonable en el sentido del artículo 14 del Convenio, estas pruebas no pueden servir como una justificación para la diferencia de trato en cuestión.
 11. Respecto al consentimiento de los padres, que significaría a priori la aceptación de la diferencia de trato, es decir, la renuncia al derecho a no ser discriminado, viene modulada por la jurisprudencia del Tribunal que requiere que la renuncia a un derecho garantizado por el Convenio se establezca de manera inequívoca, que tenga un conocimiento de causa. Cree el Tribunal que los padres de los niños gitanos carecían de capacidad para evaluar todos los aspectos de la situación y las consecuencias de su consentimiento. (Stc Pfeifer y Plankl c. Austria, de 25 de febrero de 1992).
 12. Con todo lo expuesto, el Tribunal concluye que el proceso de escolarización de los niños gitanos no se ha rodeado de las garantías que permitan asegurar que el Estado tuvo en cuenta las necesidades específicas de estos niños y niñas derivadas de su posición de desventaja. Recibieron una educación que acentuó sus dificultades y comprometió su progreso personal futuro en lugar de abordar sus verdaderos problemas, ayudándoles después a integrarse en las escuelas

ordinarias y desarrollar capacidades que les faciliten la vida en el seno de la población mayoritaria.

13. Además, el Tribunal no está convencido de que la diferencia de trato existente entre los alumnos gitanos y los no gitanos repose en una justificación objetiva y razonable y que exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido.

V. CONCLUSIONES

1. En el presente caso a existido violación del artículo 14 en relación con el artículo 2 del Protocolo nº1 en la reclamación de cada uno de los demandantes.
2. Se procede a la aplicación del artículo 41 del Convenio que, otorga a la parte cuyos derechos han sido violados y así ha sido declarado por el Tribunal, la concesión a la parte perjudicada de una satisfacción equitativa. Resarciéndoles con 4.000€ para cada uno de los demandantes por el daño moral sufrido, además de 10.000€ para el conjunto de demandantes en concepto de costas.

ASUNTO ORSUS Y OTROS c. CROACIA

(Demanda nº 15766/03)

Sección Primera

17 julio 2008

I. PRELIMINARES

1. El asunto tiene su origen en una demanda dirigida contra la República de Croacia que catorce ciudadanos croatas de origen gitano, habían presentado el 8 de mayo de 2003 ante el Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“El Convenio”).
2. El 2 de octubre de 2006, el Tribunal decidió comunicar al Gobierno la demanda en relación a su derecho a la educación y a no ser discriminados.

II. HECHOS

1. Los demandantes nacieron entre 1988 y 1994 en poblaciones distintas de la República Croata. La escolaridad en Croacia es obligatoria hasta los quince años.
2. Cuando eran escolares los demandantes, en su mayor parte, asistieron a clases separadas integradas únicamente por alumnos gitanos. Si bien alguno de los demandantes participó en grupos mixtos, los informes escolares mostraban una baja asistencia de estos, al igual que un nivel de conocimiento inadecuado de la lengua croata, por lo que se les derivaba a clases integradas exclusivamente por alumnos gitanos.
3. Los demandantes presentaron estadísticas mostrando que en el curso escolar 2006/2007 el 16% de los niños gitanos de quince años terminaron su educación primaria, frente al 91% de la población general del Condado. La tasa de abandono de los alumnos gitanos antes de completar la educación primaria era del 84%, lo que suponía 9,3 veces más que en la población en general.
4. El 19 de abril de 2002, los demandantes presentaron una demanda ante el Tribunal Municipal contra las escuelas de enseñanza primaria, el Estado y el Condado. Denunciaban que la enseñanza en esas clases eran significativamente más reducidas tanto en cantidad como en su alcance en relación con los estudios oficiales establecidos. Los demandantes reclamaban que esta situación era discriminatoria por razón de raza y que violaba su derecho a la educación, así como su derecho a no estar sometidos a un tratamiento degradante e inhumano.
5. Por contra, los demandados afirmaban que no existía discriminación contra los niños gitanos y que todos los alumnos inscritos en la escuela eran tratados del mismo modo. La inscripción de todos los alumnos era precedida de un análisis por un comité (compuesto por un médico, un psicólogo, un pedagogo, un trabajador social y un profesor) que revisaba el estado físico y mental del alumnado. Las clases en la escuela se formaban dependiendo de las carencias de cada clase, el número de alumnos, etc. Era importante que las clases estuvieran formadas de manera que permitieran a todos los alumnos estudiar en un ambiente estimulante.
6. Los demandados declararon que a los alumnos de origen gitano se les agrupaba, no a causa de su origen étnico, sino porque, a menudo, no hablaban croata correctamente y requerían más ejercicios. Afirmaban que los alumnos gitanos

recibían la misma calidad de enseñanza que el resto de estudiantes, puesto que el programa de estudios no difería del establecido por la Ley.

7. El 26 de septiembre de 2002, el Tribunal Municipal rechazó la demanda presentada, aceptaba el argumento de los demandados, considerando que la separación de estos alumnos reposaba válidamente en la carencia del habla de la lengua croata. No apreciaba discriminación racial alguna. Además concluyó que los demandantes no habían probado la supuesta diferencia en el plan de estudios de las clases integrada sólo por niños gitanos.
8. El 17 de octubre de 2002 recurren los demandantes dicha Sentencia, siendo corroborada por el Tribunal del Condado.
9. El 19 de noviembre de 2002 los demandantes presentaron una demanda ante el Tribunal Constitucional reiterando los argumentos anteriores. El 7 de febrero de 2007, el este Tribunal rechazó el recurso de los demandantes, decisión nº U-III 3138/2002.

III. NORMATIVA APLICABLE

Legislación interna

1. Constitución de la República de Croacia. (Art. 14)
2. Reglamento Constitucional del Tribunal Constitucional, R. 49/2002, de 3 mayo de 2002. (Sección 62).
3. Ley sobre Litigios Administrativos, L. 53/1991. (Sección 67).

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los demandantes recurrieron que se les hubiera negado su derecho a la educación y la discriminación sufrida a este respecto. Se basaron en el artículo 2 del Protocolo núm.1 y en el artículo 14 del Convenio.

(Op.cit.)

2. El artículo 2 del Protocolo nº1, constituye según el Tribunal, la obligación de los Estados Contratantes a no denegar el derecho a la educación, garantizar a toda persona de su jurisdicción el derecho de acceso a las instituciones de educación existentes y la posibilidad de sacar provecho, mediante el reconocimiento de los

estudios finalizados, de la educación recibida. (Stc. Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 7 diciembre 1976).

3. El derecho a la educación se refiere principalmente a la enseñanza primaria y secundaria y para que este derecho sea efectivo la educación proporcionada debe ser adecuada y apropiada. El Tribunal también ha constatado que aunque los intereses individuales deben, en ocasiones, subordinarse a los intereses generales, la democracia no significa simplemente que el punto de vista de la mayoría debe siempre prevalecer: hay que alcanzar un equilibrio que asegure el tratamiento justo y adecuado de las minorías y evitar cualquier abuso por parte de las posiciones dominantes. (Stc. Efstratiou c. Grecia, Stc de 18 diciembre 1996).
4. En el caso concreto, el Tribunal considera que a los demandantes no se les privó de su derecho a asistir a la escuela y recibir educación. Señala también que los demandantes no presentaron suficientes pruebas que apoyaran su afirmación de que el plan de estudios seguido estuviera reducido en más de un 30% que en el resto de las clases, por lo que no se puede afirmar que éstos recibieran una educación de menor calidad que los otros alumnos de la misma escuela.
5. Respecto a la discriminación, el Tribunal tiene establecido en su jurisprudencia que ésta significa tratar de manera diferente, sin justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones pertinentes. Sin embargo, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar de manera diferente a grupos para corregir “desigualdades existentes” entre ellos; de hecho, en ciertas circunstancias, no intentar corregir desigualdades mediante un trato diferente puede, en sí mismo, dar lugar al incumplimiento del artículo. (Stc. Thlimmenos c. Grecia, nº 34369/97). Además, el Tribunal ha aceptado que una política o medida general que tiene efectos desproporcionadamente perjudiciales en un grupo concreto debe ser considerada discriminatoria, aunque no esté específicamente dirigida contra ese grupo, y esa discriminación potencialmente contraria al convenio puede resultar de una situación de facto. (Stc. Zarb Adami c. Malta, nº 17209/02).
6. La carga de la prueba según el Tribunal, una vez que el demandante ha demostrado una diferencia de trato, corresponde al Gobierno demostrar que estaba justificada. (Stc. Chassagnou c. Francia, nº 25088/94).

7. Aunque parezca este asunto similar al caso D.H. y otros contra la República Checa, en realidad no es así. En cuanto a la naturaleza de la práctica cuestionada, en el caso de la República Checa los niños gitanos eran asignados a escuelas para deficientes mentales, en Croacia en cambio, aquellos alumnos que carecían del suficiente nivel de la lengua croata eran asignados a clases separadas en escuelas ordinarias de educación primaria. Aunque esta práctica no podía estar totalmente excluida de ciertas arbitrariedades, y hubiera sido preferible tener establecidos unos criterios y un procedimiento claros para transferir a un niño gitano a las clases separadas, guarda aspectos más positivos en comparación con la práctica analizada en el caso D.H. y otros.
8. El Tribunal constata que la diferencia de trato se basa en el conocimiento de la lengua, motivo que permite un amplio margen de apreciación. Además, se constata que dicho método se emplea en un pequeño número de escuelas de una región en concreto, debido a la alta representación de niños gitanos. Por el contrario, en el caso D.H. y otros, la diferencia de trato se basaba en la raza y consistía en una práctica nacional extendida donde el 70% de los niños asistían a estas escuelas.

V. CONCLUSIONES

1. Respecto a la violación del artículo 2 del Protocolo nº1, el Tribunal señala que las autoridades internas han facilitado a los demandantes una educación adecuada y suficiente, por tanto, no ha existido tal violación.
2. La diferente práctica aplicada a los niños gitanos debido a su insuficiente conocimiento de la lengua croata no equivale a una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del Protocolo nº1. El Tribunal considera satisfactorio que las autoridades se involucren en tratar ellos mismos la asignación tan delicada cuestión, que la asignación de los demandantes a clases separadas fue una medida positiva planteada para ayudarles a adquirir el conocimiento necesario para poder seguir el plan de estudios. Además, el Tribunal considera que la asignación inicial se basó en su falta de conocimiento de la lengua croata y no en el origen étnico o racial.

- DERECHO A LIBRE ELECCIÓN -

ASUNTO SEJDIC Y FINCI c. BOSNIA-HERZEGOVINA

(Demandas nº 27996/06 y 34836/06)

Gran Sala

22 diciembre 2009

I. PRELIMINARES

1. El asunto tiene su origen en dos demandas dirigidas contra Bosnia-Herzegovina, que dos ciudadanos de dicho Estado, los señores Dervo Sejdic y Jacob Finci presentaron ante el Tribunal, en virtud del artículo 34 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“El Convenio”), el 3 de julio de 2006.
2. Los demandantes denuncian la imposibilidad, por razón de su origen romaní, de concurrir a las elecciones de la Cámara de los Pueblos y presidenciales de Bosnia-Herzegovina. Invocan el artículo 14 del Convenio, al artículo 3 del Protocolo nº1 y el artículo 1 del Protocolo nº12.

II. HECHOS

1. Los demandantes nacieron en 1956 y 1943 respectivamente. Han ocupado y siguen ocupando importantes cargos públicos.
2. El Preámbulo a la Constitución bosnia califica a bosníacos, croatas y serbios de “pueblos constituyentes” y serán exclusivamente éstos quienes ostenten el poder de representación del pueblo.
3. Los demandantes de origen romaní, declaran no pertenecer a ninguno de los “pueblos constituyentes”, por lo que no pueden concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos o a la presidencia del Estado.

III. NORMATIVA APLICABLE

Legislación interna

4. Constitución de Bosnia-Herzegovina. (Arts. 4, 5)
5. Ley Electoral, 23/2001 de 19 de septiembre de 2001. (Arts. 1.4, 4.8, 4.19, 8.1, 9.12)

Legislación internacional

1. Acuerdo de Paz de Dayton, de 21 de noviembre de 1995. (Anexos 4 y 10)
2. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 16 de julio de 1993. (Art. 5)
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 6 de marzo de 1992. (Arts. 2.1, 25, 26)
4. Dictamen sobre el proyecto de enmienda a la Constitución de Bosnia y Herzegovina, de 12 de junio de 2006. (Enmiendas II y III)
5. Acuerdo de Estabilización y Asociación con la Unión Europea, en 2008.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los demandantes denuncian la imposibilidad de presentarse candidatos a las elecciones de las Cámaras de los Pueblos y a la presidencia de Bosnia-Herzegovina por razón de su origen romaní, que consideran una discriminación por motivos de raza. Invocan los artículos 14 del Convenio, 3 del Protocolo nº1 y 1 del Protocolo nº12.

Artículo 14 del Convenio

“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 públicas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

Artículo 3 del Protocolo nº1 al Convenio

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.”

Artículo 1 del Protocolo nº12 al Convenio

“El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de la autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo anterior.”

2. Respecto a la aplicabilidad del artículo 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo nº1, el Tribunal debe decidir si las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina pertenecen al “ámbito de aplicación” de dicho artículo del Protocolo. El Tribunal recuerda que la disposición en cuestión se aplica solamente a la elección del “cuerpo legislativo”, y este debe interpretarse en función de la estructura constitucional del Estado en cuestión y especialmente de sus tradiciones constitucionales y de la extensión del poder legislativo de la o las cámaras en cuestión. Así, en cuanto a la elección de la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina cabe incluirla dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 del Protocolo nº1. Por consiguiente, el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 3 del Protocolo nº1 es aplicable.
3. En cuanto al cumplimiento del artículo 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo nº1, en primer lugar, el Tribunal recuerda que la discriminación consiste en tratar de forma distinta, sin justificación objetiva y razonable, a personas que se encuentran en situaciones análogas. Un trato diferenciado carece de “justificación objetiva y razonable” cuando no persigue un “fin legítimo” o no existe una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”. El alcance del margen de apreciación de que disponen las Partes Contratantes a este respecto varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto. (Stc Andrejeva c. Letonia nº55707/2000, de 18 de febrero de 2009). Cuando la discriminación se basa en la raza, la noción de justificación objetiva y razonable debe interpretarse de la forma más estricta posible. Por otra parte, el Tribunal ha considerado que en una sociedad democrática contemporánea basada en los principios de pluralismo y de respeto por las distintas culturas, no hay posibilidad de justificación objetiva en ninguna diferencia de trato basada exclusivamente o de manera determinante en el origen étnico de una persona. (Stc Nachova c. Bulgaria nº43577/1998). El artículo 14 del Convenio no prohíbe a las Partes Contratantes tratar a grupos de forma diferenciada con el propósito de corregir “desigualdades fácticas” entre ellos; de hecho, en ciertas circunstancias, es la ausencia de trato diferenciado para corregir una desigualdad el que, sin una justificación objetiva y razonable, puede

constituir una violación de la disposición en cuestión. (Stc Thlimmenos c. Grecia nº34369/1997).

4. En el presente caso, el Tribunal señala que para poder concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina es necesaria la pertenencia a uno de los “pueblos constituyentes”. Los demandantes son de origen romaní y declaran no pertenecer a ningún “pueblo constituyente”. Dice el Tribunal, que a pesar de que esta regla de exclusión perseguía al menos un fin legítimo de restablecimiento de la paz, no es necesario decidir si el mantenimiento de las disposiciones constitucionales enjuiciadas tras la ratificación del Convenio perseguía una “finalidad legítima” pues el mantenimiento del sistema no cumple el requisito de proporcionalidad.
5. El Tribunal concluye también que el mantenimiento de la imposibilidad de los demandantes de concurrir a las elecciones de la Cámara de los Pueblos de Bosnia-Herzegovina no se basa en una justificación objetiva y razonable. Si bien es cierto que cuando imperaba en el país una situación frágil de alto el fuego, la exclusión tenía el trasfondo de mantenimiento de la paz, una vez el país se convierte en miembro del Consejo de Europa (2002) y ratifica el Convenio y sus Protocolos sin formular reservas, el Estado demandado se obligó libremente a cumplir los estándares pertinentes, careciendo entonces de justificación el mantenimiento de dichas exclusiones.
6. Respecto a la Presidencia de Bosnia-Herzegovina, los demandantes invocan aquí solamente el artículo 1 del Protocolo nº12. El hecho de que los demandantes en la presente causa no declaren pertenecer a uno de los “pueblos constituyentes”, los convierte en no aptos legalmente para presentarse a las elecciones presidenciales. Como se mencionaba en el apartado anterior referente a la Cámara de los Pueblos, un requisito constitucional previo del mismo tipo constituía una diferencia de trato discriminatoria contraria al artículo 14. Las disposiciones constitucionales en virtud de las cuales los demandantes no pueden concurrir a las elecciones presidenciales deben considerarse también discriminatorias y atentatorias al artículo 1 del Protocolo nº12, puesto que el Tribunal estima que, no puede establecerse ninguna distinción entre la Cámara de los Pueblos y la presidencia de Bosnia y Herzegovina.

V. CONCLUSIONES

1. En lo referente a la accesibilidad de los demandantes a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina, el Tribunal decreta que el mantenimiento de la medida de la exclusividad de concurrencia a las elecciones a la Cámara para los “pueblos constituyentes”, es desproporcionado y no se basa en ninguna justificación objetiva y razonable y, en consecuencia, es contrario al artículo 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo nº1.
2. En lo referente a la presidencia de Bosnia y Herzegovina, el Tribunal estima que el requisito previo a la candidatura a las elecciones presidenciales constituye una violación del artículo 1 del Protocolo nº12.
3. Se procede a la aplicación del artículo 41 del Convenio que, otorga a la parte cuyos derechos han sido violados y así ha sido declarado por el Tribunal, la concesión a la parte perjudicada de una satisfacción equitativa. De este modo, el Estado deberá abonar a los demandantes 1.000€ y 20.000€ respectivamente en concepto de gastos y costas. En lo que atañe a las pretensiones por el daño moral sufrido por las partes, considera el Tribunal que la constatación de la violación ya representa una satisfacción equitativa por todo el daño moral que pudieran haber sufrido.

- DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR -

ASUNTO AKSU c. TURQUÍA

(Demandas nº 4149/04 y 41029/04)

Gran Sala

15 marzo 2012

I. PRELIMINARES

1. El asunto tiene su origen en sendas demandas interpuestas contra la República de Turquía ante el Tribunal conforme al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales por un ciudadano turco, Sr. Mustafa Aksu los días 23 de enero de 2004 y el 4 de agosto de 2004, respectivamente.
2. El demandante alega que tres publicaciones (un libro y dos diccionarios) financiadas por el Estado contenían definiciones y expresiones hostiles para con los gitanos. Invocaba el artículo 8, en relación con el artículo 14 del Convenio.

II. HECHOS

1. El demandante, de origen gitano, nació en 1931 y reside en Ankara.
2. En 2000, el Ministerio de Cultura publicó 3.000 ejemplares de un libro titulado “Los Gitanos de Turquía”, escrito por el profesor asociado Ali Rafet Özkan. Previo a la publicación, un comité asesor de publicaciones aprobó el contenido de la obra.
3. El 15 de junio de 2001, el recurrente, actuando en nombre de las asociaciones de gitanos, interpuso ante el Ministerio de Cultura una demanda denunciando al autor de la obra, en su contenido acusa a los gitanos de dedicarse a actividades ilegales, calificándoles de “bandoleros, carteristas, estafadores, ladrones, usureros,...” y les presentaba como polígamos y agresivos. Además, afirmó que el libro contenía expresiones humillantes y denigrantes para los gitanos. Solicitó la suspensión de la venta de la obra y la incautación de todos los ejemplares.
4. El 17 de octubre de 2001, el Jefe de la unidad de las publicaciones del Ministerio de Cultura explicó al demandante que el Comité consultivo de las publicaciones del Ministerio, había estimado que el libro era una obra de investigación científica y que no contenía ningún insulto o expresión semejante a un insulto.
5. El 30 de abril de 2002, el demandante inició un procedimiento ante el Tribunal de gran instancia de Ankara contra el Ministerio de Cultura y contra el autor del libro. Solicitando indemnización por daño moral y la incautación de los ejemplares del libro y la prohibición de su publicación y distribución.
6. El 24 de septiembre de 2002, el Tribunal de gran instancia de Ankara rechazó las demandas del recurrente puesto que concernían al autor del libro. Estimó que la obra era fruto de investigaciones universitarias, basadas en datos científicos. Sobre las expresiones insultantes, el tribunal no consideró que afectaran al demandante.
7. El 25 de octubre de 2002, el demandante interpuso un recurso contra esta decisión.
8. El 21 de abril de 2003, el Tribunal de casación confirmó la sentencia dictada en primera instancia.

9. Una segunda demanda es interpuesta por el Sr. Aksu, en fecha de 30 de abril de 2002, esta vez dirigida al Comité Ejecutivo de la Asociación de la Lengua (financiada en parte por el Ministerio de Cultura), organización que publicó dos diccionarios que, según el demandante, contenían ciertas entradas insultantes y discriminatorias hacia los gitanos. El 16 de abril de 2003, el demandante inició un procedimiento ante el Tribunal de gran instancia de Ankara contra la Asociación de la Lengua con la finalidad de ser indemnizado por daño moral y que dichas definiciones fueran retiradas del diccionario. El 16 de julio de 2003, el tribunal de Ankara desestimó la demanda interpuesta por el demandante. Este fallo fue recurrido por el demandante ante el Tribunal de casación, que lo confirmó el 15 de marzo de 2004.

III. NORMATIVA APLICABLE

Legislación interna

1. Código Civil. (Arts. 24 y 25)
2. Código Penal, anterior al 1 de junio de 2005. (Art. 312.2)
3. Código Penal, nueva redacción L.5237. (Art. 216)

Legislación internacional

1. Informe del ECRI, de 8 de febrero de 2011.
2. Recomendación nº10 del ECRI, de 15 de diciembre de 2006.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Sobre la violación del artículo 8 del Convenio, el demandante alega que tanto la obra como los diccionarios, contienen expresiones y definiciones ofensivas para su identidad gitana. Esta disposición se lee como sigue:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país,

la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

2. La Gran Sala recuerda que el Tribunal es dueño de la calificación jurídica de los hechos del caso y que no está vinculado con la que le atribuyen los demandantes o los Gobiernos. En el presente caso, el Tribunal señala que, no está en juego ninguna diferencia de trato, y especialmente ninguna cuestión de discriminación étnica, al no haber presentado el demandante ningún elemento de prueba de que las publicaciones en litigio tuvieran una intención discriminatoria. Así, se trata de determinar si las publicaciones en litigio atentaron contra el derecho del interesado al respeto de su vida privada y, en caso afirmativo, si este atentado es compatible con el artículo 8 del Convenio, sin que tenga lugar su examen conjunto con el artículo 14.
3. En primer lugar, debe el Tribunal determinar que derechos protegidos por el artículo 8 han sido vulnerados debido al ejercicio por otros del derecho a la libertad de expresión. El derecho del demandante al respeto de su vida privada, frente al interés general por la protección de la libertad de expresión.
4. Respecto a la primera demanda, el Tribunal señala que, aunque el autor señala actividades ilegales de algunos miembros de la comunidad gitana, en ningún momento en el libro se formulan observaciones negativas sobre la población gitana en general. Por ello el Tribunal estima que los tribunales internos tenían fundados motivos para concluir que el autor se había esmerado y carecía de intenciones racistas.
5. A pesar de que el Tribunal estima que, ante la vulnerabilidad de los gitanos es preciso conceder una especial atención a sus necesidades y a su modo de vida, tanto en el marco reglamentario considerado como al adoptar sentencias en casos particulares, en el presente caso las jurisdicciones turcas valoraron los principios que se desprenden de su jurisprudencia correctamente, no rebasaron su margen de valoración y no incumplieron su obligación positiva de garantizar al demandante un respeto efectivo de su vida privada.
6. Respecto a la segunda demanda, en la que el demandante declaraba ser víctima de estereotipos negativos debido a alguna de las entradas que figuran en los diccionarios en causa, el Tribunal señala que un diccionario constituye una fuente de información que registra las palabras que componen una lengua y precisa sus diferentes acepciones, siendo la base simplemente descriptiva o

literal, pudiendo ser otras figurativas, alegóricas o metafóricas. En esto refleja el lenguaje en uso de la sociedad.

7. Señala el Tribunal, que si bien es cierto que ciertas entradas podrían calificarse de “peyorativas” en vez de “metafóricas”, y así promover el espíritu de crítica de los alumnos y ofrecerles herramientas necesarias para identificar y reaccionar ante los estereotipos contenidos en el material que utilizan, siguiendo de este modo la Recomendación nº10 del ECRI, considera el Tribunal que este elemento no basta por sí solo para conducirlo a sustituir su propia opinión por la de las jurisdicciones internas, puesto que los diccionarios en cuestión no eran manuales escolares y no fueron distribuidos en los colegios ni recomendados por el Ministerio de Educación como obra de referencia para los programas escolares.
8. El Tribunal estima que las autoridades internas no rebasaron su margen de valoración ni incumplieron su obligación positiva de garantizar al demandante el respeto efectivo de su vida privada.

V. CONCLUSIONES

1. El presente caso será examinado únicamente a la luz del artículo 8 del Convenio. El Tribunal determinará, exclusivamente, la violación o no del derecho al respeto de la vida privada del demandante.
2. En lo referente a la primera demanda, no se produce violación del artículo 8 del Convenio.
3. En lo referente a la segunda demanda, no se produce violación del artículo 8 del Convenio.

ASUNTO BUCKLAND c. REINO UNIDO

(Demanda nº 40060/08)

Sección Cuarta

18 septiembre 2012

I. PRELIMINARES

1. El caso tiene su origen en una demanda dirigida contra el Reino Unido, presentada ante el Tribunal el 12 de agosto de 2008 por una ciudadana británica, la señora Maria Buckland, en virtud del artículo 34 del Convenio para la

protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“El Convenio”).

2. La demandante alega que, al desestimar su recurso y confirmar una sentencia que dictaba una orden de recobrar la posesión, el Tribunal de Apelación vulneró de manera injustificada su derecho al respeto a la vida privada y familiar y mostró una actitud discriminatoria en su contra, violando así el artículo 8 del Convenio, examinado tanto por sí mismo como conjuntamente con el artículo 14.

II. HECHOS

1. La demandante nació en 1959 y reside en Cardiff.
2. La demandante es gitana. En 1999, se trasladó a un recinto de caravanas en Port Talbot, País de Gales, con sus dos hijos.
3. El recinto de caravanas pertenecía a la Junta del Distrito Municipal de Port Talbot. El 12 de junio de 2002, esta Junta y la Junta Gitana firman un acuerdo de licencia según el cual correspondía a ésta última la administración del recinto.
4. El 29 de marzo de 2004, la demandante firmó un acuerdo de licencia con la Junta Gitana que le autorizaba a ocupar el puesto 16 en el recinto.
5. El 30 de diciembre de 2004, la Junta Gitana notificó a la demandante que rescindía la licencia concedida la cual expiraría el 6 de febrero de 2005. No se proporcionó motivo adicional alguno para justificar la terminación de la licencia.
6. El 18 de enero de 2005, entran en vigor unas modificaciones de la Ley sobre Recintos y Caravanas de 1968 que habilitaban al ocupante impugnar ante los tribunales las órdenes de recobrar la posesión.
7. El 2 de agosto de 2005, la Junta Gitana presentó demanda de recobrar la posesión contra la demandante ante el Tribunal del Distrito de Port Talbot. En esta demanda, la Junta Gitana acusaba a la demandante de causar molestias considerables en el recinto de caravanas.
8. El 28 de julio de 2006, ante el Tribunal del condado de Neath se realiza una vista oral respecto a la demanda de recobrar la posesión en contra de la demandante. Paralelamente, se resuelve por el Juez Bidder, del Queen’s Counsel, la cuestión incidental previa de saber si la demandante podía impugnar la orden de recobrar la posesión dictada en su contra.

9. El juez emitió una orden de recobrar la posesión contra la demandante, cuyo plazo de ejecución se agotaba el 24 de noviembre de 2006.
10. El 18 de abril de 2007, la demandante, que seguía residiendo en el recinto, fue autorizada a impugnar la orden de recobrar la posesión ante el Tribunal de Apelación. Además se suspendió la ejecución de la orden de 28 de julio de 2006.
11. El 12 de diciembre de 2007, el recurso de la demandante fue rechazado.
12. El 18 de febrero de 2008, la Cámara de los Lores rechazó la solicitud presentada por la demandante de que se le concediera autorización para interponer recurso.
13. En mayo de 2008, la demandante abandonó el recinto de caravanas. Lo hizo porque su solicitud de recurrir fue denegada y por no verse enfrentada a más amenazas de expulsión.

III. NORMATIVA APLICABLE

Legislación interna

1. Ley sobre Recintos de Caravanas de 1968. (Sección 4)
2. Ley sobre Hogares Móviles de 1983. (Secciones 2, 5, y 321)

Legislación y jurisprudencia internacional

1. Sentencia TEDDHH, Kay y otros c. Reino Unido, nº37341/06, de 21 de septiembre de 2010.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Sobre la presunta violación de artículo 8 del Convenio, la demandante invoca dicho artículo para impugnar la decisión del Tribunal de Apelación que confirmó la orden de recobrar la posesión, alegando que constituye una violación injustificada de su derecho al respeto de su domicilio y de su vida familiar. El artículo 8 dispone:

(Op. Cit.)

2. En cuanto a la admisibilidad de la demanda, el Tribunal observa que, mientras era todavía residente en el recinto, la demandante interpuso un recurso ante el Tribunal de Apelación, alegando que la emisión de una orden de recobrar la

posesión constituía una vulneración de sus derechos en virtud del artículo 8. Así, el Tribunal llega al convencimiento de que la demandante se veía directamente afectada por la emisión de la orden. Por tanto, puede considerarse víctima de una presunta vulneración de sus derechos en virtud del artículo 8 del Convenio, siendo su demanda admisible.

3. En primer lugar, se quiere saber si la injerencia estaba justificada en el sentido del artículo 8 del Convenio. La demandante alega al respecto que dicha injerencia fue desproporcionada y que se ha producida con ella, una violación tanto procesal como material de los requisitos establecidos en la disposición. El Tribunal, primeramente debe examinar, si la injerencia era “necesaria” en una sociedad democrática. Se considerará tal, la injerencia que, aporte solución a un problema social urgente y, en particular, si existe una relación de proporcionalidad entre la injerencia y el objetivo legítimo perseguido. (Stc. Connors c. Reino Unido N°66746/01, de 27 mayo de 2004). En el caso que nos ocupa, el intento de la demandante de impugnar la emisión de una orden de recobrar la posesión del emplazamiento que ocupaba fracasó porque, en el momento de los hechos, no existía la posibilidad de impugnar la solicitud de adopción de una orden de este tipo, alegando la presunta desproporción de la decisión a la luz de las circunstancias personales. Por lo tanto, el Tribunal estima que no se respetaron las garantías procesales exigidas por el artículo 8 para considerar que la injerencia fue proporcionada. A consecuencia de esto, la demandante fue desposeída de su domicilio, sin posibilidad alguna de solicitar a un tribunal independiente que examinase la proporcionalidad de su expulsión.
4. En segundo lugar, respecto al examen del asunto en relación a la presunta violación del artículo 14 conjuntamente con el artículo 8 del Convenio. El Tribunal estima que no se plantea una cuestión separada a la violación del artículo 8 del Convenio, por lo que resulta innecesario examinar esta petición de la demandante.

V. CONCLUSIONES

1. En lo que atañe a saber si la injerencia estaba justificada en el sentido del artículo 8 del Convenio, el Tribunal concluye que dicha injerencia carecía de la “necesidad” exigida por la disposición, infringiendo de este modo las garantías

procesales otorgadas. Consiguientemente, en este asunto, se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio.

2. Resulta acreditado por el Tribunal que, efectivamente se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio, así, resulta innecesario examinar la presunta violación del artículo 14 conjuntamente con el artículo 8 del Convenio.
3. Se procede a la aplicación del artículo 41 del Convenio que, otorga a la parte cuyos derechos han sido violados y así ha sido declarado por el Tribunal, la concesión a la parte perjudicada de una satisfacción equitativa. De este modo, el Estado deberá abonar a la demandante 4.000€ en concepto de daño moral, 4.000€ en concepto de gastos y costas.

ASUNTO COSTER c. REINO UNIDO

(Demanda nº 24876/94)

Gran Sala

18 enero 2001

I. PRELIMINARES

1. El asunto tiene su origen en una demanda presentada contra el Reino Unido por el señor y la señora Coster, ambos ciudadanos de dicho Estado, presentada ante la Comisión el 19 de mayo de 1994 en virtud del antiguo artículo 25 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“El Convenio”).
2. Los demandantes alegaban que las medidas de ordenación del territorio y de ejecución tomadas en contra de ellos por el hecho de ocupar su terreno con sus caravanas, suponían la violación de su derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar, despreciando el artículo 8 del Convenio. Aducían también que dichas medidas constituían una injerencia en su derecho al respeto de sus bienes contraria al artículo 1 del Protocolo nº1 del Convenio. Se quejaban finalmente, de haber sido objeto de discriminación basada en su condición de gitanos, lo que prohíbe al artículo 14 del Convenio.
3. La Comisión declaró admisible la demanda el 4 de marzo de 1998. En su informe de 25 de octubre de 1999, formula la opinión de que no hubo violación

del artículo 8 del Convenio, que no hubo violación del artículo 1 del Protocolo nº1 y que no hubo violación del artículo 14 del Convenio.

4. El 4 de febrero de 2000, el colegio de la Gran Sala decidió que el asunto debía ser examinado por la Gran Sala.

II. HECHOS

1. Los demandantes son gitanos de nacimiento. Desde que son niños han realizado una vida itinerante mediante caravana, deambulando por Kent y sus alrededores.
2. Ante el embarazo de uno de los demandantes, en el año 1986, decidieron ponerse a buscar un lugar permanente para instalar su caravana. Tarea harto difícil pues, allí donde viajaban les seguía la amenaza de su expulsión. Declaran los demandantes que se les negaba la concesión de un emplazamiento en todos los lugares autorizados de la región. Sin más opción y ante el inminente parto los demandantes decidieron, a su pesar, solicitar un alojamiento sedentario y aceptaron una vivienda de alquiler social. Diez meses después encuentran que la vida en un piso no se adapta a su modo de vida tradicional de Gitanos, motivo por el cual lo abandonaron.
3. En 1988, los demandantes compraron un terreno en Kent e instalaron en él una caravana. A finales del mismo año solicitan licencia para instalar dicha caravana en el terreno, negándose el municipio además de apercibirles por la utilización no autorizada del terreno. En 1989 fueron condenados por incumplimiento del requerimiento. Los términos de la negativa a otorgar la licencia eran “que la instalación en un lugar alejado de toda zona construida era visible y constituía una intrusión real en el paisaje rural que le rodeaba, capaz de estropear seriamente el carácter y la apariencia de dicho lugar, lo que era contrario a los objetivos de los planes de ordenación locales”.
4. Después de la tercera acción judicial del municipio y ante la negativa de los demandantes de abandonar su terreno con la caravana, el municipio acude al High Court para que emitiera un mandamiento prohibiendo a los demandantes estacionar su caravana en su terreno. El octubre de 1992 abandonan el lugar y se instalan cerca, en un asentamiento de condiciones insalubres, la cual cosa ponen en conocimiento del municipio. En diciembre vuelven a instalarse en su terreno.

5. El 22 de diciembre de 1993, el municipio inicia un procedimiento para obtener un mandamiento. En febrero de 1994, la demandante es condenada a una multa por infracción continuada de los requerimientos. El 19 de febrero de 1996, los demandantes fueron informados de que el municipio procedería a penetrar en su terreno para ejecutar el requerimiento en virtud de los poderes que le confería el artículo 178 de la Ley 1990 sobre ordenación urbana y rural.
6. En febrero de 1997, vendieron su terreno, también su caravana. Los demandantes se instalaron en una vivienda de alquiler que les proporcionó el consejo en Kent. A raíz de esto, sus dos hijos más pequeños debieron cambiar de escuela; los dos hijos mayores dejaron la escuela para comenzar a trabajar; los demandantes sufren dolores de cabeza, angustia, claustrofobia y depresión. No pueden evitar notarse encerrados.

III. NORMATIVA APLICABLE

Legislación interna

1. Ley de 1990 sobre ordenación urbana y rural. (Arts. 57 y 78).
2. Ley de 1968 sobre los emplazamientos de caravanas. (Arts. 6, 9,10,11)
3. Informe Cripps. (Accommodation for Gipsies).
4. Circulares 57/78, 1/94 y 18/94.
5. Ley de 1994 sobre la Justicia Penal y el orden público.

Legislación internacional

1. Convenio-marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales. (Arts. 1, 4 y 5).
2. Recomendación 1203 (1993) de la Asamblea Parlamentaria relativa a los Gitanos en Europa. (Rec. XV, XVIII).
3. Resolución C.128/372 de mayo de 1994, sobre la situación de los gitanos en la Comunidad Europea.
4. Informe de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), de 7 de abril de 2000.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los demandantes ven en la negativa a concederles una licencia para estacionar una caravana en un terreno de su propiedad y en las medidas de ejecución tomadas por el hecho de que ocupaban su terreno, una violación del artículo 8 del Convenio que dispone:

(Op.cit.)

Artículo 1 del Protocolo nº1

“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los Principios Generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los bienes de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

2. Los demandantes afirman que las medidas tomadas para impedirles ocupar su terreno con su caravana constituyen un atentado no solamente a su derecho al respeto de su domicilio, sino también al respeto de su vida privada y familiar, en la medida que ellos siguen el modo de vida tradicional de los Gitanos: vivir en una vivienda móvil que permite viajar.
3. El Tribunal considera que la vida en caravana forma parte integrante de la identidad gitana de los demandantes, así que cree que las medidas relativas al estacionamiento de la caravana de los demandantes no solamente han tenido consecuencias en cuanto al respeto a su domicilio, sino también en su facultad de conservar su identidad gitana y llevar una vida privada y familiar conforme a su tradición.
4. Sobre la existencia de una injerencia en los derechos que los demandantes tienen en virtud del artículo 8 del Convenio, el Tribunal considera que las decisiones de los servicios de ordenación negando a la demandante la autorización de permanecer en su terreno con sus caravanas constituyen una injerencia en el derecho de ésta al respeto de su vida privada y familiar y de su domicilio en el sentido del artículo 8.1 del Convenio. El Tribunal debe analizar si esta injerencia estaba justificada desde el punto de vista del apdo. 2 del artículo 8, a saber, si

estaba prevista por la Ley, perseguía uno o varios fines legítimos y era necesaria en una sociedad democrática para alcanzar dichos fines.

5. Una injerencia es considerada como “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar un fin legítimo, si responde a una “necesidad social imperiosa” y, en particular, es proporcionada al fin legítimo perseguido. Saber si los motivos de la injerencia eran pertinentes y suficientes, aunque correspondan al Tribunal, se reconoce un cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales ya que se encuentran en principio mejor situadas que el Juez Internacional para pronunciarse sobre la situación y las necesidades locales. (Stc Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido, de 27 de septiembre de 1999).
6. La pertenencia a una minoría cuyo modo de vida tradicional difiere del de la mayoría de la sociedad, no dispensa de respetar las normas destinadas a proteger el bien común (en el presente caso el medio ambiente). Por otro lado la vulnerabilidad de los Gitanos, por el hecho de que constituyen una minoría, implica conceder una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio tanto en el marco reglamentario válido en materia de ordenación como en el momento de la toma de decisiones en los casos particulares. (Stc. Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979)
7. Así el artículo 8 impone, por lo tanto, a los Estados contratantes la obligación positiva de permitir a los Gitanos continuar con su modo de vida, pero no alcanza a convertirse para los Estados en una obligación positiva de poner a disposición de la comunidad gitana un número adecuado de emplazamientos convenientemente equipados, en efecto, este artículo no reconoce como tal el derecho de que se ofrezca a las persona un domicilio.

V. CONCLUSIONES

1. No hubo violación del artículo 8 del Convenio. A pesar de que los demandantes afirman haber sido privados del derecho a vivir en paz en su terreno y haber sufrido así un atentado contra el derecho al respeto de sus bienes, considera el Tribunal que se ajustó a derecho la manera de proceder del Gobierno, manteniendo un justo equilibrio entre el interés particular y el interés general, teniendo en cuenta principalmente el hecho de que los demandantes ocuparon su terreno infringiendo la legislación sobre urbanismo y las constataciones de los

inspectores urbanísticos sobre el impacto negativo de su instalación. De este modo, se concluye que la injerencia que se alega en el derecho de los demandantes al respeto de sus bienes era proporcionada y reflejaba un justo equilibrio conforme a las exigencias del artículo 8 del Convenio.

2. En cuanto a la violación del artículo 1 del Protocolo nº1 del Convenio, por idénticas razones expuestas en base al anterior, se descarta su infracción.
3. Respecto a la violación del artículo 14 del Convenio, en la misma línea que el Gobierno, el Tribunal considera que si existió diferencia de trato, perseguía unos fines legítimos, era proporcionada y estaba justificada en este caso por motivos razonables y objetivos. Así el Tribunal concluye la ausencia de discriminación contraria al artículo 14 del Convenio.

- PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN -

ASUNTO MUÑOZ DÍAZ c. ESPAÑA

(Demanda nº 49151/07)

Sección Tercera

8 diciembre 2009

I. PRELIMINARES

1. El asunto tiene su origen en una demanda dirigida contra el Reino de España que una ciudadana española, señora M.L.M.D, había presentado el 29 de octubre de 2007 ante el Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“El Convenio”).
2. La demandante, gitana de nacionalidad española, se quejaba de la denegación de la prestación de viudedad tras el fallecimiento de M.D., también gitano de nacionalidad española, debido a que, en virtud de la legislación española, no estaban casados. Ella alegaba violación del artículo 14 del Convenio en combinación con los artículos 1 del Protocolo nº1 y 12 del Convenio.

II. HECHOS

1. La demandante nacida en 1956 y residente en Madrid, y el señor M.D., ambos pertenecientes a la comunidad gitana, se casaron en noviembre de 1971 según los usos propios de su comunidad. El matrimonio fue celebrado conforme a las

costumbres y tradiciones culturales gitanas, y reconocido por su comunidad. Para la comunidad gitana, el matrimonio celebrado según sus costumbres implica los efectos sociales derivados del matrimonio, el reconocimiento público, la obligación de la vida en común y el conjunto de otros deberes y derechos que origina tal institución.

2. La demandante tuvo seis hijos, inscritos en el libro de familia en el Registro Civil el 11 de agosto de 1983.
3. El 24 de diciembre de 2000, el esposo de la demandante falleció. Albañil de profesión, en el momento de su fallecimiento trabajaba y había cotizado a la seguridad social durante diecinueve años, tres meses y ocho días y tenía a su esposa e hijos a su cargo.
4. La demandante solicitó una prestación por viudedad. Mediante resolución de 27 de marzo de 2001, el INSS se la denegó, “por no ser (la demandante) o haber sido cónyuge del fallecido con anterioridad a la fecha del fallecimiento, tal y como exige el apdo. 2 de la disposición adicional séptima de la Ley 30/1981, de 7 de julio de 1981, relacionada con el artículo 174 de la LGSS, aprobada por RDL 1/1994, de 20 de junio de 1994.
5. La demandante recurrió ante la jurisdicción laboral. Mediante Stc de 30 de mayo de 2002 del Juzgado de lo Social nº12 de Madrid, se le acordó el derecho a percibir una pensión de viudedad de 903,29 € mensuales, siendo reconocido, de este modo, los efectos civiles de su matrimonio gitano.
6. El INSS interpuso recurso de suplicación. Mediante Stc de 7 de noviembre de 2002, el TSJ de Madrid revocó la resolución recurrida. La decisión descansaba en los siguientes términos “el matrimonio, para que produzca efectos civiles, sólo podrá serlo el contraído de forma civil o religiosa y el matrimonio gitano no participa, en la actual conformación de nuestro ordenamiento jurídico, de la naturaleza de ninguno de ellos. El artículo 174 de la LGSS exige la calidad de cónyuge del difunto para poder disfrutar de la pensión de viudedad, y la noción de cónyuge se interpreta estrictamente en virtud de una jurisprudencia constitucional y ordinaria constante, según la cual están excluidas de esta prestación las parejas de hecho así como muchas otras que, en definitiva, no están casadas de conformidad con la legislación aplicable”.
7. A continuación, la demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando el principio de no discriminación por razón de raza o

condición social. Mediante Stc de 16 de abril de 2007, el Tribunal descarta la concurrencia de un supuesto trato discriminatorio directo o indirecto, ni vulneración alguna del artículo 14 CE.

8. Un voto particular se adjuntaba a la Stc. En él el Juez disidente ponía de relieve la carencia de la legislación española en referencia a la protección de las minorías nacionales y, entre otras, decía que “resulta claramente desproporcionado que el Estado español que ha tenido en cuenta a doña María Luisa, y a su familia gitana al otorgarle libro de familia, reconocimiento de familia numerosa, asistencia sanitaria con familiares a su cargo para ella y para sus seis hijos y ha percibido las cotizaciones correspondientes a su marido gitano durante diecinueve años, tres meses y ocho días quiera desconocer hoy que el matrimonio gitano resulta válido en materia de pensión de viudedad”.
9. El 3 de diciembre de 2008, se concedió a la demandante una pensión de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho de M.D.

III. NORMATIVA APLICABLE

Legislación interna

1. Constitución Española, de 1978.(Arts. 14, 16, 32.2)
2. Código Civil, vigente en el momento de los hechos. (Art. 42)
3. Reglamento del Registro Civil, Decreto 1138/1969, de 22 de mayo de 1969. (Arts. 245, 246)
4. Código Civil. (Arts. 44, 49)
5. Ley 30/1981, de 7 julio 1981, que modifica la regulación del matrimonio del CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. (Disposición Adicional Décima)
6. Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección de Familias Numerosas (Art.2)
7. Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el RDL 1/1994, de 20 de junio de 1994. (Art. 174)
8. Ley 40/2007, de 4 diciembre de 2007 sobre medidas relativas a la Seguridad Social, por la que se modifica la LGSS. (D.A.3ª)
9. Jurisprudencia del TC. (SSTC 260/1988, de 22 de diciembre de 1988; 180/2001, de 17 de septiembre de 2001 y 199/2004, de 15 de noviembre de 2004.

Legislación Internacional

1. Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de Minorías Nacionales, ratificada por España el 1 de septiembre de 1995 y en vigor desde 1 de febrero de 1998. (Arts. 1, 4 y 5)

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La demandante se queja de que la negativa a concederle una pensión de viudedad debido a que su matrimonio, que fue celebrado según los usos de la etnia gitana a la que pertenece, está desprovisto de efectos civiles incumple el principio de no discriminación reconocido por el artículo 14 del Convenio, en combinación con el artículo 1 del Protocolo nº1. Las citadas disposiciones están redactadas como sigue:

Artículo 14 del Convenio

“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 públicas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

Artículo 1 del Protocolo nº1

“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los Principios Generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los bienes de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

2. Conviene determinar por el Tribunal si el interés de la demandante en percibir del Estado una pensión de viudedad recae bajo el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo nº1. Considera que desde que un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una prestación social, se deberá considerar que esta normativa genera un interés patrimonial dependiente del

- ámbito de aplicación de dicho artículo para las personas que cumplan sus condiciones. De este modo, es aplicable a la demandante el art. 14 del Convenio.
3. Respecto a la discriminación, el Tribunal tiene establecido en su jurisprudencia que ésta significa tratar de manera diferente, sin justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones pertinentes. Sin embargo, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar de manera diferente a grupos para corregir “desigualdades existentes” entre ellos; de hecho, en ciertas circunstancias, no intentar corregir desigualdades mediante un trato diferente puede, en sí mismo, dar lugar al incumplimiento del artículo. (Stc. Thlimmenos c. Grecia, nº 34369/97). Además, el Tribunal ha aceptado que una política o medida general que tiene efectos desproporcionadamente perjudiciales en un grupo concreto debe ser considerada discriminatoria, aunque no esté específicamente dirigida contra ese grupo, y esa discriminación potencialmente contraria al convenio puede resultar de una situación de facto. (Stc. Zarb Adami c. Malta, nº 17209/02).
 4. La carga de la prueba según el Tribunal, una vez que el demandante ha demostrado una diferencia de trato, corresponde al Gobierno demostrar que estaba justificada. (Stc Chassagnou c. Francia, nº 25088/94).
 5. En el presente caso, la discriminación se basa en el hecho de que su solicitud de la pensión de viudedad ha recibido un trato diferente en comparación con otros casos equivalentes en los que el derecho a la concesión de la pensión de viudedad fue reconocido, incluso en ausencia de formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, mientras que, en su caso, ni su buena fe ni las consecuencias de su pertenencia a la minoría gitana fueron tenidas en cuenta.
 6. Por ello el Tribunal considera, por un lado, la convicción de la demandante de que su unión, celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos era válida, y por otro, la conducta de las autoridades que efectivamente le reconocieron oficialmente la calidad de esposa de M.D.
 7. El Tribunal considera que el no reconocimiento del derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo. El

Tribunal considera probado que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionado con respecto a la demandante en relación al trato reservado al matrimonio de buena fe.

8. A la luz de todo lo precedente, el Tribunal considera desproporcionado que el Estado español que emitió un Libro de Familia para la demandante y su familia, reconociéndoles el estatus de familia numerosa, les concedió, asistencia sanitaria a la interesada y a sus seis hijos y percibió las cotizaciones correspondientes a su marido gitano en la Seguridad Social durante diecinueve años, tres meses y ocho días, no quiera hoy reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.
9. Por último, el Tribunal rechaza la tesis del Gobierno según la cual habría bastado que la demandante contrajera matrimonio civil para obtener la pensión que reclama, pues la prohibición de discriminación consagrada por el artículo 14 del Convenio sólo adquiere sentido si, en cada caso concreto, la situación personal del demandante en relación a los criterios enumerados en esta disposición es tomada en cuenta tal cual. Un enfoque contrario, consistente en desestimar la demanda basándose en que la interesada podría haber escapado a la discriminación modificando uno de los elementos litigiosos (por ejemplo, contrayendo matrimonio civil) vaciaría de contenido el artículo 14.
10. Por otro lado, la demandante se queja de que la ausencia de reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano en España, llevando esta etnia implantada en este país desde hace, al menos, quinientos años, vulnera su derecho al matrimonio. Invoca el artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 12, que está redactado como sigue:

“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las Leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.
11. El Tribunal recuerda que el artículo 12 garantiza el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, de casarse y fundar una familia. El ejercicio del derecho a casarse conlleva consecuencias sociales, personales y jurídicas. Está sometido a la Ley nacional de las Partes Contratantes, pero las limitaciones introducidas no pueden restringir o reducir el derecho de manera o hasta el extremo de que se atente a su contenido esencial.

12. El Tribunal observa que el matrimonio civil en España vigente desde 1981 está abierto a todos, y considera que su reglamentación no comporta discriminación por razón de religión u otra. Es cierto que algunas formas religiosas de consentimiento matrimonial están admitidas en la legislación española, pero estas formas religiosas están reconocidas en virtud de acuerdos anteriores de estas confesiones con el Estado y producen, por tanto, los mismos efectos que el matrimonio civil, mientras que otras formas, entre ellas la gitana, no están reconocidas. Esta diferencia no impide o prohíbe el matrimonio civil, abierto a los gitanos en las mismas condiciones de igualdad que a las personas que no pertenecen a esa comunidad, y responde a motivos que el legislador debe tener en cuenta y que dependen de su margen de apreciación.

V. CONCLUSIONES

1. El Tribunal concluye, respecto a la violación del artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 1 del Protocolo nº1, que si se ha producido.
2. El Tribunal considera, respecto a la violación del artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 12, que el hecho de que las uniones gitanas no originen efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación ilegal. Por consiguientes, esta demanda carece manifiestamente de fundamento y debe, pues, ser rechazada considerando los artículos 35.3 y 35.4 del Convenio.
3. Se procede a la aplicación del artículo 41 del Convenio que, otorga a la parte cuyos derechos han sido violados y así ha sido declarado por el Tribunal, la concesión a la parte perjudicada de una satisfacción equitativa. De este modo, el Estado deberá abonar a la demandante 70.000€ por todos los daños y perjuicios sufridos, 5.412'56€ en concepto de costas.

ASUNTO PARASKEVA TODOROVA c. BULGARIA

(Demanda nº 37193/07)

Sección Quinta

25 marzo 2010

I. PRELIMINARES

1. El asunto tiene su origen en una demanda contra la República de Bulgaria que una ciudadana de ese Estado, la señora Paraskeva Dimkitrova Todorova, presentó ante el Tribunal el 9 de agosto de 2007, al amparo del artículo 34 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“El Convenio”).
2. La demandante alegó en concreto que las jurisdicciones penales búlgaras que la condenaron por robo, adujeron motivos discriminatorios para evitar sobreeser la ejecución de su pena de prisión y que el asunto penal no fue examinado por un tribunal imparcial.

II. HECHOS

1. La demandante nació en 1952 y reside en Trud, región de Plovdiv. Es ciudadana búlgara y pertenece a la minoría étnica y cultural Romaní.
2. En 2005, la sala del distrito de Plovdiv abrió un proceso penal en contra de la demandante por fraude, se le acusaba en concreto de la apropiación fraudulenta de la suma de 2.600 Levs búlgaros (unos 1.300€) y de joyas de una tal G.S. El 23 de diciembre de 2005 fue renviada a juicio ante el tribunal del distrito de Plovdiv.
3. Durante el proceso y en su presencia, el tribunal del distrito escuchó los testigos de cargo y de la defensa, recogió pruebas documentales y conclusiones de expertos. Destacaba la declaración de la demandante, que se situaba el día de los hechos en una ciudad a 100 km de distancia, corroborado mediante certificado médico del lugar. También el hecho de que la policía no hallara ni dinero ni joyas en posesión de la demandante, así como sucesivas contradicciones de los testigos de cargo respecto a la edad o apariencia física de la persona que había robado a la víctima. Por el contrario, la víctima reconocía a la demandante como autora del robo. Además, la acusada contaba con antecedentes por robo.
4. El 29 de mayo de 2006, el tribunal dictó sentencia por la que encontraba a la demandante culpable de haber estafado a G.S y la condenó a tres años de prisión. En el encabezamiento de la sentencia, junto a sus datos personales, como el nombre, la fecha de nacimiento, el domicilio, figuraba también su origen gitano. La pena impuesta, atendía a un equilibrio entre circunstancias agravantes (datos negativos de la personalidad de la demandante, sus condenas

anteriores, la ausencia de empleo estable, la gravedad de los hechos, el elevado montante de dinero estafado) y circunstancias atenuantes (la avanzada edad de la demandante).

5. La demandante presentó una apelación sobre la sentencia. Consideró que el tribunal no probó su implicación en los hechos de los que se acusaba y sostuvo que la jurisdicción inferior había tenido en cuenta la pertenencia étnica de la demandante para motivar su sentencia.
6. El 16 de octubre de 2006, el tribunal de Plovdiv confirmó la sentencia de primera instancia. Esta sentencia no era susceptible de recurso en casación ordinario.
7. El 6 de noviembre de 2006, la demandante dirigió al Tribunal Supremo de casación un recurso. Afirmaba que su condena había sido injusta, contraria a la legislación interna y a las convenciones internacionales ratificadas por Bulgaria, incluido el artículo 6.1 del Convenio, y discriminatoria. La defensa rebatió cada una de las pruebas de cargo y sostenía que la decisión de los tribunales de no condicionar la ejecución de la pena de la demandante, estuvo motivada por su pertenencia a un grupo étnico y cultural minoritario.
8. En una sentencia de 5 de junio de 2007, el Tribunal supremo de casación rechazó el recurso presentado por la demandante. La alta instancia consideró que los tribunales inferiores habían establecido correctamente los hechos, que su calificación fue correcta, y consideró que la condena a una pena efectiva se veía justificada, de este modo “la acusada se vería privada de la posibilidad de remprender su comportamiento delictivo y la sanción penal ejercerá el efecto disuasorio deseado ante otros miembros de la sociedad”.

III. NORMATIVA APLICABLE

Legislación interna

1. Constitución de la República de Bulgaria. (Art. 6)
2. Código de Procedimiento Penal, de 2006. (Arts. 11, 346, 421,422,424 y 425)
3. Código Penal. (Arts.66 y 36)

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Respecto la violación alegada del artículo 14 combinado con el artículo 6.1 del Convenio. La demandante alegó que la negativa de los tribunales internos a sobreseer la ejecución de su pena se basaba en el hecho de que ella pertenecía a la minoría romaní. Considera que este enfoque de los tribunales, que ella califica de abiertamente discriminatorio, ha conllevado la vulneración de su derecho a un procedimiento equitativo y que la motivación de la decisión del tribunal de distrito demuestra claramente la posición adoptada por el juez. El Tribunal considera que conviene examinar las alegaciones de la demandante desde el punto de vista del artículo 14 combinado con el artículo 6.1. del Convenio, y dicen:

(Op. cit)

Artículo 6.1 del Convenio

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un Tribunal independiente e imparcial, (...) que decidirá sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

2. En lo referente al carácter discriminatorio alegado por la demandante en la motivación de los tribunales, recuerda el Tribunal que su misión no es sustituir a las jurisdicciones internas en la apreciación de los hechos y en la interpretación del derecho interno, su misión es asegurarse de que el procedimiento seguido en este asunto, mantiene un carácter equitativo, tal y como establece el artículo 6 del Convenio (Stc Tejedor García c. España, 16 de diciembre de 1997).
3. El artículo 14 prohíbe toda diferencia injustificada en el disfrute de los derechos y libertades garantizado por el Convenio, incluida la pertenencia étnica o racial de la persona en cuestión. El Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de saber en qué condiciones la motivación de una decisión de los tribunales internos conculca las disposiciones combinadas de los artículos 14 y 6.1 del Convenio. Ha considerado en especial que cuando la argumentación de una sentencia de las jurisdicciones internas, introduce una diferencia de trato exclusivamente basada en uno de los criterios enumerados por el artículo 14, el Estado demandado se encuentra en la obligación de justificar esta diferencia de trato, en ausencia de una justificación de dicha naturaleza, se menosprecian los artículos 14 y 6.1. (Stc Schuler-Zraggen c. Suiza, 24 de junio de 1993).

4. El Tribunal investiga en primer lugar si la argumentación de las jurisdicciones internas tuvo como resultado la inclusión de una diferencia de trato en menoscabo de la demandante. En la valoración del tribunal de primera instancia, en referencia a si se podían alcanzar los objetivos de prevención general y de la prevención especial sin la ejecución de la pena de prisión, hace alusión a un sentimiento generalizado de impunidad en la sociedad sobretodo respecto a miembros de los grupos minoritarios, y ello sin que el tribunal invoque ningún argumento o hecho que pueda sustentar su observación. Para el Tribunal, esta afirmación, tomada junto con la pertenencia etnocultural de la demandante, era susceptible de sugerir al público, así como a la interesada, la sensación de que el tribunal buscaba imponer una pena ejemplar para la comunidad romaní, al condenar a una pena efectiva a una persona que pertenecía a ese mismo grupo minoritario.
5. En segundo lugar, admitida la diferencia de trato practicada por la jurisdicción interna, cabe saber si tal diferencia de trato en litigio estaba objetiva y razonablemente justificada por parte del Estado demandado. La ausencia de aportación, por parte del Gobierno, de algún elemento que permita justificar la diferencia de trato constatado en este asunto, junto con la imposibilidad de discernir por parte del Tribunal de alguna circunstancia de carácter objetivo susceptible de justificar esta situación, conduce a constatar que la motivación en el presente litigio ha resultado ser discriminatoria.

V. CONCLUSIONES

1. Los tribunales internos, en el presente asunto, han realizado una diferencia en el trato de la demandada injustificada en el disfrute de las garantías de un proceso equitativo que estaba fundado en la pertenencia étnica de la demandante. Por tanto se ha producido la violación del artículo 14 en combinación con el artículo 6.1 del Convenio.
2. Se procede a la aplicación del artículo 41 del Convenio que, otorga a la parte cuyos derechos han sido violados y así ha sido declarado por el Tribunal, la concesión a la parte perjudicada de una satisfacción equitativa. De este modo, el Estado deberá abonar a la demandante 5.000€ en concepto de daño moral, 2.218€ en concepto de costas y gastos.

- PROHIBICIÓN TORTURA, TRATO INHUMANO O DEGRADANTE -

ASUNTO V.C. c. ESLOVAQUIA

(Demanda nº 18968/07)

Antigua Sección Cuarta

8 noviembre 2011

I. PRELIMINARES

1. El asunto tiene su origen en una demanda dirigida contra la República de Eslovaquia, que una ciudadana eslovaca, la señora V.C., presentó ante el Tribunal, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”), el 23 de abril de 2007.
2. La demandante alega la violación del artículo 3 del Convenio debido a su esterilización en un hospital público.

II. HECHOS

1. La demandante, que es de origen étnico romaní, nació en 1980 y vive en Joravnice. Terminó la educación obligatoria en sexto grado y está en paro. Su lengua materna es el lenguaje romaní, que utiliza diariamente junto con un dialecto local.
2. El 23 de agosto de 2000, la demandante fue esterilizada mientras estaba hospitalizada en el Hospital de Presov. El procedimiento se llevó a cabo durante el parto del segundo hijo de la demandante que tuvo lugar por cesárea.
3. El parto está documentado en un registro. En éste figura la solicitud, por parte de la demandante, de la esterilización. Solicitud que fue propuesta por el equipo médico ante y durante la dificultad del segundo parto, apuntando que un tercer parto podría ser letal tanto para ella como para el niño. Ante tal panorama, accedió a firmar la solicitud de esterilización, a pesar de desconocer el significado de dicho término.
4. El parto se completó vía cesárea. Acto seguido se le practicó una ligadura de trompas a la paciente. Las palabras “La paciente es de origen romaní” aparecen en el registro antes mencionado. Durante su hospitalización en la unidad de

- ginecología y obstetricia, la paciente fue instalada en una habitación en la que exclusivamente había mujeres romaníes.
5. La demandante sufrió posteriormente graves problemas médicos y psicológicos derivados del procedimiento de esterilización. Desde un falso embarazo, a la necesidad de tratamiento psiquiátrico.
 6. La demandante fue condenada al ostracismo por parte de la comunidad romaní. Fue abandonada en varias ocasiones por su marido, finalmente se divorciaron, todo ello, según la demandante, como consecuencia de su infertilidad.
 7. Por su parte, el director del Hospital de Presov indica que las cesáreas practicadas a la paciente en sus dos partos, responden a la dificultad particular de la paciente, de pelvis de tamaño reducido. Ante el riesgo de rotura del útero, advirtieron a la paciente sobre los riesgos a un tercer embarazo, de este modo, V.C. de forma consciente accedió a la esterilización.
 8. El 9 de septiembre de 2004, la demandante presentó una demanda ante el Tribunal de Distrito de Presov. Afirmó que la esterilización practicada sobre ella había supuesto una violación de la legislación eslovaca y de las normas internacionales de derechos humanos.
 9. El 28 de febrero de 2006, el Tribunal de Distrito de Presov desestimó la demanda. Aducía que la esterilización se realizó por razones médicas, en atención a la salud de la paciente y bajo su consentimiento. No apreciaba violación alguna de los derechos de la demandante en virtud del Convenio.
 10. El 12 de mayo de 2006 la demandante apeló, entre otras, denunciaba la violación de la legislación en vigor, ya que la esterilización no había sido aprobada por un comité al efecto.
 11. El 25 de octubre de ese mismo año el Tribunal Regional de Presov confirmó la sentencia en primera instancia. El procedimiento cumplió con las disposiciones pertinentes del Reglamento de Esterilización de 1972, la aprobación previa de un comité de esterilización se requiere sólo en caso de que la esterilización se lleve a cabo en órganos reproductivos sanos, que no era el caso de la demandante.
 12. El 17 de enero de 2007, la demandante presentó una demanda ante el Tribunal Constitucional. Alegó la vulneración de sus derechos y libertades constitucionales que prohíben la discriminación y el tratamiento o castigo cruel, inhumano o degradante, así como sus derechos al amparo del artículo 3 del Convenio.

13. El 4 de febrero de 2008, el Tribunal Constitucional desestimó la demanda puesto que la consideraba carente manifiestamente de fundamento.

III. NORMATIVA APLICABLE

Legislación interna

1. Código Civil. (Arts. 11 y 13)
2. Reglamento de Esterilización de 1972. (Arts. 2, 5.1, Anexo XIV)
3. Ley de Atención Sanitaria de 1994, que deroga la anterior. (Arts. 13, 15)
4. Ley de Atención Sanitaria de 2004, que modifica la anterior. (Arts. 6, 40 y 50)

Legislación internacional

1. Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, de 15 de enero de 1998. (Arts. 1, 4, 5 y 8)
2. Informe Explicativo del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. (Arts. 4, 5 y 8)
3. Informes de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, de 27 de enero de 2004 y 26 de mayo de 2009.
4. Convención en Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1 de enero de 1993. (Arts. 1, 12 y 16)
5. Declaración de la OMS sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, en Ámsterdam en marzo de 1994.
6. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005. (Arts. 5 y 6)

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Sobre la violación del artículo 3 del Convenio, la demandante se quejó de que fue objeto de un trato inhumano y degradante debido a su esterilización y que las autoridades no llevaron a cabo una investigación en profundidad, justa y eficaz de las circunstancias que la rodearon. Se basó en el artículo 3 del Convenio, que dispone:

“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”

2. El Tribunal recuerda que el artículo 3 del Convenio consagra uno de los valores más fundamentales de una sociedad democrática. Se prohíbe en términos absolutos la tortura o los tratos inhumanos o degradantes, independientemente de las circunstancias y el comportamiento de la víctima. (Stc Labita c. Italia, nº 26772/95).
3. Los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad si se quiere que entren en el ámbito del artículo 3. La valoración de este mínimo es relativa; depende de las circunstancias del caso, tales como la duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima. Aunque el propósito de este tratamiento es un factor a tener en cuenta, en particular la cuestión de si se tenía intención de humillar o degradar a la víctima, la ausencia de tal propósito conduce inevitablemente a la conclusión de que no ha habido violación del artículo 3. (Stc Peers c. Grecia, nº28524/95).
4. En cuanto a las denuncias de malos tratos en el contexto de intervenciones médicas a las que las personas son sometidas en contra de su voluntad, el Tribunal declaró que cuando una medida terapéutica es necesaria desde el punto de vista de los principios establecidos de la medicina no puede en principio ser considerada como inhumana y degradante. Debe asegurarse pero, de forma convincente, que existe una necesidad médica y que existen las garantías procesales de esa decisión.
5. El Tribunal señala que la esterilización constituye la mayor injerencia en el estado de salud reproductiva de una persona, influyendo en la integridad de la persona, en su bienestar físico y mental y la vida familiar emocional y espiritual. Se realizará legítimamente a petición del interesado, o bien, con fines terapéuticos, cuando la necesidad médica se establezca de manera convincente.
6. En el presente caso, la demandante fue esterilizada en un hospital público inmediatamente después de haber dado a luz a su segundo hijo por cesárea. Los médicos consideraron que el procedimiento era necesario, ya que un posible tercer embarazo implicaría graves riesgos para su vida y la de su hijo, en particular el riesgo de rotura uterina.
7. La esterilización no es considerada generalmente como una cirugía vital, y en el caso concreto no existía una emergencia que supusiera un riesgo inminente de

daño irreparable para la vida de la demandante, y siendo ésta adulta y capaz, su consentimiento informado era un requisito previo al procedimiento.

8. Si bien existe documentación que acredita el consentimiento de la demandada, éste fue otorgado en pleno proceso del parto y en posición supina. En opinión del Tribunal, este enfoque no es compatible con los principios de respeto a la dignidad y a la libertad humana consagrados en el Convenio. La demandante no fue informada sobre su estado de salud, sobre el procedimiento propuesto y las alternativas a la misma. En las circunstancias en las que se encontraba, no pudo tomar una decisión por su propia voluntad, ni reflexionar sobre las implicaciones que ello conllevaba.
9. El Tribunal observa que el procedimiento de esterilización interfiere con la integridad física de la demandante, como privándole así de su función reproductiva. La demandante entonces tenía 20 años.
10. A pesar de no haber indicaciones de que el equipo médico actuara con intención de maltratar a la demandante, ellos, no obstante, actuaron sin tener en consideración el derecho que tiene, como paciente, a la autonomía y a la elección. Para el Tribunal, el trato al que fue sometida, alcanzó el nivel de gravedad necesario para entrar en el ámbito del artículo 3.

V. CONCLUSIONES

1. La esterilización no suponía una necesidad inminente desde un punto de vista médico, la demandante no dio su consentimiento informado para ello. Todo ello ocasionando graves efectos posteriores médicos y psicológicos, así como ser condenada al ostracismo por la comunidad romaní. Por tanto, el Tribunal declara que ha habido una violación del artículo 3 del Convenio.
2. Se procede a la aplicación del artículo 41 del Convenio que, otorga a la parte cuyos derechos han sido violados y así ha sido declarado por el Tribunal, la concesión a la parte perjudicada de una satisfacción equitativa. De este modo, el Estado deberá abonar a la demandante 31.000€ en concepto de daño moral, 12.000€ en concepto de gastos y costas.

CONCLUSIONES

El presente Trabajo de Fin de Grado nos ha permitido conocer cual ha sido la evolución del Poder Judicial respecto a su actividad jurídica y jurisprudencial, de cómo paulatinamente la práctica judicial ha ido orientándose hacia una interpretación más democrática del ordenamiento jurídico, así como constatar el escepticismo actual de nuestro sistema jurídico a la hora de reconocer fórmulas de derecho alternativo al estatal.

Vimos como inicialmente, mediante el método jurídico del positivismo cientifista, éste aparato carecía de discrecionalidad alguna, limitándose al papel de simple intérprete, conectando el lenguaje con la ley. El juez se limitaba aquí a realizar un ejercicio de subsunción, es decir, a encajar el caso real en el supuesto de hecho de la norma puesto que la decisión estaba ya prevista en el sistema. La jerarquía de fuentes y la independencia judicial eran entonces los máximos estandartes de esta corriente, los cuales aportaban al sistema objetividad, certeza y seguridad jurídica. Si bien con este sistema, se impartía justicia, ésta atendía al modelo de producción capitalista, que indudablemente recompensaba en mayor medida a la clase dominante.

La que parece ser una ley de vida ineludible, la imposición del poder de unos pocos sobre muchos, esta siendo en nuestros días sacudida de manera poderosa e inaudita. Surgen múltiples manifestaciones de rechazo de todos aquellos grupos reprimidos, que cada vez de forma más intensa y extensamente provoca la cuestionabilidad absoluta del sistema, con una envergadura global, afectando a sectores tales como el económico, social, político o jurídico.

El Poder Judicial también está involucrado en esta crisis total del sistema, ante una sociedad con cada vez mayores expectativas jurídicas, con un incremento de la demanda pública de justicia, debe este aparato proceder a tomar partido en la transformación social que acontece, utilizar el derecho como herramienta para la lucha de clases, en definitiva para la emancipación de clase dominada y reprimida.

Creemos que parte de la solución para el resarcimiento de la Justicia, pasa por la aplicación de un uso alternativo del derecho. Se trata de escapar de aquel rol al que el aparato judicial estaba anclado, y apostar por realizar una actividad jurídica y

jurisprudencial novedosa, reflejando los distintos principios propios de las diferentes manifestaciones sociales emergentes.

Para un uso alternativo del derecho se requiere una práctica judicial emancipadora, realizando como decíamos un uso del derecho distinto al que venía aplicándose, aunque siempre respetando el equilibrio de fuentes previsto en el ordenamiento jurídico, pero que habilite la creación, mediante instrumentos permanentes y estables que vayan más allá de la buena voluntad individual del juez, de bases positivas que apoyen un derecho alternativo para aquellos grupos eternamente dominados.

Es consustancial además, una interpretación alternativa del contenido del ordenamiento jurídico, se demanda una interpretación y aplicación del derecho voluntarista y subjetivista, se precisa ahora la previa comprensión de las posibles soluciones por parte del intérprete, que su subjetividad, prejuicios y su tradición tengan una naturaleza constitutiva, reconociéndose entonces el carácter político de la ciencia del derecho, todo ello como no podría ser de otra manera, sin menoscabar los principios de legalidad y seguridad jurídica, sobre los cuales yace todo el sistema jurídico.

En definitiva, en el actual estado de las cosas se precisa una interpretación jurídica del ordenamiento jurídico por parte de la figura del juez, en la que tome partido realizando un ejercicio de superposición de lo legal y de aquellos valores personalmente aceptados, sin que signifique esto una invasión de las competencias del legislador, ni un enjuiciamiento arbitrario, y consolidar una jurisprudencia válida, fundamentada, pero que defienda una política minoritaria.

A pesar de lo expuesto, tenemos que reconocer que esta práctica judicial alternativa idílica no basta para conseguir una transformación del sistema, se requerirá también la consolidación de un sistema jurídico plural que posibilite el reconocimiento de un derecho alternativo, es decir, lograr instaurar en un mismo sistema una forma de derecho distinta a la estatal en un plano de igualdad y de respeto mutuo.

Hemos visto cómo, en inicio cada Estado admitía tan sólo un sistema jurídico, un único derecho oficial que dotaba al sistema de seguridad y orden, y que al mismo tiempo eclipsaba e incluso excluía otras fuentes de producción de derecho provenientes

de colectivos sociales alternativos, bajo el pretexto de ser amenazas para el buen funcionamiento (según la clase dominante, claro está) de que el sistema gozaba.

Ante la proliferación y persistencia de estos colectivos, se consigue la reducción del derecho estatal dando lugar al reconocimiento de la pluralidad jurídica del sistema. Ahora bien, el tipo de relación que se establece entre el derecho “oficial” y los derechos emergentes dentro del mismo sistema, tal y como hemos tenido oportunidad de ver es diverso. La doctrina jurídica distingue desde relaciones de exclusión, la propuesta por Moore o Pospisil, aquí la suerte del nuevo derecho dependerá de la validación o no por el derecho estatal. Relaciones de supletoriedad, donde el derecho “nuevo” entrará en juego cuando el derecho central no alcance a dar respuesta, como así sucedía con pluralismo jurídico clásico, o concretamente con el colonialismo. O relaciones de complementariedad, al guardar ambos derechos ciertos intereses comunes de uno respecto al otro. E incluso, el que creemos sería más oportuno en una sociedad democrática de derecho como la nuestra, relaciones de convivencia de sistemas jurídicos divergentes en un mismo tiempo y lugar.

Pese a la crítica que se le asesta al pluralismo jurídico, que principalmente consiste en la apropiación indebida por parte de los derechos emergentes de los cauces de desarrollo del derecho central, esta corriente establecerá el marco jurídico idóneo para la formulación del derecho alternativo, a través de la consolidación de unas prácticas autogestionarias alternativas que fomenten una cultura jurídica plural.

Lo que aquí y ahora nos interesa es la consecución de un derecho alternativo mediante una práctica legal institucionalizada, hablamos de la interpretación judicial favorable a los sectores más pobres y oprimidos, de las comunidades excluidas o marginales. Para conseguir la emancipación social de los grupos oprimidos, la noción Estado-derecho ha de quedar superada por un campo jurídico plural, dónde múltiples legalidades operen en diferentes espacio-tiempos y a escalas locales, nacionales y transnacionales.

En efecto, la comunidad gitana es un claro ejemplo de necesidad de amparo de la justicia alternativa que aquí se demanda. Éste pueblo a pesar de establecerse en la península desde hace más de quinientos años y de coexistir con el pueblo español, rara vez lo ha hecho pacíficamente, siendo en su mayor parte una convivencia conflictiva, y lo ha sido por el hecho de mantener sus propias señas de identidad, tales como su

lengua, religión o costumbres que lo distinguen y lo realizan como pueblo. Como minoría reconocida que son, se hallan ante una situación de especial fragilidad frente al poder Estatal y Judicial, pues son susceptibles de ser discriminados, es decir, de recibir una diferencia de trato sin justificación objetiva y razonable por el simple hecho de pertenecer a un grupo o colectivo determinado.

Por ello, resulta vital que se garantice la protección del pueblo gitano, así como a cualquier otra minoría que vea menoscabado sus derechos, desde una justicia novedosa, una justicia alternativa que sepa reconocer aquellas situaciones de vulnerabilidad que requieren una forma alternativa de impartir derecho.

Si bien deseáramos que la actividad de los tribunales españoles bastase para el íntegro reconocimiento de los derechos del pueblo gitano, de la selección de sentencias del TEDDHH podemos concluir que tanto los Tribunales españoles, así como los tribunales vecinos integrantes de la UE, precisan de este ente supranacional para el control de sus actuaciones y sobretodo, para una orientación hacia una interpretación común más integradora.

Sólo mediante la comunión de las doctrinas de éstos órganos jurisdiccionales, nacerá una jurisprudencia alternativa auténtica cuya prioridad sea el resarcimiento de intereses excluidos, estableciendo de este modo unos principios jurídicos progresivos que con la debida presión política y social, darán lugar a nuevas interpretaciones legítimas y más democráticas que permitan crear parcelas de poder y justicia a ciertos sectores que se encuentran en desventaja social y alcanzar así, una democratización real del derecho y de la práctica jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Arnaud, André-Jean; Fariñas Dulce, M. José. *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*. Madrid. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1996.

Barcellona, Pietro; Cotturi, Guiseppe. *El Estado y los Juristas*. Ed. Fontanella, Barcelona, 1972.

Bataillard, Paul. *Beginning of the Innigration of the Gypsies into Western Europe in the Fifteenth Century*. J.G.L.S. 1889.

Benda-Beckmann, F. *Who's Afraid of Legal Pluralism?* Journal of Legal Pluralism. 2002.

Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid. 1991.

Bonilla, Daniel; Ariza, Libardo. *El pluralismo jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*. Estudio Preliminar. En Pluralismo Jurídico, Brian Tamanaha, Sally Engle Merry and John Grigffiths, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes- Instituto pensar, 2007.

Calvo Buezas, Tomás. *Los racistas son los otros: gitanos, minorías y derechos humanos en los textos escolares*. Madrid. Editorial Popular. 1989.

Clebert, Jean. *Los Gitanos*. Barcelona. Aymá. 1965.

Díaz Pérez de Madrid, A. *La protección de las minorías en Derecho Internacional*. Universidad de Granada. 2004.

Editorial Bosch, S.A. *Bosch Online*. [en línea]. Base de datos jurídica. [Barcelona]. <<http://www.bosch-online.net>> [Consulta: 21 abril 2014]

Ehrlich, Eugene. *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Marcial Pons. Madrid. 2005.

European Court of Human Rights. Council of Europe. [France]. Recuperado el 18 de Abril de 2014. Del sitio web:

<[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>

Fariñas Dulce, M. José. *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm.7, 2ªed., Monte-Dykinson. Madrid. 2006.

Ferrajoli, Luigi. *Magistratura democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*. Roma-Bari, 1973.

Fundación Secretariado Gitano. (s.f.). [Madrid]. *Un pueblo sin fronteras*. Recuperado el 15 de Abril de 2014. Del sitio web:

<http://www.gitanos.org/la_comunidad_gitana/un_pueblo_sin_fronteras.html.es>

Gómez Alfaro, Antonio. *La gran redada de los gitanos: España, prisión general de gitanos en 1749*. Editorial Presencia Gitana. Madrid. 1993.

Griffiths, J. *What is legal pluralism?* Journal of Legal Pluralism. N°24.1986.

Laso Prieto, José M. *Sobre la Teoría del Uso alternativo del Derecho*. El Catoblepas. Revista Crítica del Presente. N°44. Octubre, 2005.

López Calera, Nicolás; Saavedra López, Modesto; Andrés Ibañez, Perfecto. *Sobre el uso alternativo del Derecho*. Ed. Fernando Torres, Valencia, 1978.

Mariño Menéndez, F.M. *Las minorías en una sociedad democrática: Protección internacional de las minorías: consideraciones Viejas y Nuevas*. Ed. Isabel García Rodríguez. Alcalá de Henares. 2001.

Merry, Selly Engle. *Legal Pluralism*. Law and Society Review. Vol.22. Núm.5. 1988.

Moreno Casado, J. *Los gitanos desde su penetración en España: su condición social y jurídica*. Escuela Social de Granada. Granada. 1949.

Pérez Luño, A. Enrique. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. Ed. Tecnos, Madrid, 2010.

Pott, A.F. *Die Zigeuner in Europa und Asien*. Ethnographisch-linguistische untersuchungen. 2 Vols. Halle. 1844.

Rincón Atienza, P. *Historia del pueblo gitano*. ASGG. Madrid. 1994.

Sánchez Ortega, M.H. *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos: Evolución y Contexto histórico de los gitanos españoles*. Alianza Editorial. Madrid. 1986.

Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta-ILSA. Madrid-Bogotá. 2009.

----- *Crítica a la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia: para un nuevo sentido común: La ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Vol.1. Descleché de Bruower, Bilbao, 2003.

----- *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Bogotá. 1991. ILSA

Scarpari, Giancarlo. *La Democrazia Cristiana e le leggi eccezionali*. Milan. 1977.

Senese, Salvatore. *Justicia internacional, cooperación y derecho de los pueblos*. Jueces para la Democracia. Información y Debate. 1990.

Souza, María de Lourdes. *Del uso alternativo al garantismo: una evolución paradójica*. Madrid. Anuario de Filosofía del Derecho. Tomo XV. 1998.

Tamanaha, Brian Z. *La insensatez del concepto "científico social" del pluralismo jurídico*. Bogotá. Instituto Pensar, Siglo XX editores. 2007.

Thomson Reuters Aranzadi. *Aranzadi digital*. [en línea] Base de datos jurídica. [Madrid]. <<http://www.aranzadidigital.es>> [Consulta: 22 de abril 2014]



El derecho alternativo y el pluralismo jurídico. El caso de la etnia gitana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos by [Pérez Sangenis, Daniel](#) is licensed under a [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional License](#).

Puede hallar permisos más allá de los concedidos con esta licencia en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca>