

Aimon Real Solé

DERECHO ALTERNATIVO Y PLURALISMO JURÍDICO:

EL CASO DE LA MINORÍA DEL PUEBLO GITANO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Dirigido por el Dr. Mario Ruiz Sanz

Grado en Derecho



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

Mayo de 2016

Resumen

La identificación entre derecho, estado y soberanía ha justificado el monopolio jurídico del Estado moderno, pero con la emergencia de nuevos actores afirmados como artífices de una alternatividad jurídica, señalan la crisis del derecho estatal y amplían las fronteras conceptuales del Derecho. El presente TFG pone de manifiesto el sentido complejo del pluralismo jurídico y el derecho alternativo, desde una perspectiva dual que cuestiona aquella concepción monista que ha reducido la diversidad endémica de la sociedad a una sola visión dominante del derecho. Todo ello se ha complementado con un análisis práctico de un conjunto de sentencias emitidas por el TEDDHH, empleando como criterio de selección el origen de los demandantes, en su totalidad de la minoría étnica gitana y, la tipología de derecho vulnerado y salvaguardado por el propio Tribunal de Estrasburgo.

Resum

La identificació entre dret, estat i sobirania ha justificat el monopoli jurídic de l'Estat modern, però amb l'emergència de nous actors afirmats com a artífexs d'una alternativitat jurídica, senyalen la crisi del dret estatal i amplien les fronteres conceptuais del Dret. El present TFG posa de manifest el sentit complex del pluralisme jurídic i el dret alternatiu, des d'una perspectiva dual que qüestiona aquella concepció monista que ha reduït la diversitat endèmica de la societat a una sola visió dominant del dret. Tot això s'ha complementat amb un anàlisi pràctic d'un conjunt de sentències emeses pel TEDDHH, fent servir com a criteri de selecció l'origen dels demandants, en la seva totalitat de la minoria ètnica gitana i, la tipologia de dret vulnerat i salvaguardat pel propi Tribunal d'Estrasburg.

Abstract

The identification between law and state sovereignty justified the legal monopoly of the modern state, but with the emergence of new actors affirmed as creators of a legal alternative signs the crisis of state law and broaden the conceptual boundaries right. This TFG highlights the complex sense of legal pluralism and the alternative right from a dual perspective that questions monistic conception that it has reduced the diversity of society endemic to a single dominant view of the law. All this is complemented with a practical analysis of a series of judgments by TEDDHH, using as criteria for selecting the origin of the applicants, in their entirety the Roma ethnic minority and the type of law and violated safeguarded by the Strasbourg Court itself.

Palabras clave / Paraules clau / Keywords

Pluralismo jurídico - Monismo jurídico – Derecho estatal – Derecho alternativo – Gitanos.

Pluralisme jurídic – Monisme jurídic – Dret estatal – Dret alternatiu- Gitanos.

Legal pluralism - Legal monism - State law - Alternative law – Roma ethnic.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I. DERECHO ALTERNATIVO Y PLURALISMO JURÍDICO	11
1.1. Preámbulo.....	11
1.2. Prácticas alternativas.....	11
1.3. Pluralismo jurídico.....	14
1.4. Uso alternativo del derecho.....	16
1.5. Derecho alternativo.....	18
1.6. Características del derecho alternativo	20
1.7. Elementos del derecho alternativo.....	27
CAPÍTULO II. PRECISIONES CONCEPTUALES AL DERECHO ALTERNATIVO....	28
2.1. Aproximación histórica a los orígenes del derecho alternativo	28
2.1.1. El uso alternativo del Derecho en Italia	35
2.1.2. El uso alternativo del Derecho en España	40
CAPÍTULO III. EL CASO DEL PUEBLO GITANO A DEBATE.....	43
3.1. Preámbulo	43
3.2. Los derechos de las minorías	44
3.2.1. El concepto de minoría.....	45
3.2.2. Pertenencia y reconocimiento de las minorías.....	47
3.3. Orígenes y migraciones del pueblo gitano	49
3.4. Llegada a Europa.....	49
3.5. Los gitanos en el Estado español.....	51
3.5.1. Acogida	51
3.5.2. Persecución.....	52

3.5.3. Tolerancia.....	55
3.5.4. Los siglos XIX y XX	59
3.5.5. Los gitanos en la CE de 1978 y el marco legal de la UE.....	65
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE SENTENCIAS DEL TEDH SOBRE GITANOS	69
4.1. Asunto Nachova y otros c. Bulgaria	70
4.2. Asunto D.H. y otros c. Chequia.....	81
4.3. Asunto Orsus y otros c. Croacia	88
4.4. Asunto Muñoz Díaz c. España	94
4.5. Asunto V.C. c. Eslovaquia	102
REFLEXIONES FINALES.....	110
BIBLIOGRAFÍA	115

ABREVIATURAS

A.P.U.J.	Instituto de Apoyo Jurídico Popular
Art.	Artículo: plural: arts.
C.E.	Constitución Española
CE	Consejo Europeo
CENEJUS	Centro de Estudios Jurídicos y Sociales
Cfr.	Comparar
C.P.J.I.	Corte Permanente de Justicia Internacional
C.R.A.I.	Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación
D.A.	Derecho Alternativo
d. C.	Después de Cristo
D.C.	Distrito Capital
DD.HH.	Derechos Humanos
D.I.D.H.	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Ed.	Edición
Etc.	Etcétera
F.C.J.	Facultad de Ciencias Jurídicas
I.L.S.A.	Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos
J.A.I.	Consejo de Justicia y Asuntos de Interior
Núm.	Número
OO.II.	Organizaciones Internacionales
O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas

Op. Cit.	Obra ya citada del mismo autor en otras páginas
O.S.C.E.	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
P.	Página: plural: pp.
P. ej.	Por ejemplo
P.S.O.E.	Partido Socialista Obrero Español
R.F.A.	República Federal Alemana
Ss.	Siguiente: plural: ss. (p.ej.: pág. 7 y ss.)
T.E.D.H.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
T.F.G.	Trabajo de Fin de Grado
U.E.	Unión Europea
U.R.V.	Universitat Rovira i Virgili
V.	Véase
VS.	<i>Versus</i> , en oposición a

INTRODUCCIÓN

Existen en el mundo un sinnúmero de casos que precisan de una justicia que no se limite a una estricta aplicación de las normas jurídicas, por otro lado necesarias para satisfacer sus lícitas pretensiones. Se requiere de un Derecho que vaya más allá y contribuya en solventar aquellas prioridades concretas para todo ese conglomerado de personas o grupos de ellas que no hallen una respuesta satisfactoria a sus demandas en un ordenamiento jurídico complejo, que en cierto modo les resulte ajeno y que les coloca ante una posición de indefensión. Así pues, este es el gran reto que depara a los gobiernos, que han de dictar leyes que regulen estos procesos e implementen programas y acciones concretas para llevarlos a cabo.

Dicho esto, la pretensión del presente Trabajo de Fin de Grado (TFG), será indagar en los recovecos jurídico-filosóficos de un fenómeno contemporáneo de resolución de conflictos que se manifiesta a través del conocido como “derecho alternativo”, que pretende ser una propuesta de activismo progresista judicial para que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, orienten sus labores jurisdiccionales hacia la protección de las pretensiones de los grupos sociales más desfavorecidos, a través del rol protagonista que desempeña la judicatura en la protección de los derechos fundamentales reconocidos en nuestras constituciones.

Para tal fin, contaré con los consejos, recomendaciones, aclaraciones, correcciones y pautas a seguir de mi tutor asignado, el Dr. Mario Ruiz Sanz, con quien mediante la celebración de un conjunto de tutorías, llegaré a realizar el Trabajo que pondrá fin a mi Grado en Derecho.

La metodología empleada para abordar el objeto será de carácter interdisciplinar, es decir, se buscará el alcance de los objetivos inicialmente trazados recurriendo a diversas fuentes de información bibliográficas y digitales, producto de diferentes saberes jurídicos y no-jurídicos, dado que el estudio del activismo judicial precisa de apertura de miras para proveerse de una comprensión enriquecedora de éste.

Para ello, ha sido consultado un extenso repertorio bibliográfico, consacado del Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI) de nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas (FCJ) en el Campus Catalunya de la Universidad Rovira y Virgili (URV). Otras fuentes bibliográficas han sido proporcionadas por el propio tutor y por otros profesores.

El objetivo inicial de éste TFG será reflexionar sobre cómo sería posible que la propuesta del “derecho alternativo”, se constituya como una vía de acción y reflexión que pueda contribuir a que los jueces y el legislador asuman un rol activo en la satisfacción de las demandas de justicia social esgrimidas por las víctimas de las luchas sociales que nuestras sociedades atraviesan.

Cuando hablamos de los derechos humanos, lo hacemos entendiendo que son aquellos que no provienen de una relación jurídica concreta, sino que se trata de unos derechos que posee el individuo por el simple hecho de serlo, tratándose pues de unos derechos inalienables e imprescriptibles sin estar sometidos al arbitrio de un poder establecido.

La historia tiende a ser escrita desde la privilegiada posición del vencedor y difícilmente se habla del vencido o del débil que requiere protección y respeto. El hombre, tradicionalmente, siempre ha mantenido la idea de imponerse a cualquier otro sentido de identidad o criterio que haya sido manifestado en contra de sus creencias o convicciones.

Si analizamos la historia de la humanidad, normalmente siempre se ha considerado más importante conquistar, dominar, incorporar, imponer ideas y cultura, antes que proteger, integrar, aglutinar, tolerar, o respetar. A lo largo de muchos siglos de esa historia encontramos pocos ejemplos de protección, tolerancia y respeto.

Nos hallamos en una época de cambios significativos, que conllevan a escenarios trascendentes que requieren de nuevos planteamientos que se traduzcan en valores y acciones concretas que se encaminen a la tutela de una convivencia pacífica y un elevado grado de aceptación y respeto entre culturas, religiones, nacionalidades e ideologías.

Toda obra objeto de consulta ha sido reflejada en la correspondiente bibliografía adjunta *in fine* de este TFG y siguiendo el modelo UNE. Las citas textuales empleadas, también han sido debidamente creadas mediante sus respectivas notas al pié de página. Han sido también numerosas las consultas llevadas a cabo por vía electrónica y digital, con el fin de consultar, contrastar y adjuntar como materiales complementarios al presente TFG, todo un conjunto de páginas web de instituciones público-privadas, artículos de prensa, trabajos académicos, bases de datos jurídicas...

La estructura de éste TFG cuenta con un total de cuatro capítulos divididos en sub-apartados. Los dos primeros, van encaminados a dar una aproximación del encaje del derecho alternativo en el pluralismo jurídico. Los dos restantes, tratarán de analizar el encaje del reconocimiento del pueblo gitano en el derecho de minorías, mediante la búsqueda y análisis de resoluciones jurisprudenciales del TEDDHH y, con la clara incidencia y especificidad que éste tiene como derecho alternativo.

Finalmente, señalar que la relevancia del trabajo puede ser comprendida, por un lado, como necesaria en nuestras sociedades que exigen del Derecho un rol más activo en la búsqueda de la superación de las injusticias y en la defensa de la paz social; y, por otro lado, como la necesidad de participar de un debate, que se regenera con nuevos matices sobre el papel que debe desempeñar el poder judicial en los problemas estructurales que nos aquejan y que, creemos, que no han sido suficientemente desarrollados y solventados.

Por ello es importante contribuir en el diálogo académico y social sobre el papel que el Derecho, puede o no tener en el cambio social, partiendo de una ardua realidad: nuestras sociedades aumentan día a día sus cuotas de exclusión social y este hecho se manifiesta ante nosotros con el cobro de miles de víctimas, testigos inermes que intentan a través del ejercicio de acciones judiciales obtener justicia y satisfacer necesidades básicas para el respeto de su dignidad humana.

CAPÍTULO I. DERECHO ALTERNATIVO Y PLURALISMO JURÍDICO

1.1. Preámbulo

En este capítulo expondremos una imagen del movimiento del uso alternativo del Derecho. Se iniciará con una delimitación conceptual que busca una comprensión semántica del movimiento. Para una aproximación más profunda, se continuará con la exposición de sus presupuestos o bien de los diversos factores que en él se reúnen: una aproximación histórica a su contexto de surgimiento y, una descripción de su fundamento filosófico y de su presupuesto teórico jurídico, para, finalmente encuadrarlo como una teoría crítica del Derecho.

Es necesario distinguir entre las expresiones:

- Prácticas alternativas.
- Pluralismo jurídico.
- Derecho alternativo.
- Uso alternativo del derecho.

Todas ellas comparten rasgos de familiaridad y en ocasiones se empan como sinónimos, sin embargo se refieren a fenómenos diversos, por lo que intentar llegar a un acuerdo inicial sobre el sentido que se dará a estos conceptos resulta indispensable para poder profundizar en una buena aproximación conceptual del objeto central de estudio que son los derechos alternativos.

1.2. Prácticas alternativas

Empezando por lo más amplio, la expresión “*prácticas alternativas*” alude a una serie de prácticas por las cuales distintos integrantes de la cultura jurídica intentan vincularse con el derecho estatal de una manera diversa a la tradicional, procurando a través de ellas un objetivo emancipador, es decir, “intentando hacerlo (al derecho estatal) receptivo a las expectativas de quienes tiende a menudo a ignorar”¹.

¹ EBERHARD, C., «Algunas implicaciones de los enfoques alternativos», en *El Otro Derecho*, núm. 30, junio de 2004, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, pp. 14-33.

Estas prácticas se plantean como alternativas, en la medida que buscan diferenciarse de las prácticas que tradicionalmente se realizan con el derecho, caracterizadas por una actitud dogmática frente al contenido de las normas. En cambio, proponen transformar dicha recurrente actitud de distanciamiento y de pasividad ante la normativa estatal, en una actitud activa de empoderamiento cívico y de activismo destinado a obtener mayores cuotas de justicia social.

El contenido de una práctica alternativa puede ser muy variado. En Latinoamérica su impulso se encuentra del lado de los servicios legales alternativos, integrados por abogados comprometidos con las propuestas alternativas². Algunos ejemplos de ellos son: El instituto de apoyo jurídico popular (APUJ-Rio de Janeiro) que dirigió Miguel Pressburger, uno de los abogados más connotados de Brasil por estar vinculado al movimiento del uso alternativo del derecho o, en Colombia la presencia de servicios legales alternativos tiene como uno de sus representantes al Servicio Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Como se puede advertir, las prácticas alternativas tienen una clara impronta política, en la medida que las nutre un razonamiento crítico sobre el contenido de las normas. Sin perjuicio de ello se suele esgrimir que su sustento es democrático³.

Muchas veces se encontrará que la doctrina alude a ellas con la expresión uso alternativo del derecho. Sin embargo, éste comprende un fenómeno que participando de un espíritu similar, se diferencia de manera importante; pues a quien se propone el uso alternativo del derecho es específicamente a los jueces y a los operarios jurídicos vinculados directamente con el ejercicio de la función jurisdiccional. Por tanto, las prácticas alternativas podrían ilustrarse como un género y el uso alternativo del derecho, así como las otras expresiones que se expondrán, una especie de ellas.

² Véase: WOLKMER, A., *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Universidad Autónoma San Luis de Potosí, México, 2006, 136 pp. Cfr. PRESSBURGER, M., «El derecho a favor de los pobres», en *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, pp. 213 y ss. Vid. «Legalismos y derechos humanos, un desafío para el uso alternativo del derecho», en *Oñati Prodeedings*, Oñati, 1991, p. 213 y ss.

³ Cfr. HUYGHEBAERT, P., *Capitalisation de 10 années d'expériences. Un état des lieux des pratiques alternatives de droit*, Juristes-Solidarités, París, 2000, p. 90 y ss.

Un ejemplo frágil, pero, bastante ilustrativo de práctica alternativa es el trabajo realizado con la asociación de agricultores de Drôme, una localidad francesa⁴.

Lograron que una ley de arrendamiento tradicionalmente más favorable a los intereses de los propietarios, que a los de los agricultores, comenzara a ser aplicada sin necesidad de cambiar su contenido, ni la naturaleza del aparato judicial, generando un mayor triunfo para los agricultores en los procesos judiciales (de un 70 a 90%).

El proceso comprendió actividades de información masiva (sobre la justicia, sus mecanismos, la ley y su elaboración, el estatuto jurídico de los arrendatarios de granjas y aparcerías) en el transcurso de reuniones locales para los agricultores y los aparceros.

En una etapa posterior, se desarrolló una acción de formación, para un cierto número de ellos -los más motivados- con el fin de capacitarlos para que pudieran responder a las cuestiones jurídicas planteadas por sus colegas, y así estuvieran preparados para atender y participar, unos en las estructuras reglamentarias (comisiones consultativas de arrendamientos locales) y otros en las instancias judiciales (tribunales paritarios como los tribunales de arrendamientos locales).

Al mismo tiempo, se realizó un trabajo de autoformación recíproca, entre magistrados profesionales y delegados agricultores y aparceros, permitiendo a unos (los campesinos) desmitificar la figura del juez, y a los otros (los jueces) conocer la realidad de quienes tienen que juzgar.

Esta evolución en las decisiones judiciales es el resultado de la reapropiación por los campesinos, concernidos de sus problemas y de su capacidad para hacer irrupción en los tribunales de justicia con su realidad, creando una dinámica denominada por algunos como una relación de fuerza favorable.

⁴ EBERHARD, C., «Algunas implicaciones de los enfoques alternativos»..., op. cit., p. 19.

1.3. Pluralismo jurídico

Óscar Correas, propone designar como “pluralismo jurídico” la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos. Si aceptamos, como creo que es pacífico a esta altura del desarrollo de la teoría general del derecho, que un sistema normativo lo es porque está organizado en torno de una norma de reconocimiento o fundante (la *Grundnorm* de Kelsen), entonces estamos ante un fenómeno de pluralismo jurídico⁵.

Éste se constituye en uno de los centros de las reflexiones sociológica, antropológica y filosófica jurídico de corte anti-formalista de finales del siglo XIX. Como tal no es precisamente un fenómeno contemporáneo⁶, pero es en el contexto de la sociedad contemporánea y sus complejidades que se ha hecho más patente y estudiado. En este sentido, se distingue el pluralismo jurídico clásico, que comprende la etapa colonial y busca indagar las formas de confluencia entre derecho indígena y derecho europeo. Del pluralismo jurídico postcolonial o el nuevo pluralismo jurídico referido a países industrializados, éste se orienta a indagar las relaciones entre órdenes jurídicos oficiales y órdenes jurídicos que se articulan junto a él.

La tesis básica del pluralismo jurídico es: “*No todo Derecho que rige en el interior de un Estado tiene raíz estatal*”, esto es, en un mismo Estado y espacio temporal, pueden coexistir, junto al Derecho de fuente estatal, otros órdenes jurídicos que regulan la vida social del mismo Estado: “el fenómeno del pluralismo jurídico se entremezcla con la concepción sociológica de las fuentes del derecho [...]. Implica la idea de que, junto al Derecho Estatal, existen otros «derechos» u otros sistemas jurídicos, los cuales coexisten con aquél, unas veces armónicamente y otras en conflicto”⁷.

⁵ CORREAS VÁZQUEZ, O., *Alternatividad y Derecho: el Derecho Alternativo frente a la Teoría del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1993, pp. 51 – 64.

⁶ DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología Jurídica Crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. de Carlos Ramírez, Mauricio García, Elvira del Pozo, y Carlos Morales, revisión de la traducción por Carlos Lema Añón, Trotta, Madrid, 2009, p. 50 y ss.

⁷ ARNAUD, A-J.; FARIÑAS DULCE, M^a. J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid- Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 89 y ss.

En este sentido, su principal problema será la definición e identificación del concepto de Derecho; tiene el gran desafío de responder a las concepciones jurídicas dominantes: ¿cómo diferenciar lo jurídico de otros órdenes normativos como los usos sociales o la moral?⁸

Los ejemplos más recurrentes de pluralismo jurídico son:

- El derecho indígena / El derecho de guerrillas y grupos paramilitares / El derecho doméstico / El derecho de la mafia y narcotráfico / Otros.

Es decir, distintos grupos que dentro de un país determinado dictan su propia normativa que realmente regula sus actividades. Como se puede ver, de los ejemplos anteriormente dados, es un tema complejo. Con razón se ha destacado que no existe nada inherentemente bueno al fenómeno del pluralismo jurídico, buscando criticar *a priori* una evaluación positiva de la propuesta de reconocer validez jurídica a normativa de origen no estatal –pensemos en minorías étnicas-, ya que no es un razonamiento extensible a toda manifestación de pluralismo jurídico, pensemos en las normas que emiten los grupos narcotraficantes o la mafia. Y es por estos, y otros muchos aspectos, que el pluralismo jurídico resulta complejo en sí mismo y más aún cuando se analiza desde el prisma de la teoría jurídica de corte formalista, que en muchos de nuestros países es la dominante.

El pluralismo jurídico suele ser vinculado al uso alternativo del derecho ya que las consecuencias del pluralismo pueden conllevar un ejercicio de él, en la medida en que los jueces asuman en un litigio determinado dar efecto a las normas de raíz no estatal para resolver la contienda sometida a su decisión. Piénsese, por ejemplo, en una conducta que, de acuerdo al ordenamiento estatal se encuentra tipificada como delito. Mientras que, de acuerdo a la normativa de una determinada comunidad indígena, es cumplimiento de las normas ancestrales que la identifica⁹.

⁸ DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica Crítica...*, op. cit., p. 57.

⁹ Un ilustrativo ejemplo es el movimiento de jueces brasileños “La ética del otro”.

V. CESAR DE SOUZA, A., «Interculturalidade e fontes do direito a ética da racionalidade do outro como princípio e critério objetivo na análise da interculturalidade e sua relação quanto à legitimação das fontes do direito», en *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, coord. María del Carmen Barranco Avilés, Óscar Celador Angón, Félix Vacas Fernández, Dykinson, Madrid, 2011, p. 253 y ss.

1.4. Uso alternativo del derecho

Inicialmente debemos concebir al uso alternativo del derecho como una propuesta teórica y práctica, cuya especificidad viene dada por ser la autoridad judicial la que se propone utilizar los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora; es decir, privilegiando en las actividades de interpretación y aplicación de la ley los intereses de personas que se encuentran en una situación socialmente desventajosa.

El uso que se propone es *alternativo* en la medida en que busca diferenciarse de los precedentes judiciales tradicionales emitidos por jueces que forman parte de una cultura formalista y conservadora; imbuida en la aplicación acrítica del decimonónico silogismo judicial y a-valorativa respecto de las condiciones sociales en las que se encuentran las personas involucradas en la contienda sometida a su decisión, así como desvinculada de la significación política de la norma a aplicar.

La propuesta alternativa se manifiesta crítica ante la forma de entender la labor judicial por la ciencia jurídica. En esto, nos detendremos al hablar del presupuesto teórico jurídico del movimiento. Junto a ello, se manifiesta crítica ante concepciones liberales insuficientemente comprometidas con la superación de las desigualdades sociales y la miseria.

Por ello, el uso alternativo del derecho es una propuesta militante con una determinada concepción de la justicia que se identifica con los intereses de las personas más desventajadas de la sociedad. Es más, tiene una sensibilidad política de izquierdas, cuestión en la que más adelante profundizaremos al hablar de su presupuesto filosófico político.

Como vemos, participa de una cierta familiaridad teórico-práctica importante respecto de las prácticas alternativas, ya que vendría a ser una especificación de sus propuestas donde el protagonista es el juez. Es evidente que constituye una postura a favor de una función política del derecho, y de la a-neutralidad valorativa del juez. Por generoso que parezca, es una propuesta cargada de tensiones y se encuentra destinado a confrontarse con poderosos argumentos críticos que forman parte de una larga tradición en la historia del pensamiento jurídico.

Las principales críticas vendrán de la mano de los riesgos que conlleva para la seguridad jurídica, el riesgo de parcialidad y arbitrariedad de los jueces y una doble moralidad del movimiento: por una parte defienden el Estado de Derecho y por otra están en contra de sus principios más elementales¹⁰.

Por ello, el análisis de estas tensiones será un aspecto importante de esta investigación. Es importante destacar que el uso alternativo del derecho -por lo menos en su origen europeo- no se planteó como un punto de inflexión absoluto entre la dialéctica principio de legalidad-justicia, pues la vía para arribar a sentencias alternativas es la hermenéutica jurídica.

Es decir, no es uso alternativo de Derecho la “libre creación del Derecho” al margen de las fuentes previstas por el ordenamiento jurídico. “Algunos dicen que el derecho alternativo se caracteriza por negar la ley. Y esto no corresponde a la realidad. La ley escrita es conquista de la humanidad y no se ve posibilidad de vida en las sociedades sin normas (sean escritas o no).

La alternatividad lucha para que surjan leyes efectivamente justas comprometidas con los intereses de la mayoría de la población, o sea, realmente democráticas. Y busca instrumental interpretativo que siga la misma dirección. Sin embargo, no reconoce que la identificación del derecho resida tan sólo en la ley, ni que sólo el Estado produzca Derecho, que no es lo mismo que negar la ley”¹¹.

¹⁰ SÁNCHEZ RUBIO, D., «Sobre el derecho alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad», en *Derecho alternativo y crítica jurídica*, p. 22 y ss.

¹¹ BUENO DE CARVALHO, A., *Direito alternativo na jurisprudencia*, Acadêmica, São Paulo, 1993, p. 10 y ss.

1.5. Derecho alternativo

Es una nueva instancia de interpretación del derecho, que permitirá dar respuesta no solo a la crisis de la dogmática jurídica, sino también frente a los conflictos sociales. El derecho alternativo o “el otro derecho” quieren ir más allá de la discusión filosófica, planteando un avance metodológico, puesto que ni la dogmática formal, ni la dogmática axiológica responden a las expectativas reales que la sociedad espera del derecho, ya que detrás de las formulas y principios que pregonan existe una realidad pura que no es tenida en cuenta.

La teoría del derecho alternativo representa un punto de ruptura con las teorías acerca de un derecho que se presentaba como un terreno poco propicio para ventilar las tensiones sociales; sin embargo, el otro derecho ve al mismo derecho en una contradicción dialéctica que refleja movimientos sociales y lucha de clases y por consiguiente es susceptible de una práctica diferente en beneficio del colectivo social.

En este sentido, Eduardo Novoa Monreal nos afirma que hablar del uso del derecho alternativo significa tan solo reintegrar la institución jurídica al interior de las contradicciones sociales y de las relaciones histórico materiales y por otro lado, restituir a la clase trabajadora la capacidad creativa de la historia.

Nace a partir de los conflictos sociales de Latinoamérica¹² y tiene como meta un nuevo orden jurídico, buscando las posibles contradicciones dentro de un orden jurídico que posibilite los fines antes enunciados. Con este modo de ejercicio práctico también se tiende a justificar y hacer vigente una nueva función de los jueces que consiste en impartir justicia a través de sentencias y resoluciones contrarios a la propia ley, cuando ésta sea injusta, apelando a una visión más amplia del derecho, que no se restrinja a la legislación vigente.

¹² LOSANO, M., «La ley y la azada: Orígenes y desarrollos del derecho alternativo en Europa y en Sudamérica», en *Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2000, pp. 275-324.

Cfr. WOLKMER, A., «Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva latinoamericana», en *Derecho Alternativo y crítica jurídica*, op. cit., p.166 y ss.

Esta concepción amplia del derecho no sólo implica la ley, sino también el uso de otras fuentes, como la costumbre, los distintos principios filosóficos que fundamentan el derecho, la jurisprudencia doctrinal y los pactos internacionales institucionalizados.

Exige un compromiso del jurista con el pueblo. Por lo tanto tiene un carácter clasista, porque usa al derecho en interés de las clases populares, revaloriza el derecho alternativo, que es producido por ellas mismas, al margen del derecho estatal, hasta llegar a que se conviertan en hegemónicas, y que sean incorporadas al derecho positivo. Como las clases dominantes tienden a perpetuar su dominio a expensas de las clases populares, éstas hacen un uso de los propios instrumentos jurídicos para ser utilizados para su defensa, contra los propios intereses de las clases dominantes.

En relación a su caracterización, *grosso modo* podemos determinar los rasgos distintivos que configuran el derecho alternativo:

- Se caracteriza por ser un Derecho o normas de comportamiento, no escrito.
- Debe ser aplicado en un mismo ámbito espacial, es decir, en el mismo territorio en el cual se aplica otra norma escrita.
- Habitualmente, es usado o aplicado por pueblos o culturas.
- Es transmitido de manera oral.
- Requiere ser distinta a la norma escrita (Constitución política del Estado, Leyes, Decretos, entre otras) aplicable en un Estado determinado conforme al territorio.
- Se objeta que no garantiza la seguridad jurídica.
- Permite el pluralismo jurídico.
- Algunos autores afirman que violan el Principio de Legalidad.
- Da más valor al término de justicia que a la normativa vigente.
- Existe diversidad de concepto entre autores (“*no-homogéneo*”).
- Vincula lo jurídico con el interés social.
- Busca la organización de la sociedad para la resolución de sus propios conflictos.
- Las teorías alternativas profundizan que la justicia está por encima de la ley formal o el derecho positivo.

El derecho alternativo plantea, por tanto, la posibilidad de que los jueces emitan decisiones que no encuentran coherencia con la regulación legal destinada a la resolución de litigios y debe ser concebido como una superación a la legalidad, que constituye una tensión en la defensa de decisiones *contra legem*.

En relación a sus presupuestos y objetivos no son muy distintos a los del uso alternativo del derecho, pues la diferencia existente entre uso alternativo del derecho y derecho alternativo, radica en diferentes niveles de radicalidad, reconducibles a las diferentes realidades sociales en las que se inscriben.

1.6. Características del derecho alternativo

El surgimiento del derecho alternativo constituye un acontecimiento jurídico significativo en tanto cuestionamiento del andamiaje conceptual que ha sostenido la idea de legitimidad en la modernidad europea, un esquema civilizatorio que, a través de procesos militares y económicos, ha sido impuesta a lo largo y ancho del mundo.

El derecho alternativo, en la medida en que surge de la problematización de las sociedades de la periferia occidental (especialmente en América Latina), apunta al paradigma jurídico de tal modernidad, el Estado-Nación, sometiendo a un análisis crítico la idea de que éste se fundamenta en el acuerdo, libre y racional, entre individuos racionales empeñados en proteger sus derechos naturales. La corriente jurídica que nos corresponde describir aquí, cuestiona la creencia de que la legitimidad del Derecho emerge como producto de su promulgación por parte del Estado que expresa, en su razón de ser y en sus límites, los derechos imprescriptibles del individuo¹³.

En la construcción moderna de la legitimidad, existe una relación directa entre el individuo y el Estado; las comunidades culturales y jurídicas de la Edad Media se desvanecen. Estamos en el terreno de un solo sistema jurídico cuyas reglas pueden ser establecidas a partir de procesos especificables, ya sea a través de un legislador o de una costumbre aceptada como fuente legítima de la ley -una costumbre que, sin embargo, está progresivamente sujeta a límites constitucionales-.

¹³ PAOLI, A., y DE LA TORRE RANGEL, J.A., *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México: Porrúa, 2002, 229 pp.

El pluralismo jurídico de la Edad Media le cede el paso al monismo jurídico de la Edad Moderna. La articulación discursiva de dicho monismo está dada por los presupuestos teóricos del liberalismo y el capitalismo. El monismo jurídico y el Estado que lo establece se constituyen en la arquitectura normativa que protege al individuo moderno, al sujeto de los derechos del hombre, a ese individuo que, en otra faceta, se manifiesta como el individuo egoísta del capitalismo.

Pero la sombra de la sociedad concreta obscurece desde siempre el espíritu abstracto de la racionalidad moderna. La idea de que los individuos que suscriben el pacto que genera el orden civil pueden ser caracterizados de manera abstracta, sin referencia a comunidades determinadas fue objetada desde el principio. Pensadores como Edmund Burke y Jeremy Bentham¹⁴ cuestionaron el carácter abstracto del Estado y los derechos absolutos que se encuentran en su base; el Estado-nación nace con la sombra del carácter abstracto de un ciudadano enteramente individualista. Bentham se lamenta del hecho de que el individualismo de los derechos de la Revolución Francesa disminuye el potencial progresivo del altruismo. Por su parte, Burke¹⁵ critica el mismo hito histórico, mientras echa de menos el papel que las tradiciones juegan en la configuración de un orden social estable y duradero.

En este trasfondo, y desde diferentes ámbitos y con argumentos disímiles, aparecen las contribuciones críticas de pensadores como Giambattista Vico, Montesquieu, Henri de Saint-Simon, Augusto Comte, Herbert Spencer, Karl Marx, Ferdinand Tönnies, Emilio Durkheim y Max Weber. Estos autores —considerados los precursores o los fundadores de la sociología— nos llevan a concebir el Derecho en términos que cuestionan la construcción racional del Estado-nación europeo. Una construcción política que, como señalamos arriba, fue impuesta en contextos geográficos y culturales radicalmente distintos al mundo europeo.

¹⁴ BENTHAM, J., «Nonsense upon Stilts», en *Jeremy Waldron, Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, Londres, 1987.

¹⁵ BURKE, E., *Reflections on the Revolution in France*, ed. por J. G. A. Pocock, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1987.

Esta dinámica histórica hace resaltar la progresiva conciencia de que el Derecho debe ser evaluado y comprendido contra el horizonte de factores sociales que determinan y son determinados por éste. Esto quiere decir que desde principios del pasado siglo, se ha ido incrementando la conciencia de que el Derecho está lejos de ser un campo normativo susceptible de ser definido de manera pura y autónoma. Ya no aceptamos la idea de que la práctica del Derecho puede ser descrita exhaustivamente desde la perspectiva, substantiva y metodológica, articulada por los principios generales del Derecho. Vemos como ingenua, o peor aún, como simplemente ideológica la creencia kelseniana de que el Derecho puede ser caracterizado como una ciencia pura, una ciencia del espíritu que puede ser definida con independencia de la filosofía y la ideología política¹⁶.

Esta conciencia ha constituido el caldo de cultivo de una disciplina cuyo intenso desarrollo contrasta con su relativa novedad: la sociología jurídica, precisamente la disciplina que abre la perspectiva en la que se sitúa el derecho alternativo. En efecto, la sociología jurídica plantea, desde su nacimiento a principios del siglo pasado, una visión compleja del Derecho en la que éste puede ser analizado, de manera interdisciplinaria, desde el punto de vista de la complejidad social. El Derecho se ubica en un contexto social y responde de manera dinámicas a sus tensiones¹⁷.

Situamos el advenimiento del derecho alternativo dentro de la dinámica de la sociología jurídica, pero no desde cualquiera, sino de aquella que se apropia creativamente de los movimientos críticos que han puesto de manifiesto las lagunas, las omisiones y los malentendidos del pensamiento occidental moderno.

El derecho alternativo se constituye en nuestros días como una corriente en la filosofía y práctica del Derecho que trata de responder a los desafíos que presentan sociedades con problemas socio-estructurales graves. Esta corriente se centra en confrontar estas carencias con los parámetros normativos de un Derecho monista que está incapacitado para comprender las prácticas normativas no-estatales que rigen la vida de una sociedad.

¹⁶ Véase: KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1993.

¹⁷ Véase: TREVES, R., *La sociología del Derecho: Orígenes, Investigaciones, Problemas*, Ariel, Barcelona, 1988.

En los desniveles y desajustes que emergen de esta mirada se proyecta el carácter opresivo del Derecho producido desde el Estado. Podría decirse, con los obligados matices, que el Derecho alternativo surge como el precipitado del ejercicio de una sociología crítica del Derecho aplicada a contextos sociales cuasi-fallidos, en este caso, el de las sociedades latinoamericanas¹⁸.

Los exponentes de esta corriente se afanan en comprender el desencuentro entre Derecho y realidad social, tratando de poner de manifiesto el potencial emancipatorio de las prácticas jurídicas alternativas, en especial, aquellas que subsanan las carencias normativas y axiológicas del monismo jurídico estatista.

Más allá de esta caracterización general, no es tarea menuda describir con precisión los contornos conceptuales de un movimiento cuyas coordenadas teóricas se está gestando rápidamente en un diálogo continuo que tiene como objeto la comprensión de las realidades inhumanas que agobian a los países subdesarrollados, a los países que forman parte del llamado “Tercer Mundo”.

Podemos, sin embargo, afirmar que los diversos exponentes del derecho alternativo enfocan el abismo entre Derecho y realidad a partir del análisis de diversas teorías críticas que fueron desarrolladas en la segunda mitad del siglo XX, precisamente el tiempo en que los discursos optimistas de la racionalidad occidental muestran sus limitaciones.

Dicho conjunto de referentes teóricos incluye a doctrinas y movimientos como la filosofía de la liberación, la teología de la liberación, la teoría de la dependencia, las teorías del centro y la periferia de Immanuel Wallerstein, la pedagogía de Freire, los movimientos de revalorización étnica, y en general, todos los movimientos filosóficos que han cuestionado los discursos maestros de la racionalidad occidental (p. ej. las teorías críticas desarrolladas por la Escuela de Frankfurt).

¹⁸ Para un ejemplo de los enfoques críticos de la sociología jurídica latinoamericana, véase el libro de CORREAS VÁZQUEZ, O., *Introducción a la sociología jurídica*, Fontamara, México, 1995, 275 pp.

El derecho alternativo se plantea, entonces, como una alternativa teórica frente a las tendencias monistas y estatistas en el campo de la iusfilosofía; este nuevo derecho, referenciado de manera cercana a la realidad latinoamericana, desmonta la ilusión de una teoría autónoma del derecho. Los exponentes del derecho alternativo critican, desde diferentes ángulos, las construcciones jurídicas modernas que han configurado, de una manera anómala, la historia de los Estados latinoamericanos. El derecho alternativo nos compromete con un discurso emancipatorio que, como se mencionará más adelante, trasciende inclusivamente el Derecho o el Estado de la modernidad. Esta corriente nos sitúa en la perspectiva de un desarrollo jurídico que no sigue los lineamientos históricos del capitalismo y el liberalismo, y que por el contrario, los desmonta de una manera convincente.

Podemos intentar esbozar algunas de las características que constituyen la especificidad doctrinal del derecho alternativo:

- En primer lugar, el derecho alternativo promueve el cuestionamiento de las doctrinas y prácticas jurídicas que informan la axiología liberal-capitalista y el monismo jurídico moderno ínsito en el Estado-nación contemporáneo; en la raíz de esta actitud crítica se encuentra la convicción de que tales elementos han coadyuvado a la crisis global de nuestros días. A los ojos del derecho alternativo, el monismo jurídico se resuelve en un esfuerzo por mantener las estructuras de poder de sociedades profundamente injustas, desiguales y excluyentes. El derecho alternativo promueve una clave de lectura substantiva, concreta, solidaria y pluralista de los derechos humanos en términos de la problemática global actual.
- En segundo lugar, el sujeto del derecho alternativo es un sujeto autónomo que es capaz de entender las estructuras sociopolíticas que intentan alienarlo; puede criticar al derecho desde las perspectivas abiertas por estos enfoques teóricos actualizados a la realidad que actualmente se vive en nuestros países. El sujeto del derecho alternativo se contrapone al sujeto liberal; el primero es un ser solidario y no determinado por sus intereses inmediatos y egoístas, un ser capaz de trascender la visión liberal (egoísta) para integrarse ética y jurídicamente con sus semejantes en el intento de realizar el ideal del bien común.

- En tercer lugar, el derecho alternativo viene a constituirse como un esfuerzo por preconcebir el Derecho en términos de la situación de los oprimidos. Las prácticas jurídicas defendidas por esta corriente no se agotan en la neutralidad liberal, sino acceden a una práctica comprometida con los actores sociales explotados, excluidos y marginados. En este contexto, resuena claramente la opción por los pobres defendida por la Iglesia católica post-Concilio Vaticano II, especialmente en el ámbito latinoamericano. El derecho alternativo se ha centrado en plantear un derecho de combate, o como lo señalan los juristas alternativos brasileños, un “derecho insurgente”. Es notable que este esfuerzo no se haya mantenido únicamente al nivel del discurso sino haya alcanzado el terreno de la práctica cotidiana.

Esta praxis, se ha manifestado, p.ej. en el rol que juega el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).¹⁹ Esta práctica ha transformado la práctica jurídica en una clara opción por cambiar las estructuras socio-jurídicas injustas de América Latina.

- En cuarto lugar, tal y como es sugerido por el término “alternativo”, esta corriente jurídica conlleva el reconocimiento de prácticas jurídicas que difieren del Derecho dominante, esto es, el monista-estatalista. El monismo jurídico ha hecho de lado, cuando no ignorado de la manera más burda, las contribuciones que ofrece la pluralidad de visiones jurídicas asumidas por diferentes grupos sociales y culturales. El monismo jurídico convierte al Derecho en una práctica opresiva y excluyente.

Este punto de vista, desde luego, también es aplicable en los terrenos de la axiología jurídica, dado que el derecho alternativo opta por reconocer aquellos valores que se plantean como alternativas ante los desvalores individualistas y egoístas, negadores de vida, promovidos por el capitalismo y el liberalismo, especialmente, el neoliberalismo cuyo reinado de dos décadas ha causado un daño difícil de calcular.

¹⁹ Para mayor información resulta interesante consultar la página web oficial del “Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos” en www.ilsa.org.co.

- Finalmente, es conveniente recordar que el derecho Alternativo, apuesta por el pluralismo jurídico, sin negar –necesariamente– el Derecho estatal. Se plantea, en todo caso, una flexible utilización de los sistemas jurídicos estatales y comunitarios, en aras de conseguir una sociedad más justa e incluyente. En este sentido, el derecho alternativo realza los elementos emancipatorios del Derecho estatal, p. ej. los DD.HH. en su sentido más avanzado (los derechos sociales). En este sentido, el derecho alternativo nos presenta una perspectiva desde la cual se puede elaborar diferentes estrategias para buscar una sociedad más justa. En consonancia con su apuesta por el pluralismo jurídico, el derecho alternativo se plantea desde un pluralismo discursivo y teórico abierto a las legítimas aspiraciones del pueblo²⁰.

²⁰ GARZÓN LÓPEZ, P., «Pluralismo jurídico y derecho alternativo: dos modelos de análisis», en *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Universitas, núm. 16, 2012, 242 pp.

1.7. Elementos del derecho alternativo

- Es de aplicación en todo el territorio, tiene su aplicabilidad en cualquier ámbito con la finalidad de resolver conflictos.
- Otorga un valor mayor al interés social.
- Propugna la justicia.

DERECHO ALTERNATIVO vs DERECHO POSITIVO	
Derecho Alternativo	Derecho Estatal
❖ Tiene una visión mayor de justicia social dando una oportunidad al que lo aplica de favorecer al más desprotegido.	❖ Se basa exclusivamente en el contenido de la ley sin importar el favorecimiento o no del afectado.
❖ Se basa en lo justo.	❖ Se basa sólo en lo legal.
❖ Los criterios de enjuiciar se hayan por encima de la ley formal.	❖ Es exclusivamente escrito.
❖ No necesariamente está escrito.	❖ Es escrito.
❖ Tiene una alta participación en la solución del conflicto la sociedad organizada.	❖ Las decisiones les emite la autoridad competente.
❖ Busca ampliar los espacios democráticos en el nivel jurídico de una sociedad determinada.	❖ Su único espacio es el determinado por la legalidad.
❖ El proletariado es uno de sus propulsores y buscan el beneficio de las clases sociales minoritarias del país para hallar más equidad.	❖ Promovido principalmente por la clase en el poder y en pro de sus intereses.

Fuente: Elaboración propia.

CAPÍTULO II. PRECISIONES CONCEPTUALES AL DERECHO ALTERNATIVO

2.1. Aproximación histórica a los orígenes del derecho alternativo

Hay infinitudes de conceptos de derecho alternativo, pero para ir aclarando su definición, éste trata de alternar al derecho dominante. El “derecho alternativo” busca una alternativa, considerada justa frente al derecho vigente, considerado injusto²¹.

Óscar Correas, define el concepto de derecho alternativo, como el derecho cuyas normas efectivas constituyen delitos para el derecho hegemónico. El derecho alternativo pretende romper el predominio del derecho hegemónico del Estado y obtener su reconocimiento jurídico. Por “derecho alternativo” entenderemos aquí un sistema normativo cuyas normas obligan a producir conductas que conforme con el sistema hegemónico constituyen delito o formas menores de faltas. Es decir, se trata de normas cuya *efectividad* constituye delito conforme con las normas del sistema hegemónico.

Según esto, un sistema normativo es “alternativo” respecto de otro dominante, cuando la efectividad de sus normas, es decir, las conductas que motiva, son prohibidas en el sistema dominante, como delitos, faltas, contravenciones e incumplimientos en general. “Derecho alternativo” significa, por tanto, la existencia de un fenómeno de pluralidad jurídica no siendo necesariamente verdadero lo inverso: no todo fenómeno de pluralismo constituye derecho *alternativo*. Por ejemplo, el derecho indígena suele ser no contradictorio respecto del estatal dominante siendo cierto, por el contrario, que se constituye en un muy barato medio de control social sobre las comunidades cuando lo único que hay que hacer es corromper o cooptar, como funcionarios del sistema dominante, a los órganos del sistema hegemonizado.

Otro concepto, se refiere a una propuesta histórico-social de un pluralismo comunitario-participativo como nuevo modelo político y jurídico de validez, caracterizado por formas alternativas de producción de juridicidad y por modalidades democráticas y emancipadoras de prácticas sociales.

²¹ LOSANO, M., «La ley y la azada: Orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y en Sudamérica», op. cit., pp. 275-324.

Jaime Y. Prieto, en la revista *Derecho Alternativo para la Liberación*, expresa: “La capacidad de los oprimidos para materializar sus intereses de liberación es un proceso paulatino de construcción de la autoconciencia, de la organización y el protagonismo, independientes de los mecanismos institucionales establecidos por la dominación, aunque sabiendo aprovechar todos los espacios que permite la democracia burguesa, incluso en el llamado poder ejecutivo.

En este proceso de construcción de la autonomía popular, se desarrolla simultáneamente el derecho para la liberación, expresado en dinámicas alternativas, usos y costumbres propias, organizaciones independientes, reglamentos internos, nuevas instituciones, una nueva filosofía del derecho, nuevos conceptos y categorías. Estos nuevos elementos del derecho para la liberación, por su lado, ayudan al propio proceso de articulación de los dominados, elevando aún más la base de este derecho paralelo y así sucesivamente, en una dialéctica de mutua cooperación y construcción simultánea del poder popular y del derecho alternativo.

Según Carlos Ponce de León, el derecho alternativo es un modelo de construcción del derecho que tiene su fundamento en el desarrollo desde cierto punto de vista, que implique los valores asociados a la reafirmación de la libertad humana frente a los abusos del Estado, del derecho a la vida, de la lucha por la repartición del producto social, por la reducción de la desigualdad y por la defensa del futuro del hombre, preservando para él y para las generaciones futuras, el medio ambiente y la naturaleza.

El derecho alternativo propugna presentar a los “*derechos humanos*” como punto de arranque de un orden jurídico, que defiende una concepción integral del hombre, y la satisfacción de las necesidades que tiene éste y el conjunto de la comunidad. El discurso de los “*derechos humanos*”, se presenta como una idea alternativa al propio discurso jurídico y político dominante. Estos son usados por el derecho alternativo en el campo estratégico de la lucha social.

Para el Estado y para los grupos dominantes de la sociedad, los “*derechos humanos*” son sólo ciertos derechos civiles y políticos, que garantizan las libertades clásicas como el derecho a la seguridad y la propiedad, tan comunes en el pensamiento liberal.

En cambio, para los sectores populares, los DDHH tienen un alcance mayor al mencionado, incluyen la satisfacción de derechos sociales, económicos y culturales, que impliquen una mejoría en la calidad de vida de los hombres. El derecho alternativo se juega en esta segunda perspectiva. Por eso es tan fundamental la confrontación jurídica en las instancias de la implantación del derecho a la vivienda, a la alimentación, a la salud, a la educación, a un salario justo, al agua, etc., como así también el derecho a un juicio justo.

Monique y Roland Weyl²², distinguen entre:

- a) Derecho, como conjunto de las leyes u ordenamiento normativo.
- b) Derechos, como facultades o atribución que derivan de esas leyes y que pertenecen al sujeto.

A partir de esta distinción ponen los derechos subjetivos, para neutralizar la opresión. La táctica propuesta consiste en atrapar al adversario en su propio juego, devolviendo los golpes de ciertos derechos contra el derecho mismo. Se utilizan para ello, dos espacios de disputa en el que se hace “*uso alternativo del Derecho*”²³:

- a) Haciendo efectiva muchas disposiciones jurídicas que son vigentes, y que no se hacen valer.
- b) Otorgando a normas que se presentan como ‘*neutras*’ en sentido político, ciertos criterios de parcialidad.

Es en las clases subalternas, donde el derecho desde esta óptica, genera vivencias de justicia totalmente nuevas, crean conciencia de que es posible un marco jurídico de relaciones que pueden ser alternativas al modelo vigente, impuesto por la clase dominante.

²² WEYL, M. y R., *Revolución y perspectiva del Derecho*, México, Grijalbo, 1978, 216 pp.

²³ DE LA TORRE RANGEL, J., *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2006, p. 202.

También se exige, a partir de lo que Gramsci ²⁴ llama “*intelectuales orgánicos*”, una cultura jurídica alternativa de la mano de esos “*pensadores*”, que propugnen no solamente una interpretación de ciertas normas, que aun apareciendo como “*neutras*” le otorguen otro sentido en beneficio del pueblo, sino también se conviertan en buscadores jurídicos en todo el ordenamiento legal que hagan posible el fin propuesto. Implica además la elaboración, apropiación de técnicas y categorías conceptuales jurídicas, que diverjan de los empleados por los modelos culturales dominantes.

El derecho alternativo, también se presenta como una auténtica utopía, o la anticipación de un proyecto de transformación de las sociedades. Correas²⁵ nos previene que no toda alternatividad en el derecho es subversiva. Como p. ej., citar los sistemas normativos impuestos por el narcotráfico en territorio latinoamericano, o la sobrepoblación carcelaria de aborígenes y negros, como producto de cierta interpretación parcial, más allá de lo que expresa la propia normativa, pero totalmente contrarios a las causas populares.

El discurso de los derechos humanos, constituye un sinónimo de derecho alternativo, porque se condensa en una postura contestataria, cuyo poder de eficacia choca contra la hegemonía del derecho estatal. Su utilización por parte de los oprimidos tiene como fin exigir al Estado, lo que el propio Estado, no quiere dar.

Con este fin, en América Latina, se han constituido numerosos servicios legales alternativos que tiene como desarrollo una labor pedagógica de ideología jurídica, del derecho alternativo que permiten su promoción en las organizaciones populares. Incluso en Brasil algunos jueces y agrupaciones de jueces han utilizado el derecho alternativo, constituyéndose en una auténtica revolución del discurso del derecho, decididos a juzgar siempre, y únicamente, a favor de los sectores sociales desprotegidos.

²⁴ GRAMSCI, A., *Notas sobre Maquiavelo sobre la política y sobre el Estado moderno*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1997, 475 pp.

²⁵ CORREAS VÁZQUEZ, O., «Pluralismo jurídico y teoría del derecho», en *Derechos y libertades*, núm. 5, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, 226 pp.

Además los juristas alternativos permiten desplegar la obra de la *Crítica Jurídica*, que consiste en la creación de un discurso contra-hegemónico. Para ello se ha nutrido de diversas fuentes filosóficas que abrevan en el marxismo, el psicoanálisis y la hermenéutica. Todas ellas tienen como fin elucidar el funcionamiento y lo ‘oculto’ en las prácticas concretas que hacen al “*derecho*”, en su relación con otras dimensiones de la sociedad, como son la “*política*”, la “*economía*” y el “*poder*”.

Siguiendo el pensamiento de Antonio Gramsci, que observaba que las clases subalternas, ante de convertirse en dominantes, deben tener un largo período de intervención jurídica rigurosa, poniendo énfasis en el carácter educativo, creativo y formativo del derecho, autores como Tigar y Levy²⁶, proponen una “*jurisprudencia de insurgencia*”; otros, como Wolkmer²⁷ plantean un “*pluralismo jurídico*”, que permitan el desarrollo propio de la justicia en apoyo y beneficio de las clases subalternas. Ésta es la tarea del derecho alternativo.

En América Latina este fenómeno del Derecho se denominó “derecho alternativo” a diferencia de la tendencia europea en la que primaba el “uso alternativo del derecho”.

Éstas corrientes jurídicas se diferencian, en que las dos tendencias implican prácticas distintas: la una, la europea, reivindica al juez como protagonista de la justicia, mientras que la segunda, la concepción latinoamericana, no pretende tal reivindicación, pues busca que sea la comunidad quien adopte mecanismos para la defensa de sus propios intereses sea que estén reconocidos o no por el estado.

²⁶ TIGAR, M. y LEVY, M., *El derecho y el Ascenso del Capitalismo*, México, s. XXI, 1978.

²⁷ WOLKMER, A.C., «Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas», en *El Otro Derecho*, núm. 7, Bogotá, Temis e ILSA, 1991.

La concepción europea a su vez se preocupa mucho por la formación del jurista para evitar que determinados intereses se conviertan en derecho. Por otro lado, en Latinoamérica la preocupación se orienta en la educación de la comunidad, para que esta pueda participar directamente en la solución de sus necesidades y en la organización de una sociedad verdaderamente democrática; de esta manera se construye una concepción del derecho, en la cual se opera un tránsito desde el monopolio del jurista hacia la integración del conocimiento popular.

A pesar de las diferencias éstas tendencias no son del todo antagónicas, aunque la tendencia latinoamericana centre sus esfuerzos en la comunidad, no deja de lado la formación de un cuerpo judicial independiente, como una manera de conseguir una sociedad más democrática.

El derecho alternativo entonces, podría describirse formalmente como un proceso de creación del derecho paralelo y en algún caso opuesto a la creación estatal. Derecho alternativo significa la existencia de un fenómeno de pluralidad jurídica, en el que no necesariamente es verdadero lo inverso: no todo fenómeno de pluralidad jurídica constituye “derecho alternativo”.

El pluralismo jurídico debe entenderse según Óscar Correas como: “La coexistencia de normas que reclamen obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos con una norma de reconocimiento o fundante”.

También lo define Camilo Borrero como: “La coexistencia de dos o más ordenamientos jurídicos para la regulación de la vida cotidiana de una determinada comunidad, localidad, región o nación, cada uno con específicos niveles de eficacia. El simple antagonismo de normas o costumbres aisladas, o sin posibilidad de integrarse en un sistema coherente y con pretensiones unitarias, no constituyen pluralismo”.

Muchos autores lo consideraban como una práctica jurídica paralela en la medida en que su horizonte está establecido por los valores y principios del sistema constitucional democrático. Debe este por lo tanto contribuir a la realización del estado constitucional por considerar la constitución como el marco que garantiza el proceso de participación equitativa de todos en la toma de decisiones colectivas.

En términos del abogado e historiador Germán A. Palacio, se determina esta idea al decir que: “Así es como al Estado ya no se le concede más el monopolio de producción del derecho y las acciones políticas alternativas no se restringen a la lucha por el control del Estado o del sistema político”. Las acciones alternativas pretenden una crítica a partir de los intentos de ampliar el acceso a la justicia y las formas de derecho alternativo. Para el primer caso se pretende borrar los límites entre la sociedad y el Estado mediante un “reconocimiento de la diversidad de modos de producción del derecho”. Y más adelante, continua el autor: “que cuestionan el peso que tradicionalmente se le ha concedido al estado y al derecho oficial” y por el otro, que las “formas del “Derecho Alternativo” en sus distintas versiones apuntan al desarrollo de nuevas formas de justicia”.

2.1.1. El uso alternativo del Derecho en Italia

El *uso alternativo del Derecho* emerge como una corriente teórica y práctica de la juridicidad en contra de los mitos de la cultura jurídica moderna capitalista, contestando o negando que las tareas de interpretación y aplicación del derecho sean estrictamente científicas, sosteniendo en contrapartida, “la función política del derecho”²⁸.

Esta función surge a principios de los años setenta del siglo pasado en Italia, impulsada por un grupo de jueces asociados con el colectivo denominado *Magistratura Democrática*²⁹, que sigue a los principales teóricos, como Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, Pietro Barcellona³⁰ entre otros, el iusfilósofo español Saavedra, define el uso alternativo del derecho como la propuesta tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora; es decir, aplicar los espacios democráticos en el nivel jurídico de una sociedad determinada.

Para ello, se trataría de proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídica alternativa a la cultura y a la práctica dominantes a fin de, sin romper la legalidad establecida, privilegiar en el plano jurídico especialmente el plano judicial determinados intereses o una determinada práctica social: los intereses y la práctica de aquellos sujetos jurídicos que se encuentran sometidos por unas relaciones sociales de dominación.

²⁸ SOUZA, M^a. L., *El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales e ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), Bogotá, 2001, 264 pp.

²⁹ La *Magistratura Democrática*, inspirada en la idea socialista y a partir de una inequívoca praxis revolucionaria, jugó un papel activo a lo largo de la década de los sesenta impulsando los procesos de democratización y de efectividad de los principios constitucionales.

³⁰ BARCELONA, P., y COTTURRI, G., *El Estado y los juristas*, Editorial Fontanella, Barcelona, 1976, 254 pp.

El Diccionario Enciclopédico de Teoría y Sociología del Derecho define el término “alternativo (uso del derecho)” de tres maneras:

- En primer lugar, como corriente doctrinal y de praxis jurídico-política, generalmente de inspiración marxista, que sostiene la naturaleza política del Derecho, su carácter de clase y admite la posibilidad de su interpretación contra los intereses de la clase dominante y al servicio de las clases oprimidas.
- En segundo lugar, como metodología jurídica establecida a partir de una reflexión teórica sobre el conocimiento jurídico y la naturaleza del Derecho.
- Por último, como práctica jurídico-política, en el sentido de utilización de las normas jurídicas como objetos, intereses y valores distintos de los que reivindica la clase burguesa dominante y hegemónica en la creación y aplicación del derecho.

La primera definición dice que el uso alternativo del derecho es una doctrina y una praxis “*generalmente de inspiración marxista*”, sobre todo inspirada en las tesis de Antonio Gramsci, que ha sido una de las teorías que ha servido de base a esta corriente jurídica, sin ser éste el único sostén teórico del uso alternativo del derecho.

Se manifiesta, por tal motivo, un conflicto cuando se trata la forma de interpretación del derecho; puede ser desde el punto de vista formalista o antiformalista, pues en ambos, se trata de establecer nuevos paradigmas comprensivos y explicativos del fenómeno jurídico, pero el hecho de interpretar en el medio jurídico alude tanto al acto de conocimiento como al de la aplicación de una cierta información normativa dándose 2 vertientes: en sentido amplio y en sentido estricto; en el primero se refiere al “*acto interpretativo consistente en dar significado a expresiones del lenguaje jurídico*”; y el segundo “*su función es determinar el sentido de una expresión jurídica dudosa*”.

En su obra, Souza recrea el advenimiento y la evolución de los postulados alternativistas en tres escenarios nacionales diferentes, pero finalmente próximos por las condiciones históricas y políticas que presentan, al pasar por procesos de transición de los regímenes autoritarios y despóticos que los dominaron durante largos años hacia formas de democratización de sus sistemas políticos.

En Italia se presentan las primeras manifestaciones de justicia alternativa a la sombra del movimiento de la *Magistratura Democrática*, cuyo autor más cualificado, Ferrajoli³¹, no dudó en ubicar la lucha jurídica de estos jueces en el campo de la lucha de clases contra el viejo aparato normativo y de privilegios sociales del fascismo.

En realidad, el Derecho siempre se ha venido utilizando alternativamente; pero, en la mayoría de los casos, con un signo regresivo. Ahora se trata, por el contrario, de potenciar un uso del Derecho que sea verdaderamente alternativo de la utilización reaccionaria que del mismo se ha realizado por las distintas clases dominantes a lo largo de la Historia. Sus antecedentes actuales se remontan a los acontecimientos universitarios que singularizaron a Europa en 1968 y que en las Facultades de Derecho italianas sirvieron para cuestionar duramente los métodos de enseñanza tradicionales. Simultáneamente se va desarrollando un fuerte movimiento democrático entre jueces, secretarios judiciales, fiscales y magistrados que se expresa tanto en el plano asociativo como en el de las reuniones periódicas de juristas. Hitos importantes, en una dirección progresiva del Derecho italiano, quedan establecidos en una serie de Conferencias y Congresos de juristas. Así el Congreso que sobre *Uso alternativo del Derecho* tiene lugar en Catania del 15 al 17 de mayo de 1972 y el que acerca de “*Técnicas Jurídicas y desarrollo de la persona*” se celebra en mayo de 1973 en Bari. Finalmente, las “*Jornadas Jurídicas de Bolonia*” (abril-mayo de 1975) han posibilitado el balance de los resultados obtenidos en el proceso de concienciación democrática de los juristas.

Se trata, ante todo, de un amplio movimiento crítico en el que están inmersos los más prestigiosos juristas italianos que, habiendo adquirido conciencia de los estudios jurídicos se han fosilizado en el análisis de muchas instituciones ya superadas históricamente –mientras se ignoran los nuevos fenómenos originados por la actual etapa de desarrollo social–, concuerdan en la necesidad de un discurso crítico que suponga un uso alternativo del Derecho. Es decir, de una utilización del Derecho con un signo social diametralmente opuesto al tradicional.

³¹ FERRAJOLI, L., *Magistratura democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, Roma-Bari, 1973, p. 106 y ss.

En definitiva, tal discurso crítico supone situarse en una nueva perspectiva superadora tanto de la supuesta neutralidad política del Derecho, como del dogmatismo sectario que lo instrumentaliza en un sentido miopemente partidista. Lo cual, por supuesto, tampoco supone renunciar al análisis del contenido de clase del Derecho.

Inicialmente, el movimiento de los juristas críticos italianos se planteó en un doble frente: el dialéctico y el de la investigación. En el primero, se trató, ante todo, de liberar a las Facultades de Derecho de la rutina académica que las desvinculaba de los problemas reales de la sociedad y degradaba sus enseñanzas al nivel de un memorismo ridículo.

Con esa finalidad se trató de superar el estrecho marco de la lección magistral, mediante la proliferación de seminarios y clases prácticas, que, a su vez, se apoyaban en una concepción metodológica interdisciplinar. Sin embargo, como se reconoce en el interesante trabajo de Enrique Linde y Miguel Ángel García Herrero, titulado “*La rebelión de los juristas*”³²:

«Sólo esporádicamente se alcanzó el buscado modelo interdisciplinar y crítico: profesores de distintas disciplinas, profesionales, estudiantes, trabajadores, trabajando conjuntamente, interconexión sobre temáticas de ciencias sociales, universalidad de los temas... Estas experiencias, que suponían una temática y una metodología didáctica innovadora eran difícilmente practicables, de una manera generalizada, en una Universidad de masas y acaban reproduciendo una vez más el modelo elitista. Pero si quizás los juristas críticos han fracasado en el plano de la didáctica, distinto ha sido el resultado en el plano de la investigación en el que esforzándose por superar la neutralidad y el dogmatismo, tratando de incorporar la historia, utilizando conceptos inéditos en los textos de Derecho como “Capitalismo” y “Marxismo”, se abren lentamente, con dificultades a un mundo desconocido».

³² LINDE, E., y GARCÍA, M. Á., «La Rebelión de los juristas», Revista *Triunfo*, núm. 673, de 23 de agosto de 1975, pp. 18-21.

Para los juristas críticos, El Derecho sólo puede comprenderse y explicarse como un proceso histórico regido por determinados agentes sociales. Eliminando cualquier manifestación que olvide el estrecho entramado que conecta el Derecho con la estructura y descubriendo el nexo funcional que en él se expresa.

Recuperando y evidenciando la relación que existe entre la realidad y los conceptos jurídicos a lo largo de la Historia, aprendiendo a leer de un modo distinto los textos legales (p. ej. Comprender la Constitución italiana a través del fenómeno de la Resistencia) lo que significa la práctica del *uso alternativo del Derecho*, que no debe entenderse, como se ha hecho por algunos sectores, como la posibilidad de distintas interpretaciones de un texto legal a los efectos de ganar pleitos, sino que el uso alternativo debe venir referido, necesariamente a los distintos modos y posibilidades de organizar las relaciones sociales.

Todas estas aspiraciones se concretan en la propuesta de una crítica materialista de la categoría jurídica, del estudio del Derecho en cuanto a norma o volición social reguladora, y, al mismo tiempo, en cuanto a institución social articuladora de la realidad misma.

2.1.2. El uso alternativo del Derecho en España

El uso alternativo del Derecho encuentra una discreta manifestación histórica en España. El contexto socio-político de su surgimiento se encuentra, también, vinculado con la dictadura que durante 40 años cercenó toda aspiración democrática en el país y que también se proyectó en el poder judicial. Así, el poder judicial español fue un bastión del proyecto del dictador, actuando en muchos casos como “*unidad espiritual con el régimen*”³³.

En España, a finales de los años 70 surge el movimiento de la *Justicia Democrática* que se inspira en un uso alternativo de la función jurisdiccional en oposición además, a la dictadura franquista y donde una serie de jueces, comenzaron a comprometerse con el ascenso de su rol político en defensa de la democracia.

La organización *Justicia Democrática*, en principio clandestina y con núcleo originario en Barcelona, es la protagonista en España de las reflexiones respecto del uso alternativo del Derecho. La historia también la rememora por sus gestiones de investigación, recopilación de información sobre los vejámenes de la dictadura y corrupción en el poder judicial que publicaban de forma clandestina, buscando con ello influir en la situación política del país, más allá de intentar hacer un uso del derecho en sentido democrático.

El año 1977 se organiza el primer congreso de *Justicia Democrática*, en el que se decide poner fin a la organización, pues su razón se perdía con la llegada de una incipiente democracia. No obstante dejaron heredero: la conocida organización *Jueces Para La Democracia*³⁴, de actual vigencia. Ésta, ya bajo el amparo de la Constitución, identificó como principal objetivo abrir el Derecho legal a los nuevos contenidos constitucionales.

³³ SOUZA, M^a. de L., *El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, op. cit., p. 111 y ss.

³⁴ Para mayor información resulta interesante consultar la página web oficial de la organización “*Jueces para la democracia*” en <http://www.juecesdemocracia.es/>.

Sin embargo, la experiencia española de uso alternativo del Derecho es bastante menos intensa que la italiana, y principalmente desarrollada en círculos académicos. Sus autores más renombrados son: Nicolás López Calera, Modesto Saavedra, Perfecto Andrés Ibáñez³⁵ y David Sánchez Rubio.

Aunque muy influido por los postulados teóricos del alternativismo italiano, el movimiento español tendrá su propios juicios encaminados a derrumbar los mitos jurídico-positivos del derecho estatal, que le daban estabilidad al autoritarismo; representantes como Fernández Viagas y Andrés Ibáñez, entre otros, cuestionan el papel tradicional del juez y dirán que está llamado a elegir interpretaciones jurídicas desde principios ideológicos y éticos que favorezcan la democracia y la justicia social, por lo cual aferrarse a los principios de la seguridad jurídica y de la legalidad no hace más que reforzar su papel sostenedor.

Los jueces democráticos acuden también al principio de efectividad de la Constitución española para procurar la materialización de los derechos constitucionales y con base en una lectura dialéctica del derecho, optarán por una práctica jurídico-política que profundice la crisis de la formación social, para lo cual confían que la acción emancipadora de superestructura jurídica podrá ser protagonista en el surgimiento y resolución de las tensiones sociales.

Los álgidos debates sobre el sentido y la vigencia de un movimiento de uso alternativo del derecho en España, terminarán con la conclusión de que no basta el alternativismo jurisdiccional para conseguir serias transformaciones sociales y por otro lado, se asume una mirada crítica del modelo, especialmente respecto de los dilemas teóricos que llevaba implícitos y que resultaban difíciles de resolver como por ejemplo, los relacionados con sus procedimientos al margen de la legalidad, con el uso y abuso de la discrecionalidad, y con la adscripción a unas reglas jurídicas dadas por una larga tradición histórica, producto de la evolución del pensamiento político que, precisamente, habían sido establecidas para limitar el poder despótico del soberano y de los jueces.

³⁵ IBÁÑEZ, P. A., «La izquierda judicial italiana», *Materiales*, núm. 9, mayo-junio 1978, p. 41 y ss.

Estas consideraciones son las que provocan la transfiguración del programa jurisprudencial alternativo a finales de la década del setenta, hacia una práctica jurídica que reforzaba el principio de legalidad constitucional como fundamento del Estado social de derecho y de la democracia sustancial, modelo de interpretación que genéricamente se empezará a conocer como garantismo jurídico.

Se han esgrimido como razones para ello el mayor éxito del proceso de transición a la democracia española y además que cuando ya estaban las condiciones políticas para comenzar a realizar y difundir con mayor tranquilidad el uso alternativo del derecho, el movimiento italiano ya estaba en franca decadencia y con muchas críticas contundentes a su haber.

Por ello, estudiar el uso alternativo del Derecho en Italia o en España actualmente sería una labor principalmente histórica. No obstante, hoy también encontramos autores que proponen un *uso alternativo del derecho razonable*³⁶: “Un uso alternativo que no se enfrenta a un sistema capitalista opresor de las clases trabajadoras, sino que se centra en ampliar espacios de libertad e igualdad frente a los grandes poderes”.

³⁶ LÓPEZ CALERA, N. M^a., «¿Ha muerto el uso alternativo del derecho? » en *Claves de Razón Práctica*, núm. 72, Madrid, 1997, p. 33. Cfr. IBÁÑEZ, P.A., « ¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del “uso alternativo del derecho” », en *Jueces para la democracia*, 2006. p. 9 y ss.

CAPÍTULO III. EL CASO DEL PUEBLO GITANO A DEBATE

3.1. Preámbulo

En este capítulo y, una vez realizada una delimitación conceptual del término “derecho alternativo”, continuaremos con la introducción de un nuevo concepto: “derechos de las minorías”.

Mediante el análisis de diversos factores que en éste se reúnen: precisión conceptual a los derechos de las minorías, breve narración histórica a su contexto de surgimiento, descripción de sus fundamentos y presupuestos jurídicos, finalmente, podremos encuadrarlo dentro de la crítica al Derecho.

Además, contribuirá a esclarecer y encajar el caso del pueblo gitano, ejemplo real, que se analizará con posterioridad mediante el estudio de sentencias y materiales jurisprudenciales del Tribunal de Estrasburgo (TEDH).

El presente capítulo, por tanto, pretende dar a conocer una cultura milenaria que muchos ignoramos, y que convive con nosotros hace más de diez siglos, pero que sin embargo desconocemos. En cuanto los libros de textos y los medios de comunicación social, simplemente, la ignoran o sólo reflejan los elementos negativos (conflictos raciales, asociación de sus integrantes con prácticas delictivas, tratamiento histórico parcial, etc.), que potencian a su vez los múltiples prejuicios y estereotipos que alimentan los conflictos que se repiten habitualmente³⁷.

Existen también una serie de grupos o de comunidades ajenas al Estado y que poseen ordenamientos que regulan con cierta eficacia el comportamiento de sus miembros (o ciertos aspectos del mismo). Un caso interesante es el de la comunidad gitana, que en nuestro país integra a más de medio millón de personas, y en toda Europa a unos 8 millones ¿Cabe hablar de un sistema jurídico de los gitanos que estaría constituido por una serie de normas (de carácter consuetudinario) que regulan aspectos como la organización familiar o las sanciones que deben aplicarse frente a determinados tipos de actos?

³⁷ GARRETA I BOCHACA, J., *La Integración sociocultural de las minorías étnicas: gitanos e inmigrantes*, Anthropos, Rubí, Barcelona, 2003, 380 pp.

El problema aquí es que algunas de las normas de la comunidad gitana se oponen frontalmente al Derecho estatal, de manera que no es fácil reconocer validez simultáneamente a ambos ordenamientos. En muchos casos no tendría por qué haber conflicto: por ejemplo, todos hemos oído hablar sobre algún caso en donde un tribunal ha dictado sentencia denegando una pensión de viudedad alegando que la persona en cuestión no estaba casada según las normas estatales, no parece que haya ninguna razón sólida para no reconocer efectos jurídicos a las bodas realizadas según el rito gitano.

Pero algunas normas de tipo familiar entre los gitanos establecen una fuerte desigualdad a favor de los varones. Y, en relación con el Derecho penal, la llamada “ley gitana” se basa en la idea de la responsabilidad objetiva: cuando alguien ha resultado herido o muerto en una disputa, quien lo ha hecho debe pagar por ello, aunque no pueda ser considerado culpable.

3.2. Los derechos de las minorías

En las dos últimas décadas, los derechos de las minorías han surgido como un tema importante para el derecho internacional y para la filosofía política. En el derecho internacional ha habido una explosión de esfuerzos para desarrollar normas internacionales concernientes a los derechos de las minorías, una noción que había sido rechazada explícitamente al final de la Segunda Guerra Mundial, y que estuvo en gran parte en estado latente durante los cuarenta años siguientes.

Pero a partir de 1989, los derechos de las minorías se movieron rápidamente a la cúspide de la agenda de varias organizaciones intergubernamentales de ámbito internacional. Globalmente, la ONU adoptó una Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas en 1992, y una Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en 2007.

También a nivel regional se han redactado declaraciones, tales como el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa, en 1995, o el Proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, de la Organización de Estados Americanos, en 1997.

La filosofía política ha presenciado una explosión similar del interés en desarrollar teorías normativas de los derechos de las minorías. Algunos filósofos han intentado demostrar cómo las demandas de diversos grupos de minorías, tales como inmigrantes, pueblos indígenas o grupos nacionales sub-estatales, se pueden defender dentro de teorías más amplias sobre la justicia y la democracia³⁸.

3.2.1. El concepto de minoría

Antes de entrar a analizar el caso gitano, es necesario llevar a cabo una aproximación conceptual al término “derechos de las minorías”³⁹. Y una primera aproximación al contenido jurídico del sistema de protección a las minorías articulado en torno a la Sociedad de Naciones nos exige preguntarnos por la existencia de un concepto jurídico determinado de minoría o, en su defecto, cómo interpretar este término en la aplicación del sistema; debemos también, conexas a la cuestión del concepto, atender a las reglas que determinan la pertenencia o no de una persona a un determinado grupo minoritario; y, por último abordar la cuestión de la exigencia o no de un reconocimiento estatal de la existencia de minorías concretas para la aplicación de este régimen jurídico.

La siguiente cuestión que debemos plantearnos es ¿qué se entiende por minoría en el sistema de protección de la Sociedad de Naciones? ¿Qué situaciones y qué grupos humanos son subsumibles bajo el término de minorías tal y como aparece en los tratados de minorías? La falta de generalidad existente en el sistema no hace imprescindible la existencia de un concepto preciso del término minoría, sin embargo, la ausencia de este concepto dificulta la apreciación clara del mismo.

Será la Corte Permanente de Justicia Internacional la que, a los 10 años de funcionamiento del sistema, abordará la definición del término minorías, no en el análisis de alguno de los tratados de minorías, sino pronunciándose en vía consultiva sobre el tratado greco-búlgaro de intercambio de poblaciones⁴⁰.

³⁸ Véase: WYMLICKA, W., «Los derechos de las minorías en la filosofía política y en el derecho internacional», en *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 2008, pp. 46 -72.

³⁹ CASTELLÀ SURRIBAS, S.J., *La protección internacional de las minorías*. Silva Editorial, junio de 2002, Tarragona, pp. 62-98.

⁴⁰ Convención relativa al intercambio de poblaciones griegas y turcas, firmada en Lausana el 30 de octubre de 1923.

En este dictamen consultivo de 31 de julio de 1930 el texto jurídico que con mayor profundidad abordará la cuestión del concepto del término minoría frente a la ausencia en los tratados de minorías, en los que sólo aparece la referencia a una “proporción considerable de nacionales pertenecientes a las minorías”, en el tratado con Polonia, como indicativo de cierto elemento numérico.

La Corte, en el texto mencionado define la “comunidad”, noción asimilada a la de minorías en la Convención Greco-Búlgara⁴¹, como:

“Un grupo de personas que viven en un país o localidad determinados, tienen una raza, religión, lengua y tradiciones que les son propias y están unidas por la identidad de esta raza, religión, lengua y tradiciones en un sentimiento de solidaridad para conservar sus tradiciones, mantener su culto, asegurar la instrucción y la educación de sus hijos de acuerdo con el genio de su raza y ayudarse mutuamente”.

Cuando Jules Deschênes⁴² en el estudio titulado “Propuesta relativa a una definición del término minoría”, aborda la tarea que define como la “busca de las constantes del concepto de minoría”, al analizar este dictamen consultivo de la C.P.J.I., señala que “se pueden encontrar ciertos elementos *que deben formar parte* de una definición de minorías”; concretando hasta seis elementos de estos que deben formar parte de una definición de minoría, a saber:

- a) Grupos distintos.
- b) Minorías reales.
- c) Raza, religión o idioma distintos de los de la mayoría.
- d) Sentimiento de solidaridad.
- e) Deseo de conservar sus caracteres distintivos.
- f) Coexistencia pacífica en la igualdad de hecho y de derecho con la mayoría.

⁴¹ C.P.J.I., Serie B, Dictamen núm. 17, *Interpretación de la Convención entre Grecia y Bulgaria relativa a la emigración recíproca (cuestión de las “comunidades”)*, de 31 de julio de 1930, pp. 21 y 122.

⁴² ONU, Doc. E/CN.4/SUB.2/1985/31, *Propuesta relativa a una definición del término “minoría”, presentada por el Sr. Jules Deschênes*, de 14 de mayo de 1985, pág. 16 a 18, párrafos 103 a 109. La cursiva del texto es nuestra.

3.2.2. Pertenencia y reconocimiento de las minorías

Tremendamente conexa al tema que acabamos de analizar aparece la cuestión de determinar la pertenencia a la minoría. En última instancia estamos preguntándonos sobre qué personas están protegidas por el sistema creado en torno a la Sociedad de Naciones; o sea, intentamos establecer cuáles son los elementos que determinan que una persona concreta sea o no considerada como miembro de una minoría de raza, lengua o religión, y por lo tanto sea o no titular de la protección que el Derecho Internacional otorga a las minorías.

Siguiendo con la línea argumental que venimos desarrollando, de forma inmediatamente conexa al tema de la pertenencia nos aparece la cuestión del reconocimiento de hecho de una minoría. Reconocimiento de hecho que significa que la existencia de una minoría nacional, racial, de lengua o de religión en un determinado estado es considerada estatal o internacionalmente.

La cuestión se refiere, no como en el tema de la pertenencia a la determinación de qué personas pertenecen a una minoría, sino qué comunidades humanas deben ser amparadas por el régimen internacional de protección de minorías⁴³. Como se ve, es una cuestión directamente ligada también al concepto de minoría, puesto que la existencia de un concepto claro y delimitado aplicable a situaciones concretas podrá ser un mecanismo de reconocimiento automático: aquellas comunidades subsumibles bajo un determinado concepto de minoría automáticamente verían internacionalmente reconocida su existencia, y por lo tanto serían titulares de la protección que les otorga el Derecho Internacional en ese momento histórico.

Todos los tratados de minorías consagran la obligación de los estados de respetar, en relación con los ciudadanos pertenecientes a las minorías, los derechos derivados de los principios de igualdad ante la ley, de igualdad de derechos civiles y políticos y de igualdad de trato y garantías de *jure* y *de facto*.

⁴³ CASTELLÀ SURRIBAS, S. J., «La protección internacional de las minorías», en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, pp. 659-686.

Estos derechos se postulan a favor de todos los nacionales del Estado, puesto que atendiendo a la lógica interna del principio de igualdad, esta no puede preconizarse sólo de las personas pertenecientes a las minorías, sino que debe establecerse para todos los ciudadanos del Estado⁴⁴.

La propia naturaleza, así como la forma en que son enunciados estos derechos, hace que se precise, para su efectividad, el acompañarlos de mecanismos de garantía eficaces. Suele hablarse de una doble garantía: la interna y la internacional, sin embargo, parece más adecuado presentar un cuadro de garantías combinadas. Y es en la garantía interna donde los estados obligados por los tratados de minorías se comprometen a reconocer como leyes fundamentales en su ordenamiento jurídico las estipulaciones referidas a minorías. Los efectos de dicha garantía, supone, por tanto la nulidad de todas las normas contrarias a los preceptos relativos a minorías contenidos en tratados en base al principio de jerarquía normativa. Igualmente se estipula la imposibilidad de contradicción con actuaciones y medidas de las autoridades públicas.

Sin embargo, el reconocimiento de esos derechos no basta desde un punto de vista de la satisfacción de las demandas de reconocimiento jurídico de las minorías. Aún falta establecer un sistema de control y garantía de los derechos que, para ser efectivo, debería incluir una institución jurisdiccional a la que pudiera llegar los recursos, y la concreción de las obligaciones de los Estados al respecto, lo que ha de conjugar con la precisión respecto a los límites que pueden imponerse a esos derechos; por otro lado, el principal problema se focaliza en cómo cohesionar valores legítimos, pero dispares: el principio básico e irrenunciable de la igualdad de todos ante la ley y el derecho de los individuos y grupos a mantener sus rasgos culturales diferenciales.

Se trataría, de garantizar la coexistencia de los derechos humanos como derechos individuales con los derechos de las minorías como derechos colectivos con el fin de no desequilibrar la tensión entre la pretensión universalista propia de cualquier Estado democrático de derecho y el particularismo inherente a toda comunidad política.

⁴⁴ Véase: DE LUCAS MARTÍN, J., *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 225-307.

3.3. Orígenes y migraciones del pueblo gitano

La documentación sobre los orígenes de los gitanos es escasa. La información comienza a partir de sus primeras migraciones. Hay que resaltar que nos encontramos ante una cultura ágrafa y, como dice M^a. Helena Sánchez Ortega⁴⁵ :

«Los datos deberán ser suministrados siempre por sus anfitriones de los siglos XVI, XVII y XVIII. Esta literatura será en consecuencia hostil casi en su totalidad. Los gitanos sólo serán objeto de atención a causa de sus fricciones con el grupo no gitano...»

Por otra parte, tampoco existe una tradición oral sobre sus orígenes, o al menos la desconocemos. Y es a fines del siglo XVIII cuando, gracias a los estudios sobre su idioma (romaní) y casi exclusivamente sobre esta base lingüística, se fija su origen en la zona noroeste de la India⁴⁶ (lo que hoy corresponde al Punjab). Poco sabemos sobre sus modos de vida en su país de origen. Se supone que pertenecían a las castas más bajas (los parias). Tampoco sabemos con certeza las razones que motivaron sus migraciones. Se da como fecha aproximada del inicio de su partida, basándose en los estudios lingüísticos, entre los años 950 y 1.100 d.C.

3.4. Llegada a Europa

Hay documentos que atestiguan que había gitanos en Creta y Rumania en el siglo XV. A este último país llegaron gran cantidad de gitanos, pero «solamente 16 años después de su llegada se había decretado su captura como esclavos».

Dicha situación provoca que a finales del siglo XIV se inicien las grandes migraciones hacia los países de Europa Occidental a través de dos rutas: una bordeando la costa mediterránea y otra a través de los países de Europa Central. Así pues, los gitanos se van diseminando hasta el punto de poder afirmar que durante los siglos XV y XVI casi todos los países de Europa han acogido gitanos.

⁴⁵ SÁNCHEZ ORTEGA, M^a. 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, p. 19 y ss.

⁴⁶ KENRICK, D., *De la India al Mediterráneo: la migración de los gitanos / traducido del inglés por Carlos Martín*, [París]: Centro de Investigaciones Gitanas, Madrid: Presencia Gitana, 1995, pp. 58 y ss.

Existen datos aislados de su presencia en los distintos países de Europa extraídos de documentos de la época. En ningún caso estos datos configuran ni una cronología ni una crónica de la expansión del Pueblo Gitano. Pero son un elemento valioso de referencia. Veamos algunos de los más significativos: en 1418 llegan a Alemania (también por estas fechas llegan a Suiza, Bélgica y Holanda) en 1419 cruzan la frontera de Francia; en 1427 ya estaban en París, en 1422 se atestigua su presencia en Roma y entre 1415 y 1425 llegan a España.

«Sin duda alguna, el siglo XV fue para los gitanos su mejor momento en Europa, excepto para aquellos que se encontraban en Moldavia».

Hasta el punto que en algunos países (como Inglaterra) no pocos no-gitanos pretendieron hacerse gitanos. Pero este estatus cambia y a lo largo del siglo XVI los distintos países que los había acogido van dictando órdenes de persecución y control. Teresa San Román ⁴⁷ da, entre otras, algunas razones que justifican este cambio:

- Su no-adaptación al estilo de vida de las poblaciones en que se asentaban.
- Sus prácticas de hechicería.
- Su nomadismo, que los asimilaba a mendigos y bandoleros.

En realidad lo que subyace es el enfrentamiento entre los pueblos nómadas y sedentarios que, tarde o temprano, debía manifestarse.

«Los gitanos se presentan en Europa como un grupo nómada que se verá obligado a entrar en conflicto con los pueblos sedentarios. Estamos, en cierto modo, ante la dicotomía tradicional pastor o nómada versus agricultor o sedentario, casi tan antigua como la propia historia del hombre. El nómada representa al grupo que necesita desplazarse para sobrevivir. El sedentario ha logrado adecuar su entorno a sus propias necesidades, y controla a su favor, el medio en el que le ha tocado vivir. El nómada se ve obligado todavía, al menos en parte, a una actitud depredadora. El sedentario es esencialmente productivo, al menos en principio, y recela de cualquier visitante con movilidad. Son dos actitudes mentales y dos tipos de economía que necesariamente están abocadas al enfrentamiento».

⁴⁷ SAN ROMÁN, T., *Entre la marginación y el racismo: reflexiones sobre la vida de los gitanos / compilación de Teresa San Román*, Madrid: Alianza universidad, 1986, pp. 13-48.

3.5. Los gitanos en el Estado Español

Los gitanos llegan a España alrededor de los años 1415-1425. Desde su entrada hasta ahora (600 años) la situación de los gitanos han pasado por sucesivas etapas diferenciadas, según las relaciones más o menos conflictivas que la sociedad y el Estado han mantenido frente a ellos.

3.5.1. Acogida

La sociedad española del siglo XV estaba dominada por el espíritu de las cruzadas contra el Islam (la «Reconquista»), y una exaltación de valores, ideas y prácticas religiosas que ésta segregaba (Reyes Católicos, la Inquisición, etc.). En este ambiente los peregrinos gozaban de una serie de privilegios (la paz del camino).

La mayoría de los primeros documentos referentes a los gitanos señalan el hecho de que andaban por el mundo como peregrinos. Esto implica la facilidad con que entraron en España y por qué recibieron en principio, como en otras partes de Europa, muchos honores y privilegios (exención del pago de tributos al paso por frontera, créditos y donativos en metálico y, lo que es más interesante, obtuvieron de los reyes permiso para ejercer la justicia en sus propios asuntos).

Los primeros gitanos que entran en España lo hacen de los Pirineos, en pequeños grupos de 50-100 miembros dirigidos cada uno por un líder que se llama a sí mismo «duque» o «conde» del Egipto Menor o Pequeño Egipto. De ahí el nombre de «egipcianos» y más tarde «gitanos».⁴⁸ Otros grupos de gitanos llegan más tarde a la península por la costa mediterránea. Se consideran griegos («grecianos»), sin tener ya pretensiones nobiliarias. Pero esta fase «feliz» no iba a durar mucho. En 1499 aparece la primera Pragmática contra los gitanos firmada por los Reyes Católicos. Las razones que la motivaron aparecen en la misma Pragmática de Medina del Campo:

«Sabad que se nos ha fecho relación de que vosotros andáis de lugar en lugar muchos tiempos e años ha, sin tener oficios ni otra manera de vivir alguna, salvo pidiendo lemosna, é hurtando, é trafagando, engañando é faciendo vos fechiceros, é faciendo otras cosas no debidas ni honestas».

⁴⁸ MORENO CASADO, J., *Los gitanos desde su penetración en España: su condición social y jurídica*, Escuela Social de Granada, Granada, 1949, p. 6 y ss.

Como dice Bernard Leblon:⁴⁹

«Los Reyes Católicos ponen a los gitanos contra la pared: o se vuelven sedentarios y se ponen a trabajar como todo el mundo, o desaparecen».

Las penas eran bastantes explícitas. La primera vez que fueran pillados en falta recibirían látigo, la segunda corte de orejas, y el exilio en cualquier caso.

Este hecho debe ser contextualizado para ser entendido. Los Reyes Católicos inauguraban la unidad territorial de España y el intento uniformizador en detrimento de la tolerancia. No hay que olvidar que siete años antes (1492) se había decretado la expulsión de los judíos y tres años después llegó la conversión forzada de los musulmanes (1502).

Con todo, la pragmática no fue muy «eficaz» si observamos la cantidad de medidas adoptadas en su contra desde entonces.

Pero lo cierto es que «sí que se consiguió el asentar a algunos gitanos, que a partir de entonces vivirían conjuntamente en ciertos barrios de las afueras de pueblos y ciudades, de forma similar a como los encontramos hoy. Se les llamaron gitanerías».

3.5.2. Persecución

Este período ocupa desde 1499 (Pragmática de los Reyes Católicos) hasta 1783. Siglos XVI, XVII y XVIII. Todas las leyes de esta época (cédulas, decretos, pragmáticas...) referentes a los gitanos persiguen dos objetivos: el asentamiento permanente o la expulsión.

Ambos objetivos apuntan a una misma finalidad: la eliminación de la mayoría gitana con sus diferencias culturales. Esto puede hacerse por desaparición física (expulsión o aniquilación, ambos se han ensayado en la historia) o por asimilación (asentamiento). Progresivamente las ideas de aniquilación van a dar lugar a políticas de asimilación.

⁴⁹ LEBLON, B., *Los Gitanos de España: el precio y el valor de la diferencia*. Editorial Gedisa, Barcelona, 1993, 200 pp.

Nuevamente se nos impone la necesidad de ubicar estas leyes en el contexto socio-económico y cultural de la época para lograr una comprensión de la política anti-gitana desarrollada por la corona:

1. La expulsión de los judíos y moriscos paraliza un gran sector de la economía del país y reduce drásticamente la mano de obra disponible; además, las riquezas que llegan de América se desvían para mantener el «imperio europeo». Esto condujo al país a una situación de miseria económica y al desarrollo de los fenómenos típicos de las situaciones de crisis económica: cerrazón, intolerancia y pobreza que genera un aumento de grupos marginados, siendo estos últimos quienes más van a padecer los efectos de dicha crisis.
2. La secularización de la sociedad (Renacimiento) provoca la desmembración de muchas órdenes religiosas (abundantes en la reciente Edad Media), con lo que abandonan muchos frailes y monjas su anterior estado religioso. Esto dio lugar a una gran masa de población desarraigada con estilos y modos de vida en modo alguno estandarizados.
3. Es la época de la consolidación de los estados y, por ende, de la elaboración de censos. «Desde finales de la Edad Media, cualquier persona que estando en España no pertenecía a una unidad política local era considerada extranjera» y por tanto, estaba privada de los beneficios del derecho público.
4. La falta de brazos para el trabajo, en una coyuntura económica difícil, aconseja no despoblar más España, se abandonan las ideas de expulsión (que hasta ahora se manejaban y que no había sido posible aplicar seguramente gracias a la movilidad del Pueblo Gitano, fenómeno que dificultaba su control) en favor de una política de asimilación.
5. Parte de estos grupos desarraigados se unen a los gitanos, lo que acarrea algunas consecuencias:
 - a) Los gitanos se ven asociados con no gitanos marginados y con prácticas delictivas (mendigos, ladrones...).
 - b) Las pragmáticas contra los gitanos también afectan a estas gentes no gitanas que vivían con y como ellos.

c) Se inicia el intercambio entre la cultura gitana y los modos de vida de los grupos marginados. Este intercambio ha continuado con mayor o menor intensidad hasta nuestros días.

Había sin duda una gran crisis social, económica y cultural, y las órdenes y pragmáticas iban encaminadas a restablecer el «orden» por medio del «control social».

La finalidad última de todas ellas es la ya señalada: la desaparición de la minoría gitana. Dicha finalidad subyace en la trama de todas las leyes, generando un proceso que tiene su culminación en la trágica noche del 30 de julio de 1749. Veamos ahora el proceso:

- Se obliga al asentamiento masivo de los gitanos sin modificar el decreto de expulsión de los Reyes Católicos (Carlos I, 1539).
- Se prohíbe su lengua y sus costumbres (Felipe II. 1560-1570-1586).
- Fijación de los sitios de residencia -villas de más de dos mil habitantes- y prohibición del chalaneo o trata de animales (Felipe III, 1611- 1619).
- Prohibición de vivir agrupados: intento de dispersión entre la población (Felipe IV, 1633).
- Se reduce el asentamiento a 41 localidades y se les niega otra ocupación que no sea el trabajo agrícola (Carlos II, 1695).

Una vez asentada parte de la población gitana y fijada su residencia obligatoriamente en lugares determinados de la geografía española, se haría mucho más fácil para la corona tomar medidas represivas contra ellos.

Así, llegamos a la decisión de Fernando VI (1749) de «exterminar la raza gitana»⁵⁰, ordenado para tal fin el encarcelamiento de todos los hombres, mujeres y niños gitanos en la noche del 30 de julio de 1749. Unos 9.000 gitanos fueron detenidos y enviados a presidios, arsenales y minas. Tampoco se mostró eficaz esta medida. Y tras diversas medidas liberalizadoras, en 1763 se ordenó la liberación de todos los gitanos que aún permanecían en los arsenales.

⁵⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Los gitanos y las gitanas de España a mediados del siglo XVIII: el fracaso de un proyecto de "exterminio" 1748-1765*, Almería: Universidad de Almería, 2014, 193 pp.

Este intento radical de eliminar la minoría se convirtió en un nuevo fracaso, aunque tuvo consecuencias importantes para la organización social del pueblo gitano:

«En los presidios del siglo XVIII los gitanos dejaron los jirones de su antigua vestimenta y las reliquias de su lengua india, pero supieron salvaguardar una particularidad menos visible y más esencial: una organización social fundada en la solidaridad del clan, que corre paralela con la existencia de una forma de justicia que le es propia y con la supervivencia de ciertas costumbres.»

3.5.3. Tolerancia

Desde 1763 (orden de la liberación de los gitanos encarcelados) hasta 1783 en que Carlos III promulga la nueva Pragmática, transcurre un período marcado por la confusión y perplejidad en cuanto a la actuación de las autoridades respecto a los gitanos. Durante estos años se producen diversos informes sobre la situación de esta minoría y sus posibles soluciones (sin abandonar la idea básica de aniquilación-expulsión o asimilación-asentamiento). Destacan el del Conde de Campomanes ⁵¹, el de Lope de Sierra Cienfuegos o el encargado por el Conde de Aranda (presidente del Consejo de Castilla) a Campomanes y Valiente.

Los primeros informes de Campomanes y Cienfuegos (1763 y 1764 respectivamente) son muy radicales en sus planteamientos. Entre sus recomendaciones destaca el traslado forzoso a América y una vez allí la diseminación en pequeños poblados; sólo la oposición de los ministros de Indias y Marina impide que se aprueben estas recomendaciones.

El posterior informe de Campomanes-Valiente se muestra más liberal en sus planteamientos, preparando el camino para la Pragmática de Carlos III. Y llegados a la fecha de 19 de septiembre de 1783, se firma la Pragmática sanción, aunque:

«No es posible comprenderla ni juzgarla correctamente sin recordar que en ella culminan tres siglos de infructuosas tentativas destinadas a obtener la integración del cuerpo extraño gitano, en las que se utilizaron torpes recursos y métodos que en general se pueden calificar de bárbaros.»

⁵¹ Véase: VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M^a., *Campomanes y la acción administrativa de la corona, 1762-1802*, Oviedo: Real Instituto de Estudios Asturianos, 1998, 459 pp.

En el informe de Campomanes-Valiente se analizan las causas que han llevado al fracaso las políticas anteriores:

- Temor e ineficacia de la justicia.
- Engaños de los gitanos.
- La marginación en que se obligaba a vivir a esta minoría.

Estas razones son las que llevan a Carlos III a un cambio de estrategia difícil de asumir por los estamentos oficiales, que obliga al Consejo de Castilla a consultar a los tribunales de Zaragoza, Barcelona y Valencia. La cuestión que se plantea es si la política de la pragmática es aplicable a todo el Estado y no sólo a Castilla. «Lo cierto es que los magistrados de estas tres circunscripciones responden pormenorizadamente a la invitación del poder central. Aprueban en forma unánime el espíritu de la Pragmática y, en particular, su manera de luchar contra el racismo, principal obstáculo para la integración efectiva de los gitanos».

Estamos en el siglo XVIII, el llamado siglo de «las luces», del «Despotismo Ilustrado», del «Imperio de la razón». Y la Pragmática de 1783 es un claro ejemplo de ello. Los avances de esta pragmática con respecto a las anteriores no se basan en cuestiones humanitarias, sino en razones de eficacia, de racionalización. Hay un cambio de estrategia, pero se persigue el mismo fin: «se trata de transformar una masa de ociosos en súbditos útiles».

Sintetizaremos algunos de los elementos innovadores de dicha Pragmática:

- 1) Al afirmar y declarar «que los que llaman y se dicen gitanos no lo son ni por origen ni por naturaleza, ni provienen de raíz infecta alguna», se desmarca de la opción que consideraba a los gitanos «descendientes directos de Caín».
- 2) Declara, también que los gitanos deberán tener capacidad para elegir libremente sus propias ocupaciones. Y se incluyen una serie de sanciones para aquellas corporaciones y gremios que se opusieran a la admisión de gitanos.
- 3) Se capacitaba a los gitanos para que pudieran fijar su domicilio donde mejor les conviniera, a excepción de los Sitios Reales.

4) La Pragmática disponía, igualmente, la elaboración de un censo sobre la población gitana, así como el intento de que esta ley no fuese letra muerta una vez más. La Pragmática se hizo pública a través de bandos y pregones hasta en los pueblos más pequeños.

Pero para disfrutar de esta «igualdad» con respecto al resto de los ciudadanos se les exigía el cumplimiento de tres condiciones:

- Abandonar su peculiar forma de vestir y adornarse.
- No usar el caló en público ni ostentosamente.
- Asentarse permanentemente en un lugar y abandonar la vida errante. En caso contrario los hijos menores de 16 años serían arrancados de sus padres y llevados a un orfelinato para aprender un oficio.

Con todo, esta Pragmática también resultó prácticamente infructuosa. Se pueden aducir tres razones:

1) La dificultad real de muchos gitanos de cambiar radicalmente su modo de vida. Según George Borrow,⁵² relacionado con grupos de gitanos errantes, «aquellos gitanos no conocían otro modo de vida; y también, que ni querrán ni podrían cambiar drásticamente su vida errante de tratantes de ganado, vendedores ambulantes o bandoleros, por aquella otra vida más miserable, menos provechosa y mucho menos libre que padecían los gitanos asentados en zonas extremas de los pueblos y ciudades».

2) El estado de marginación y ostracismo a que se obligaba a vivir a los gitanos (asentados o nómadas). Esta situación que intenta combatir la Pragmática se mantendrá, a pesar de todo, debido a los prejuicios arraigados en la población no gitana. A este respecto podemos citar el informe de la Sala del Crimen de Valencia que «ataca principalmente los prejuicios populares, por desdicha compartidos y facilitados por las autoridades civiles y religiosas, que han mantenido a los gitanos al margen de la sociedad.

⁵² Resulta muy interesante la visión que ofrece el viajero inglés George Borrow, que deambuló por nuestro país cinco años con el objeto de imprimir Biblias sin anotaciones y distribuir las entre el pueblo. Borrow fue un personaje curiosísimo: hablaba y traducía decenas de lenguas, entre ellas el caló, pues a los 7 años se escapó con un gitano inglés a un campamento y convivió un tiempo con ellos.

Los valencianos denuncian la amplia tendencia a atribuir a los gitanos los más detestables delitos cometidos en el país «con desprecios de la justicia y la caridad y en contra de lo que la experiencia ha demostrado», e insisten en el hecho de que esta odiosa discriminación ha sido perjudicial a los propios intereses de los contribuyentes, cuyas cargas habrían disminuido si hubiesen recibido en su seno a esos hombres que ellos rechazan injustamente».

3) Y finalmente, dificultades en la ejecución de la Pragmática, bien por la insuficiencia de recursos destinados a su aplicación (fundamentalmente en los aspectos de trabajo y educación), o bien por la interpretación tendenciosamente represiva que de ella hicieron algunos tribunales.

El triunfo de la política de asimilación-asentamiento va abriéndose paso a pesar de las dificultades. «El resultado más evidente de la política practicada desde los Reyes Católicos hasta Carlos III con los muchos titubeos que hemos comprobado es la sedentarización masiva que se hizo efectiva en la primera mitad del siglo XVIII. Como es sabido, fue esta primera etapa la que posibilitó la redada de 1749.⁵³

Las estadísticas oficiales publicadas después de la Pragmática de Carlos III demuestran el modestísimo éxito obtenido por ésta. Más del 88% de los gitanos de España -exceptuando a Cataluña- ya estaban sedentarizados antes de 1783.

«Así pues, la sedentarización de la gran mayoría de los gitanos es un hecho adquirido en el transcurso del siglo XVIII, y las medidas un poco más liberales de 1783 no cumplieron un papel decisivo en este fenómeno. En cambio, contribuyeron en cierta medida a una mejor integración de estos sedentarios tendiendo a sacarlos de su condición de parias».

⁵³ GÓMEZ ALFARO, A., *La gran redada de los gitanos: España, prisión general de gitanos en 1749*, Editorial Presencia Gitana, Madrid, 1993, p. 44 y ss.

3.5.4. Los siglos XIX y XX

En el siglo XIX la «cuestión gitana» toma nuevos caminos al iniciarse el período constitucional (1812-1936). La Constitución de 1812 (Cádiz) supuso para los gitanos un avance importante en cuanto al reconocimiento de su situación jurídica como ciudadanos españoles. Esta constitución abandona el antiguo criterio de ciudadanía española ligado a la exigencia de una residencia fija en cualquier municipio: ahora basta con haber nacido dentro del país para ser español⁵⁴.

Durante el reinado de Fernando VII se hacen dos recordatorios a los tribunales sobre la Pragmática de Carlos III y se restringe la participación de gitanos en las ferias de ganado. María Cristina de Borbón (1837) nuevamente recuerda el deber de cumplir dicha Pragmática.

Más importante es la disposición de Isabel II (1847) por la que se obliga a los chalanes gitanos a llevar, además de papeles personales, un documento con el número y características de sus animales y otro documento donde se anotarán todas las transacciones de animales que se realicen.

Alfonso XII en 1878 anula las disposiciones anteriores y amplía la normativa sobre trato de animales a todos los chalanes, fueran gitanos o no.

Tras un largo período de ausencia de leyes anti-gitanas, volvemos con la dictadura franquista a situaciones fuertemente negativas para el Pueblo Gitano: prohibición de hablar el romaní, considerado jerga de delincuentes; consideración de la vida nómada como delito; la Ley de Vagos y Maleantes, o la Ley sobre Peligrosidad Social y Rehabilitación Social, se aplican de forma especial a los gitanos.

Cabe destacar el Reglamento de la Guardia Civil aprobado el 14 de mayo de 1943 que cita expresamente a los gitanos y, en sus artículos 4 y 5, recomienda su vigilancia escrupulosa y sobre todo el control de sus modos de vida y sus desplazamientos».

⁵⁴ CALVO BUEZAS, T., *Los Racistas son los otros: gitanos, minorías y Derechos humanos en los textos escolares*, Madrid, Editorial Popular, 1989, p. 73 y ss.

«La fase del franquismo se caracteriza por una dicotomía en la que, por una parte, se ejerce una represión cultural total e intolerante contra el Pueblo Gitano en particular y contra los demás pueblos en general, pero por otro lado, las clases dominantes, imbuidas del concepto católico de la “caridad”, inician tibias y descoordinadas acciones hacia la comunidad gitana para integrarla en la cosmovisión religiosa, cultural y social paya. Programas financiados por la Administración Central, pero diseñados especialmente por organismos católicos intentan “promoverles”, “integrarles” o “enseñarles” a ser payos. A la ideología integrista dominante, tan convencida de su superioridad, le era muy difícil abandonar una perspectiva asimilacionista».

El inicio del período democrático (1977) supone un cambio en el tratamiento del tema gitano, al menos legalmente. Los artículos anti-gitanos del Reglamento de la Guardia Civil son derogados en 1978 y poco después se promulga la Constitución, que supone desde un punto de vista formal, la igualdad de los gitanos ante la ley y la plena ciudadanía, al convertir en delito constitucional la discriminación racial,⁵⁵ aunque en la realidad se mantiene su marginación económica y social.

En 1979 se crea la Comisión Interministerial Gitana, que no ha cubierto todas las expectativas que generó en el momento de su creación. En el País Valencià se crea en 1985 la «Comissió per a l'Estudi, Desenvolupament i Promoció del Poble Gitano».

Esta evolución positiva a nivel legal no se ha visto reflejada con igual intensidad en su realidad económica y social. Varios factores han contribuido y contribuyen al mantenimiento de esta situación, uno de esencial, el rápido proceso de industrialización que, provoca dos fenómenos de capital importancia en los gitanos del Estado español: Por un lado se intensifica aún más la sedentarización, concentrándose la mayoría de la población gitana en los suburbios de las ciudades, con lo que esto supone de cambio radical de forma de vida y de hábitat; y por otro lado, se ven forzados a abandonar sus oficios tradicionales, iniciando nuevas actividades económicas centradas fundamentalmente en la venta ambulante, recogida de residuos urbanos y trabajos temporeros en el campo. Pocos se incorporan al trabajo asalariado industrial.

⁵⁵ BARKER, M., *The New Racism. Conservatives and the Ideology of the Tribe*, Junction Books, London, 1981, 183 pp.

De esta manera se ha pasado a engrosar las grandes bolsas de marginación de las ciudades junto a otros inmigrantes o en reductos apartados de chabolas.

Las recientes crisis económicas que ha pasado nuestro país han dejado una profunda huella en el Pueblo Gitano. En momentos de crisis las clases más bajas de la sociedad son las que más sufren, y los gitanos han visto disputados sus trabajos por otras personas no-gitanas abocadas a la misma situación de marginación por la crisis económica. Al mismo tiempo el proceso democratizador ha favorecido la toma de conciencia y la sensibilización de amplios sectores sociales que junto al movimiento asociativo gitano en auge ha generado políticas en favor de los gitanos.

De entre los factores que explican la actual dinámica del Pueblo Gitano destacaremos por su importancia tres: la intervención de los servicios sociales, la creciente escolarización y el movimiento asociativo gitano

Por la novedad, por la urgencia y quizá por la falta de previsión y planificación, los profesionales de los servicios sociales (y también de la educación y otros sectores) no tienen el bagaje formativo suficiente para adentrarse en el campo gitano con criterios claros y respetuosos.

«La falta de conocimiento de la cultura gitana⁵⁶ o el olvido práctico de supuestos generales bien conocidos pueden llevarnos a cometer errores que condicionen el trabajo que nos hemos propuesto realizar, que hagan inviables los programas e imposibiliten seguir adelante con ellos, impidiéndose así nuevos pasos. Así que antes de comenzar un trabajo profesional, e incluso uno voluntario, se impone informarse y estudiar a fondo las diversas aportaciones que en este campo específico se han hecho desde la investigación antropológica, sociológica, histórica, etc. Esto permitiría proveernos de los conocimientos teóricos que permiten la comprensión de su cultura, su organización, su proceso histórico, así como otros aspectos de su modo de vida».

⁵⁶ SAN ROMÁN, T., *La diferència inquietant: Velles i noves estratègies culturals dels gitanos*, Editorial Alta Fulla, Barcelona, 1994, pp. 11-41.

Sin embargo, a falta de esta formación previa y necesaria, la acción de los servicios sociales suele ser uniforme, sea cual sea la población a la que va dirigida, sin tener en cuenta las diferencias culturales. De esta manera «las cuestiones culturales se reducen a problemas sociales y, a partir de una visión semejante, las autoridades se otorgan el derecho o incluso el deber de intervenir, y las iniciativas de ayuda abren la vía de acciones de “reintegración” o de “readaptación” que, en todos los estados, parten del supuesto de que los gitanos y los itinerante, sin cultura particular, no pueden ser iguales si no son semejantes, y no pueden adaptarse si no son asimilados».

Además de respetarse las diferencias culturales también es necesario que el trabajo social forme parte de un plan global de desarrollo (desarrollo comunitario). Al no ser así y no aplicar soluciones válidas en temas como vivienda, trabajo, salud, etc., a los servicios sociales sólo les queda el recurso de las ayudas económicas, creando, en tanto no se modifiquen las condiciones de vida de estas familias, una dependencia cada vez mayor de los servicios sociales.

Otro de los fenómenos importantes referidos al Pueblo Gitano que destacar es que en estos últimos años es el acceso masivo (aunque lento y dificultoso) de los niños/as gitanos a la escuela⁵⁷.

Como ya venimos repitiendo, este fenómeno va parejo a la propia evolución social española: el reconocimiento del derecho a la educación para todos, el aumento de plazas escolares, la existencia de programas específicos, la mayor conciencia de los gitanos, el cambio operado en los gitanos sobre la imagen y función de la escuela, la acción de denuncia de muchas asociaciones gitanas, etc., han favorecido decididamente esta incorporación a la escuela. Ahora bien, esto, siendo positivo en sí mismo:

«Pone en evidencia una necesidad patente y urgente: la introducción de la cultura gitana en las escuelas. Y esto es así porque desde un planteamiento ético ineludible o la cultura gitana es conocida, respetada, defendida y potenciada en el marco educativo, o estamos abocando al Pueblo Gitano al genocidio cultural más sutilmente realizado en toda la historia desde que éste llegó a la Península».

⁵⁷ GRAÑERAS, M., *Gitanos: de los mercadillos a la escuela y del instituto al futuro*, Ministerio de Educación: Instituto de Formación del Profesorado, Investigación e Innovación Educativa, Madrid, 2010, 107 pp.

Porque si bien es cierto que cada vez son más los gitanos que quieren escolarizar a sus hijos/as, también estos mismos padres exigen unas condiciones a la escuela, fundamentalmente que sus hijos/as sean respetados como gitanos, con sus peculiaridades culturales.

Un papel capital en este proceso de lucha por el reconocimiento de la identidad cultural gitana⁵⁸ y su participación colectiva en el conjunto social están jugando las asociaciones gitanas.

En esta última mitad de siglo «han proliferado organizaciones gitanas en todo el mundo, de muy distinto carácter pero todas ellas levantando la bandera de la identidad gitana compartida y reivindicando para el Pueblo Gitano un puesto digno en el interior de la comunidad mundial».

La historia de las organizaciones gitanas no constituye una línea uniforme y en su desarrollo podemos encontrar líneas paralelas, caminos que se abandonan y disensiones. El asociacionismo es un fenómeno nuevo que crea tensiones al interior del Pueblo Gitano en cuanto que no coincide con el esquema tradicional de la organización social gitana.

«De manera esquemática, podrían distinguirse tres períodos en la historia de las organizaciones gitanas:

- Los años 60 vieron la confirmación del movimiento emergente de las organizaciones, y el Congreso de Londres fue la consagración de su existencia y de su vinculación internacional.
- Los años 70 contemplaron el desarrollo de las organizaciones, y el Congreso de Ginebra puso de manifiesto las disensiones existentes.
- Los años 80 están siendo los años de la estabilización de las organizaciones y el Congreso de Gotinga ha marcado su primera etapa».

⁵⁸ TOURAINE A., *Conocimiento e identidad: voces de grupos culturales en la investigación social* / Alain Touraine, Michel Wieviorka, Ramón Flecha; y colaboraciones de: Maria Inês Amaro... [et al.], Esplugues de Llobregat: El Roure, 2004, 137 pp.

Por la importancia que supone para el movimiento de las organizaciones gitanas, a continuación se hará mención a unas breves notas sobre los diversos congresos a los que anteriormente hacíamos referencia.

El «Comité Internacional Gitano» (Federación de diversas organizaciones nacionales) convoca en 1971 el I Congreso Mundial Gitano celebrado en Londres con delegados de 14 países. Las principales resoluciones serían: aceptan como nombre que los une el de ROM, se adoptan una bandera y un himno.

El II Congreso Mundial tiene lugar en Ginebra en 1978. Reúne a 60 delegados representantes de 26 países. Se reconoce la India como madre patria, se pone el acento en la defensa de su especificidad cultural y en el derecho a desarrollarla y conservarla, se insta a su reconocimiento internacional y se avanza en los esfuerzos por la estandarización de la lengua

El Comité Internacional Gitano se convierte a partir de este Congreso en la Unión de los Rom (*romano ekhipe*). En 1979 esta organización obtiene el estatuto consultivo ante la ONU.

El III Congreso Mundial⁵⁹ se celebra en Gotinga (RFA) en 1981 con la asistencia de 300 delegados procedentes de 22 estados.

También en el Estado español se ha hecho patente este movimiento asociativo gitano, hasta el punto que en 1987 existen 141 asociaciones gitanas inscritas en registro.

En 1985 se crea en el Estado español la Unión Romaní⁶⁰, como un intento excelente de federación de las diversas asociaciones gitanas existentes en el Estado, para aunar esfuerzos en la defensa de los derechos inherentes al Pueblo Gitano.

La Unión Romaní publica periódicamente la revista *Nevipens Romaní* (Noticias Gitanas), que quiere ser un testimonio de la presencia viva y del dinamismo del Pueblo Gitano del Estado español.

⁵⁹ A estos Congresos han asistido representantes de organizaciones gitanas españolas.

⁶⁰ Para mayor información consultar la página web oficial de la Unión Romaní en: http://www.unionromani.org/pueblo_es.htm.

3.5.5. Los gitanos en la CE de 1978 y en el marco legal de la UE

La dignidad humana es hoy en día un referente en el pensamiento moral, político y jurídico. Se trata de uno de los conceptos fundacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y para algunos autores es considerada la base para sustentar nuevos derechos. En efecto, la dignidad ha sido y sigue siendo el fundamento último y sustento moral de los derechos humanos. En su sentido actual, es formulada desde una perspectiva humanista, es decir, se define esa idea del ser humano centrado en el mundo e hipocentro del mundo, poseedor de rasgos que lo hacen único e irrepetible y por tanto merecedor de tal dignidad⁶¹.

El 6 de diciembre de 1978, marca un antes y un después de nuestra reciente historia política y democrática con la promulgación de nuestra Constitución Española, que proclama en su artículo 14 el derecho de igualdad de todos los españoles «ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Por expresa previsión del artículo 53.2 CE, este derecho está especialmente garantizado y protegido por el procedimiento de recurso de amparo ordinario y constitucional. Es por tanto un derecho fundamental de invocación directa sin necesidad de desarrollo legislativo previo.

La igualdad, entendida como un derecho público subjetivo ejercitable ante los jueces y tribunales ordinarios, conlleva la alegación de una discriminación. Ésta implica una desigualdad que puede tener su origen en un hecho, en la diferenciación de tratamiento legal no justificado constitucionalmente, o finalmente en la aplicación de una ley que produzca un resultado inconstitucional. Se puede decir que estamos ante una desigualdad ante la ley cuando ésta, ante dos supuestos de hecho idénticos trata de forma distinta, sin ninguna justificación, a diferentes sujetos, por alguna de las causas establecidas, de forma además muy abierta, en el artículo 14 CE⁶².

⁶¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, colección Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 26, Dykinson, Madrid, 2003, p. 50 y ss.

⁶² MONTILLA MARTOS, J.A., «El mandato constitucional de la promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.

En este sentido, podemos considerar que la Constitución de 1978 ha articulado un modelo de acomodación de la diversidad basado en el reconocimiento del derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones. Los gitanos españoles han conquistado la ciudadanía de pleno derecho en virtud del artículo 14 CE, pero sin gozar de un reconocimiento explícito de su presencia como grupo o comunidad cultural, cuando en un principio la igualdad no debería girar en función de la pertenencia de una persona a un colectivo o grupo determinado.

El reconocimiento de su existencia por parte de los poderes públicos del Estado se puede encontrar en la creación de un Programa de Desarrollo Gitano y la aparición de una partida en los Presupuestos Generales del Estado para dicho programa desde finales de los 80. Por otra parte, en el año 1999 se formó en el Congreso una Subcomisión Parlamentaria para el estudio de la problemática del Pueblo Gitano.⁶³ Se produjo un avance importante con la creación del Consejo Nacional del Pueblo Gitano y la aprobación de una Proposición no de Ley en el Congreso de los Diputados. A nivel autonómico se ha producido excepcionalmente algún hecho significativo.⁶⁴

La comunidad gitana, tradicionalmente objeto de discriminaciones y de exclusión social, ha experimentado un notable avance durante las pasadas décadas gracias a los beneficios de la extensión y universalización del Estado de bienestar. Pero las dimensiones de reconocimiento, participación y promoción cultural no han recibido la misma atención. En otras palabras, la acción de los poderes públicos con relación a la comunidad gitana en España ha estado orientada hacia las políticas de redistribución, mientras que las políticas de reconocimiento han estado bastante ausentes.

⁶³ Entre las labores para la mejora de la calidad de vida del pueblo gitano español y de la promoción de su cultura hay que destacar la gestión de Juan de Dios Ramírez-Heredia, gitano, diputado del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) a las Cortes españolas (1977-1985) y al Parlamento europeo (1986-1994), presidente de la Unión Romaní española y representante español en la Comisión Consultiva “Racismo y Xenofobia” del Consejo de la Unión Europea (UE).

⁶⁴ V. Resolució 1046/VI del Parlament de Catalunya, aprobada por la Comisión de Política Social el 21 de noviembre de 2001 dice: “El Parlament de Catalunya reconeix la identitat del poble gitano i el valor de la seva cultura com a salvaguarda de la realitat històrica d’aquest poble”.

La protección de ésta minoría, como son los gitanos, no sólo se garantiza ya a nivel estatal, si no que se garantizará al mismo tiempo desde el ámbito internacional, donde le compete a cada Estado, la salvaguarda de derechos y libertades de quienes esas minorías que habitan en ese territorio como nacionales y con los mismos derechos que el resto. No cabe duda pues, que la comunidad gitana es una minoría y como tal, será objeto de distintas medidas de protección internacional.

Y sin ánimo de extenderse demasiado, a continuación se exponen algunas de las principales manifestaciones:

- **Conferencia para la Seguridad y Cooperación de Europa →**
Es un organismo que en el año 1992 creó la figura del Alto Comisionado para las minorías nacionales, cuya función principal es de carácter meramente preventiva, para tratar de evitar conflictos entre los Estados participantes en la Conferencia, en relación con las minorías que habitasen en los mismos.
- **Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 →** Los Estados miembros se comprometieron a la protección y garantía de los DD.HH., 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.
- **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 tercera, de 6 de marzo de 1998, se ocupó específicamente para combatir la discriminación sufrida por las personas de etnia gitana.
- **Carta de París para una nueva Europa, de 21 de noviembre de 1990 →**
Se asocia el tema de los DD.HH. de las minorías con la democracia y el Estado de Derecho. Para ello se creó la “*Oficina para Reuniones de Expertos sobre Instituciones democráticas y sobre Minorías Nacionales*” que elaboró un documento que fue aceptado por el Gobierno español, ratificado por 34 países participantes más y en donde por primera vez se cita de manera expresa al “pueblo gitano”.

- **Convenio Marco para la protección de las Minorías Nacionales, de 1994 →**
Es el 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.

- **Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a todas las personas independientemente 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 del empleo, la protección social, la seguridad social, las ayudas sociales, la educación, la provisión y acceso a los bienes y servicios.

- **Directiva 2012/29/UE del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI →** La norma incluye la protección a víctimas especialmente vulnerables, en particular a los menores y a las personas con discapacidad, y también a víctimas de agresiones motivadas por prejuicios raciales, de intolerancia o de odio (basadas en el origen étnico, la orientación sexual, la identidad de género, etc.). A menudo se producen ataques de este tipo en diferentes países de Europa contra ciudadanos y ciudadanas comunitarios de etnia gitana, que ahora podrán hacer valer sus derechos incluso si el incidente se produce en un país de la UE diferente al de su país de origen⁶⁵. Las referencias a discriminación étnica y delitos de odio están en los Considerandos 9, 56 y 57, y en el artículo 22.3 de la Directiva.

⁶⁵ Véanse: Págs. web oficiales de dos OO.II. como son la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) en <http://www.osce.org/what/roma> y, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en <http://www.un.org/es/index.html>, ambas fuentes de abundante información sobre el trabajo multidisciplinar desempeñado en favor de los gitanos.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE SENTENCIAS DEL TEDH SOBRE GITANOS

En este capítulo del TFG, se realizará un análisis de un conjunto de sentencias emitidas por el TEDDHH, empleando un criterio de selección consistente en primer lugar, en el origen del demandante, en su totalidad de etnia gitana. Seguidamente se ha tenido en consideración la tipología de derecho vulnerado y salvaguardado con posterioridad por el propio Tribunal. En relación al criterio espacial, los sujetos intervinientes en los casos son de procedencia diversa. Finalmente, respondiendo a un criterio de temporalidad, las sentencias escogidas son relativamente recientes, del siglo XXI (año 2.000 y ss.).

Para tal fin, la estructuración desempeñada para dicho análisis, guarda relación con su formato de origen, seccionándose en:

- **Preliminares:** donde se hace referencia a los rasgos esenciales del proceso.
- **Hechos:** donde se hace mención a aquellos acontecimientos de mayor trascendencia para llevar a cabo una adecuada ilustración del asunto en cuestión.
- **Normativa aplicable:** donde se expone la legislación interna e internacional más relevante aducida en el procedimiento judicial.
- **Fundamentos de derecho:** consistente en las distintas motivaciones jurídicas de las cuales se hace valer el Tribunal para emitir una resolución judicial.
- **Conclusiones:** donde se hace referencia a la decisión final del Tribunal, declarando la efectiva violación o no del derecho en cuestión y de su pertinente resarcimiento, si así procediere.

>> **AGRESIONES RACISTAS POR AGENTES DE LA AUTORIDAD** <<

4.1. ASUNTO NACHOVA Y OTROS c. BULGARIA

(Demanda núm. 43577/98 y 43579/98)

Gran Sala

6 de julio de 2005

I. PRELIMINARES

1. El asunto tiene su origen en dos demandas en contra de la República de Bulgaria presentadas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos en virtud del antiguo artículo 25 de la Convención para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales para cuatro ciudadanos búlgaros, la Sra. Anelia Kunchova Nachova, la Sra. Aksiniya Hristova, la Sra. Todorka Petrova Rangelova y el Sr. Rangel Petkov Rangelov (los solicitantes), el 15 de mayo de 1998.

2. Los solicitantes alegaron que sus respectivos parientes cercanos, Sr. Kuncho Angelov y el Sr. Kiril Petkov, que fueron fusilados por la policía militar que trataban de detenerles, siendo privados de su vida mediante la violación del artículo 2 de la Convención, que la investigación de los hechos fue ineficaz y por tanto a tenor de este precepto legal y del artículo 13 de la Convención, el Estado demandado había fallado en su obligación de proteger la vida por ley. También se alegó que los hechos denunciados fueron el resultado de actitudes discriminatorias hacia personas de origen romaní y esto supone una vulneración del artículo 14 de la Convención.

II. HECHOS

1. El caso se refiere a la muerte el 19 de julio de 1996 del Sr. Angelov y el Sr. Petkov por un miembro de la policía militar que estaba tratando de detenerlos.

2. Todos los solicitantes son ciudadanos búlgaros que se describen como siendo de origen romaní.

3. En 1996, el Sr. Angelov y el Sr. Petkov, ambos de veintitrés años de edad, eran reclutas de la Fuerza de construcción (Строителни войски), una división del ejército se trata de la construcción de bloques de viviendas y otros proyectos civiles.

4. A principios de 1996, el Sr. Angelov y el Sr. Petkov fueron detenidos por repetidas ausencias sin permiso. El 22 de mayo 1996, el Sr. Angelov fue condenado a 9 meses de prisión y el Sr. Petkov a 5 meses de prisión. Ambos tenían antecedentes penales por robo.
5. El 15 de julio 1996 se escaparon de una obra de construcción fuera de la prisión donde habían sido llevados para el trabajo y se fueron a casa de la abuela del Sr. Angelov, Ms Tonkov, en el pueblo de Lesur. Ninguno de los dos estaba armado.
6. Su ausencia se informó al día siguiente y sus nombres fueron publicados en la lista de buscados por la policía militar. Una orden de arresto fue recibida el 16 de julio 1996 por la Unidad Militar-Policial Vratsa.
7. Alrededor de las doce del mediodía el 19 de julio de 1996, el oficial de guardia en la Unidad Militar-Policial Vratsa recibió un mensaje telefónico anónimo que el Sr. Angelov y el Sr. Petkov estaban escondidos en el pueblo de Lesur.
8. El oficial al mando, el Coronel D., decidió enviar a cuatro policías militares, bajo el mando del Mayor G., para localizar y detener a los dos hombres.
9. El Sargento N. testificó que, después de haber avistado que el Sr. Angelov y el Sr. Petkov escapaban a través de la ventana y corriendo hacia el patio de un vecino, les había advertido a grito de: “Stop, la policía militar”. Sacó su arma, pero no disparó ningún tiro. Mientras el Sargento N. intentaba interceptarlos mientras ellos eludían varias casas, oyó como el Mayor G. gritó: “¡Freeze, policía militar, deténganse [o] Voy a disparar!”. Fue entonces cuando el tiroteo comenzó.
10. El Sr. Angelov y el Sr. Petkov murieron en el camino a Vratsa. Fueron declarados muertos a su llegada al hospital.
11. De acuerdo con otro vecino, el Sr. MM, los tres policías disparaban. Dos de ellos habían efectuado disparos al aire y el tercer oficial - que había estado en el lado oeste de la casa (Mayor G.) - había sido el objetivo de alguien. Sr. MM había oído de quince a veinte disparos, tal vez más. Después vio a los policías militares en el patio donde el Sr. Angelov y el Sr. Petkov habían caído. Este patio pertenecía al Sr. MM y su hija.

Al ver a su nieto - un chico joven - de pie allí, el Sr. MM había pedido al Mayor G. permiso para acercarse y recogerlo. El Mayor G. le apuntó con el arma de una manera violenta y le insultó, diciendo: “¡Malditos gitanos!”.

12. A partir del 19 de julio de 1996, se inicia una polémica investigación para esclarecer y determinar las causas de la muerte del Sr. Angelov y el Sr. Petkov.

III. NORMATIVA APLICABLE

I. INTERNA

1. Reglamento (no publicado) sobre la Policía Militar, emitido por el Ministerio de Defensa el 21 de diciembre de 1994 (artículo 45, en la versión vigente en el momento de los hechos).

2. El mes de diciembre del año 2000 el artículo 45 fue remplazado por el artículo 21 del Decreto n°. 7 de 6 de diciembre de 2000, sobre el uso de la fuerza y de armas de fuego por la policía militar (publicado en el Boletín Oficial n° 102/2000, modificado el año 2001).

3. Código Penal, en concreto su artículo 12 bis, que regula el grado de fuerza que puede usarse en defensa propia.

4. Código de Procedimiento Penal, en concreto su artículo 63, 192 y 237§ 6, que regulan por un lado que los procedimientos relativos a delitos juzgados públicamente solo podrán ser iniciados por un fiscal o investigador, previa denuncia de parte o de oficio y, por otro lado, faculta a las víctimas de delitos a unirse a los procesos penales.

5. Ley de Protección contra la Discriminación, en concreto su artículo 9, que prevé una carga de cambio de la prueba en casos de discriminación.

II. INTERNACIONAL

1. Principios básicos de las Naciones Unidas: el de la ocupación de la fuerza por los Agentes de la Ley (“Fuerza de las Naciones Unidas y los principios de las armas de fuego”) fueron adoptados el 7 de septiembre de 1990 por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. Ver párrafos 5, 7, 9, 23 y 24.

2. Principios de las Naciones Unidas sobre la prevención y la investigación de las ejecuciones extralegales y arbitrarias, adoptada el 24 de mayo de 1989 por la Resolución del Consejo Económico y Social (1965-1989), que proporcionan, entre otras cosas, que deba haber una investigación exhaustiva, investigación rápida e imparcial de todos los casos de sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, y que la investigación debe tener como objetivo la determinación de “cualquier patrón o practica que pueda haber causado la muerte”. Ver párrafos 11 y 17.

3. Jurisprudencia del Comité de la ONU contra la Tortura (CAT), en concreto, tener en consideración la Resolución de 21 de noviembre de 2002.

4. Directivas sobre la discriminación de la Unión Europea, en concreto, los artículos 8 y 10 respectivamente de la Directiva 2000/43 / CE de 29 de junio de 2000, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78 / CE de 27 de noviembre de 2000, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

5. En 2002, la Comisión Europea publicó una propuesta de Decisión marco del Consejo sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia, el artículo 8 incluye entre las medidas que deben aplicar los Estados miembros en este ámbito, las acciones que deben adoptarse para garantizar que la motivación racista se considera una circunstancia agravante en el derecho penal.

6. En abril de 2005, el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia ha publicado un estudio comparativo de la violencia racista y las respuestas que hicieron 15 Estados miembros de la Unión Europea. En particular, señala que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos estudiados, tradicionalmente, la ley penal no menciona expresamente a la “violencia racista”. Sin embargo, esta tradición está cambiando poco a poco, la legislación está empezando a reconocer que los crímenes pueden tener “motivos raciales”. En particular, la motivación racista cada vez estaba siendo considerada como un factor agravante para los efectos de la sentencia en virtud de la legislación de algunos Estados miembros. En particular, el artículo 132-76 del Código Penal Francés, que fue presentado en febrero de 2003 en su segundo párrafo proporciona una definición “objetiva” del racismo como circunstancia agravante que resulta en un aumento de la pena.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los solicitantes se quejaron de que el Sr. Angelov y el Sr. Petkov fueron privados de su vida al violarse el artículo 2 § 2 de la Convención. Habían muerto -por lo que se alegó- como resultado de la legislación deficiente y práctica que permite el uso de la fuerza letal sin necesidad absoluta y por tanto se violó el artículo 2 § 1 per se. Los solicitantes también se quejaron de que las autoridades no habían realizado una investigación efectiva de las muertes.

2. Los solicitantes alegaron que en la legislación en vigor en el momento pertinente no se requería explícitamente cualquier tipo de necesidad del uso de la fuerza letal por la policía militar, por no hablar de "necesidad absoluta" o cualquier norma similar. Las armas de fuego podrían ser utilizadas para detener incluso a un pequeño delincuente que nunca hubiera cometido un crimen violento y no estuviere armado. Todo ello constituye en sí un incumplimiento de las condiciones formales, "de procedimiento" para el uso de armas de fuego, tales como dar una advertencia. Los demandantes, por tanto, vulneran los requisitos del artículo 2 de la Convención y constituyen en sí una violación de la obligación positiva del Estado de proteger la vida.

3. En cuanto a los hechos concretos en el presente caso, los demandantes sostuvieron que el uso de la fuerza letal contra el Sr. Angelov y el Sr. Petkov no hubiera sido estrictamente necesario. La operación no había sido planificada y preparada con la debida atención a las víctimas el derecho a la vida. Además, la fuerza utilizada por el Mayor G. había sido excesiva: Obviamente, fue innecesario disparar un rifle automático a dos hombres desarmados y no violentos. Había otros medios disponibles para efectuar la detención. Por otra parte, no había pruebas de que el Comandante G. disparó su rifle con la intención de golpear a los dos hombres, uno de los cuales fue herido en el pecho. El hecho de que los dos hombres permitieran al Mayor G. acercarse a ellos demuestra que habían estado dudando sobre si rendirse o no. Además, los dos hombres recibieron disparos, aunque hiriendo a uno habría sido suficiente para disuadir al otro que escapase.

4. En relación a la efectividad de la investigación, los solicitantes sostuvieron que la cuestión de si el uso de la fuerza fue o no "absolutamente necesario", nunca fue examinado, ya que las normas pertinentes no establecían estos requisitos.

Por otro lado, ninguna investigación había sido llevada a cabo en la planificación de la operación o los medios alternativos que podrían haber sido utilizados para detener al Sr. Angelov y al Sr. Petkov.

5. Según la opinión de los demandantes, la investigación fue ineficaz por vulnerar el Reglamento 45. En particular, los cargos contra el Mayor G. habían disminuido a pesar de haber violado los reglamentos militar-policiales, no habiendo pruebas que sugiriesen que los hombres podían haber tratado de entregarse voluntariamente cuando se les disparó, y la evidencia que el Comandante G. había hecho servir un rifle automático, vulnerando su deber de “proteger, en la medida de lo posible, la vida de cualquier persona” contra la cual usó un arma de fuego. No se prestó atención a la contradicción entre las declaraciones del Comandante G. que expresó que había disparado a las víctimas mientras huían y el hecho de que el Sr. Petkov fue herido en el pecho.

6. El artículo 2, que garantiza el derecho a la vida y establece las circunstancias en que la privación de la vida puede ser justificado, se ubica como una de las disposiciones más fundamentales de la Convención, a la que en tiempos de paz no admite acuerdo en virtud del artículo 15. Junto con el artículo 3, también consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa. Las circunstancias en que la privación de la vida puede estar justificada, por tanto, deben interpretarse en forma estricta. El objeto y propósito de la Convención como instrumento para la protección de los seres humanos individuales también requiere que el artículo 2 sea interpretado y aplicado con el fin de salvaguardar su practicidad y efectividad.

7. El artículo 2 no sólo se refiere al asesinato intencional sino también a las situaciones donde es admitido el “uso de la fuerza”, que puede resultar, como un resultado no intencionado, en la privación de la vida. El uso deliberado o pretendido de fuerza letal es sólo un factor, pero hay que tener en cuenta en la evaluación de su necesidad. Cualquier uso de la fuerza debe ser no más que “absolutamente necesario” para la consecución de uno o más de los fines establecidos en los apartados (a) a (c). Este término indica un criterio más estricto y más convincente para determinar si la acción del Estado es “necesaria en una sociedad democrática” en los apartados 2 de los artículos 8 a 11 de la Convención. En consecuencia, la fuerza utilizada debe ser estrictamente proporcional a la consecución de las metas permitidas.

8. En particular, hay que examinar si la operación fue planeada y controlada por las autoridades para minimizar, en la mayor medida de lo posible, recurrir a la fuerza letal. Las autoridades deben tomar el cuidado apropiado para asegurar que cualquier riesgo para la vida se reduce al mínimo. Asimismo, la Corte examinará si las autoridades no fueron negligentes en su elección de la acción.

9. Por otra parte, hay que señalar que la fuerza innecesariamente excesiva se utilizó en el presente caso. En particular: el Mayor G. decidió abrir fuego en un momento en que otro oficial estaba tratando de dirigirse a los fugitivos y otras opciones para efectuar la detención estaban abiertos. También llevaba un arma de fuego, pero optó por utilizar su rifle automático y lo conectó al modo automático.

10. En base a lo anterior, los solicitantes van alegaron que había habido una intención de matar por parte de Mayor G. También afirmaron que el prejuicio contra los “roma” había sido un factor determinante en la muerte de Sr. Angelov y el Sr. Petkov y hecho presentaciones detalladas al respecto, basándose en el artículo 14 de la Convención.

11. No es tarea de la Corte para determinar si Mayor G. tenía la intención de matar, ya que no cumple las funciones de un tribunal penal en cuanto a la asignación de grado de culpa individual. La afirmación de que el uso excesivo de la fuerza reveló un motivo racial por parte de G. Mayor debe evaluarse a la luz de la reclamación del demandante en virtud del artículo 14 de la Convención.

12. En relación a la planificación y control de la operación, la Corte considera que el Estado demandado es responsable de la privación de la vida en violación del artículo 2 de la Convención, por haber utilizado armas de fuego para detener a personas sospechosas de delitos no violentos, que no estaban armadas y no representaban ninguna amenaza para los agentes que los detuvieron. La violación del artículo 2 se agrava aún más por el hecho de que se utilizó la potencia de fuego excesiva. El Estado demandado también es responsable de la falta de planificación y control de la operación de detención contra el Sr. Angelov y el Sr. Petkov de una manera compatible con el artículo 2 de la Convención.

13. Por lo que a la eficacia de la investigación respecta, la Corte considera que ésta así como las conclusiones de los fiscales se caracterizaron por omisiones e inconsistencias inexplicables graves, y que es errónea la aproximación, dando lugar, por tanto, a una violación de la obligación del Estado demandado en virtud del artículo 2 § 1 de la Convención para investigar formas de privación de la vida de manera efectiva.

14. En vista de las conclusiones anteriores, la Corte considera que no se plantea una cuestión separada en virtud a una presunta violación del artículo 13 de la Convención, alegada por los solicitantes.

15. En relación a la presunta violación alegada por parte de los solicitantes del artículo 14 de la Convención, se replicó que los prejuicios y hostiles actitudes hacia las personas de origen romaní habían tenido un papel decisivo en los acontecimientos que condujeron a la muerte del Sr. Angelov y del Sr. Petkov y el hecho de que se no se llevó a cabo ninguna investigación significativa.

16. Los solicitantes sostuvieron que el prejuicio popular contra los romaníes en Bulgaria fue generalizado y con frecuencia se había manifestado en actos de violencia por motivos raciales, al que las autoridades reaccionaron con investigaciones inadecuadas que dieron lugar a la impunidad. Los demandantes indicaron que el fenómeno había sido documentado por organizaciones de vigilancia de los derechos humanos y reconocido por el Gobierno de Bulgaria. Se refirieron al decimocuarto informe periódico de los Estados Partes (Adición-República de Bulgaria), de 26 de junio de 1996, emitido por el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial; los informes de 25 de enero y 24 de diciembre de 1996 (E / CN.4 / 1996/4 y E / CN.4 / 1997/60) por el Sr. Bacre Waly Ndiaye, Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, por encargo de las Naciones Unidas-Comisión de Derechos Humanos; el Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, de 6 de marzo de 1997; y los informes de las organizaciones no gubernamentales.

17. En el análisis de los hechos del presente caso, los solicitantes se refieren a que el origen étnico de las víctimas era conocido por los oficiales que trataron de detenerlos. En su opinión, el comandante G. no hubiera disparado un rifle automático en un área poblada que no estuviera sitiada en la parte romaní de la localidad.

Su actitud hacia la comunidad gitana fue confirmada por las palabras ofensivas que había utilizado al dirigirse a uno de los vecinos, el Sr. MM.

18. El derecho a la vida en virtud del artículo 2 de la Convención y la prohibición de la discriminación en general, y de la discriminación racial y étnica, en particular, en virtud del artículo 14 reflejan los valores básicos de las sociedades democráticas que componen el Consejo de Europa. Actos motivados por el odio étnico que conducen a la privación de la vida socavan los fundamentos de las sociedades y requieren una vigilancia especial y una respuesta eficaz por parte de las autoridades.

19. La Corte considera que en la investigación de los incidentes violentos y, en particular, las muertes a manos de agentes del Estado, las autoridades estatales tienen el derecho adicional a tomar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivación racista y establecer si el odio étnico o de prejuicio puede haber jugado un papel en los acontecimientos. De no hacerlo, y el tratamiento de la violencia racial y brutalidad inducida en pie de igualdad con los casos que no tienen connotaciones racistas sería cerrar los ojos a la naturaleza específica de los actos que son particularmente destructivos de los derechos fundamentales. Hacer una distinción en situaciones que son esencialmente diferentes puede constituir un trato injustificado incompatible con el artículo 14 de la Convención. Para mantener la confianza de la ciudadanía en su maquinaria de aplicación de la ley, los Estados contratantes deben asegurar que en la investigación de los incidentes relacionados con el uso de la fuerza se hace una distinción tanto en sus sistemas jurídicos, así como en la práctica entre los casos de uso excesivo de la fuerza y de la matanza racista.

20. La Corte considera que cualquier evidencia de abuso verbal racista por parte de agentes de la ley durante una operación que implica el uso de la fuerza contra personas de una minoría étnica o de otro tipo es muy relevante para la cuestión de si es o no legal, la violencia inducida por el odio ha tenido lugar. Cuando estas pruebas salieron a la luz en la investigación, debieron ser verificadas y - en caso de confirmarse - desencadenar un examen exhaustivo de todos los hechos con el fin de descubrir los posibles motivos racistas. Esto no se hizo en el presente caso.

21. En base a ello, la Corte considera que las autoridades no cumplieron con su deber, de acuerdo con el artículo 14 de la Convención, junto con el artículo 2, de adoptar todas las medidas posibles para establecer si las actitudes discriminatorias pudieron haber desempeñado un papel en los acontecimientos.

22. En suma, teniendo en cuenta las consecuencias de la posible discriminación por parte del Mayor G., el fracaso de las autoridades a mantener líneas de investigación -en particular, sobre los posibles motivos racistas- que fueron claramente justificados en su investigación, el contexto general y el hecho de que éste no es el primer caso contra Bulgaria en el que los romaníes han sido acusados de ser víctimas de la violencia racial a manos de agentes del estado, y observando que hay una explicación insatisfactoria de los acontecimientos que ha sido proporcionada por el Gobierno demandado, la Corte considera que se ha producido una violación del artículo 14, junto con el artículo 2 de la Convención.

V. CONCLUSIONES

1. El Tribunal por los motivos anteriormente expuestos decide, por unanimidad, desestimar la excepción preliminar del Gobierno;
2. Declarar, que ha habido una violación del artículo 2 de la Convención en relación con la muerte del Sr. Angelov y el Sr. Petkov;
3. Declarar, que ha existido una violación del artículo 2 de la Convención en lo relativo a la obligación del Estado demandado para llevar a cabo una investigación efectiva;
4. Declarar, que no hace falta examinar separadamente la queja al haberse producido una violación de la obligación general del Estado en virtud del artículo 2 de la Convención para proteger el derecho a la vida por la ley;
5. Declarar, que no se plantea una cuestión separada en virtud del artículo 13 de la Convención;
6. Declarar que no han sido violaciones de aspectos procedimentales y de fondo del artículo 14, en conjunto con el artículo 2 de la Convención;

7. Declarar:

a) Que el Estado demandado debe pagar, dentro de los 3 meses siguientes a la fecha en la cual la sentencia sea firme conforme con el artículo 44 § 2 de la Convención, las siguientes cantidades, para ser convertidas en la moneda del Estado demandado en la tasa aplicable en fecha de liquidación:

- De manera conjunta a la Sra. Nachova y la Sra. Hristova, 25.000 (veinticinco mil euros) en concepto de daño material e inmaterial.
- Conjuntamente a la Sra. Rangelova y el Sr. Rangelov, EUR 22.000 (veintidós mil euros) en concepto de daño material e inmaterial.
- En forma conjunta a todos los solicitantes, 3.740 (tres mil setecientos cuarenta euros), en concepto de costas y gastos.
- Cualquier impuesto que pueda ser debido a las cantidades anteriores.

a) Que a partir de la expiración de los anteriormente citados 3 meses hasta el interés simple se abonará por las cantidades anteriores una tasa igual a la tasa marginal de crédito del Banco Central Europeo (BCE) durante el período más 3 puntos porcentuales.

8. Rechazar el resto de las pretensiones de los demandantes de indemnización.

>> **SEGREGACIÓN ESCOLAR** <<

4.2. ASUNTO D.H. Y OTROS c. CHEQUIA

(Demanda núm. 57325/00)

Gran Sala

13 de noviembre de 2007

I. PRELIMINARES

1. El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 57325/00) dirigida contra la República checa, que dieciocho ciudadanos de este Estado, (“los demandantes”, cuyos nombres figuran en el anexo), 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 de su raza o de su origen étnico.

3. El 7 de febrero de 2006, la sala dictó sentencia declarando por seis votos a uno la no violación del artículo 14 del Convenio en relación con el art. 2 del protocolo núm. 1.

4. El 5 de mayo de 2006, los demandantes solicitaron la remisión del asunto ante la Gran Sala en virtud del art. 43 del Convenio. El 3 de julio de 2006, un colegio de la Gran Sala admitió esta demanda.

5. Tanto los demandantes como el Gobierno presentaron escrito de observaciones sobre el fondo del asunto. Asimismo se recibieron observaciones de organizaciones no gubernamentales International Step by Step Association, Roma Education Fund et European Early Childhood Education Research Association, Interights et Human Rights Watch, Minority Rights Group International, European Network Against Racism et European Roma Information Office, así como de la Federación internacional de ligas de derechos humanos. El presidente les autorizó a todas a participar en el procedimiento escrito (arts. 36.2 del Convenio y 44.2 del reglamento). El Gobierno respondió a estos comentarios (art. 44.5 del reglamento).

II. HECHOS

1. Entre 1996 y 1999, los demandantes fueron inscritos, tras cierto lapso de tiempo pasado en escuelas primarias, en escuelas especiales en Ostrava (Rep. Checa).
2. Se desprende del expediente que los padres de los demandantes habían consentido la orientación de los niños hacia una escuela especial, incluso habían solicitado expresamente dicha medida. El consentimiento se expresó mediante la firma de un formulario previamente rellenado.
3. Asimismo, 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. Parece que cuatro de ellos (los números 5, 6, 11 y 16) aprobaron los exámenes de capacidad y asisten desde entonces a escuelas ordinarias.
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 señalaban 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, a quienes se les había notificado debidamente las resoluciones correspondientes, sin interponer 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

I. 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).
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 (arts.1 y 2).

II. 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 (arts. 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 en este sentido el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del protocolo núm. 1.
2. La sala concluyó la ausencia de violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del protocolo núm. 1. En su opinión, el Gobierno pudo no obstante probar que el sistema de las escuelas especiales en la República checa no trata de admitir únicamente a los niños gitanos y que, en el seno de estas escuelas, se han desplegado múltiples esfuerzos para ayudar a ciertas categorías de alumnos a adquirir conocimientos básicos. En efecto, en su opinión, el criterio de selección de los interesados no era por su raza o su 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 no sólo con el propósito del Convenio sino también con la jurisprudencia del Tribunal y con la de otras jurisdicciones europeas y de otros lugares.

4. En primer lugar, los demandantes solicitan a la Gran Sala la corrección del criterio, oscuro y contradictorio, aplicado por la sala para considerar la existencia de una discriminación. Por otra parte, requerir en contra de los demandantes que aportaran 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.

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.

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.

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.

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. El Tribunal por los motivos anteriormente expuestos decide rechazar, por unanimidad, la excepción preliminar del Gobierno;
2. Declarar, por trece votos a cuatro que ha habido violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del protocolo núm. 1;
3. Declarar, par trece votos a cuatro,
 - b) Que el Estado demandado deberá abonar al demandante, dentro del plazo de tres meses, las sumas siguientes, más las cargas fiscales correspondientes:
 - A cada uno de los demandantes 4.000 EUR (cuatro mil euros) en concepto de daño moral, a convertir en coronas checas al cambio aplicable en el momento del pago;
 - Conjuntamente a la totalidad de los demandantes 10.000 EUR (diez mil euros), en concepto de gastos y costas a convertir en coronas checas al cambio aplicable en el momento del pago;
 - b) Que estas sumas se verán incrementadas por un interés simple anual equivalente al tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos a partir de la expiración del antedicho plazo y hasta el pago;
4. Rechaza por unanimidad el resto de la solicitud de indemnización.

>> **SEGREGACIÓN ESCOLAR** <<

4.3. ASUNTO ORSUS Y OTROS c. CROACIA

(Demanda núm. 15766/03)

Sección Primera

17 de julio de 2008

I. PRELIMINARES

1. El origen del caso se remonta a la demanda (nº 15766/03) que quince ciudadanos croatas de origen gitano presentaron contra de la República de Croacia ante la Corte el 8 de mayo de 2003, bajo el amparo del artículo 34 de la Convención Europea sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales.
2. Los solicitantes alegaron, en particular, la duración de los procedimientos ante las autoridades nacionales habían sido excesiva y que se les había negado el derecho a la educación ya habían sufrido discriminación en el goce de este derecho a causa de su raza o etnicidad.
3. La demanda fue asignada a la Sección Primera de la Corte (artículo 52 § 1). El 17 de julio de 2008, una sala de dicha sección, llegó a la conclusión de por unanimidad una violación del artículo 6 § 1 de la Convención a causa de la excesiva duración de los procedimientos, y no ha habido violación del artículo 2 del Protocolo nº 1 se toma solo o junto con el artículo 14 de la Convención. La Cámara también encontró que el primer demandante había retirado su solicitud el 22 de febrero de 2007 y decidió no continuar con el examen de la solicitud en la medida en que se refería al primer solicitante.
4. El 13 de octubre de 2008, los demandantes solicitaron, en virtud del artículo 43 de la Convención y el artículo 73, la remisión del caso a la Gran Sala. El 1 de diciembre de 2008, el grupo de la Gran Sala aceptó esa petición.

II. HECHOS

1. Los demandantes nacieron entre 1988 y 1994 en poblaciones distintas de la Croacia, dónde la escolaridad es obligatoria hasta los 15 años.
2. Cuando los demandantes eran escolares, 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 15 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

I. LEGISLACIÓN INTERNA

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

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.

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.

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. 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.

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.

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. El Tribunal por los motivos anteriormente expuestos decide rechazar, por unanimidad, la excepción preliminar del Gobierno en cuanto a la aplicabilidad del artículo 6 § 1 de la Convención en este caso.
2. Declarar, por unanimidad, que ha habido una violación del artículo 6 § 1 de la Convención.
3. Declarar, por nueve votos contra ocho, que se ha producido una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 2 del Protocolo N° 1.
4. Declarar, por unanimidad de que no es necesario examinar la reclamación en virtud del artículo 2 del Protocolo N° 1, tomada por sí sola.
5. Declarar, por doce votos contra cinco,
 - a) Que el Estado demandado debe abonar a los demandantes, dentro de los tres meses, las siguientes cantidades, para ser convertidos en kunas a la tasa aplicable en la fecha de liquidación:
 - 4.500 euros (cuatro mil quinientos euros) a cada uno de los catorce candidatos, más cualquier cantidad que pueda ser sujeto a impuestos por concepto de daño inmaterial.
 - 10.000 euros (diez mil euros) a los solicitantes conjuntamente, más cualquier impuesto que pueda ser debida a impuestos según los demandantes, por los costos y gastos.
 - b) Que a partir de la expiración de dicho plazo y hasta el pago, estas cantidades deberán abonarse el interés simple a una tasa igual a la tasa marginal de crédito del Banco Central Europeo durante el periodo, más tres puntos porcentuales.
6. Desestimar, por unanimidad, la demanda de indemnización al resto.

>> **MATRIMONIO GITANO Y DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD** <<

4.4. ASUNTO MUÑOZ DÍAZ c. ESPAÑA

(Demanda núm. 49151/07)

Sección Tercera

8 de diciembre de 2009

I. PRELIMINARES

1. En el origen del asunto se encuentra una demanda (nº 49151/07) dirigida contra el Reino de España en la que una ciudadana de dicho Estado, Doña María Luisa Muñoz Díaz (« la demandante »), se dirigió al Tribunal el 29 de octubre de 2007 en virtud del artículo 34 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (« el Convenio »).

2. La demandante, de nacionalidad española y etnia gitana, se quejaba de la denegación de pago de una pensión de viudedad tras el fallecimiento de M.D, también nacional español y de etnia gitana, por el único motivo de que, a la luz de la legislación española, no constituían un matrimonio. Alegaba la violación del artículo 14 del Convenio en relación con los artículos 1 del Protocolo nº 1 y 12 del Convenio.

3. El 13 de mayo de 2008, el Tribunal decidió notificar la demanda al Gobierno. Las partes presentaron sus alegaciones. También se recibieron alegaciones de la Unión Romaní⁶⁶ cuya intervención en el proceso escrito en calidad de *amicus curiae* había sido autorizada por el presidente (artículo 36 § 2 del Convenio y 44 § 2 del reglamento del Tribunal).

⁶⁶ RAMÍREZ HEREDIA, J. de D., «Resumen del Escrito de Alegaciones presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, y sobre el que versó la exposición que hizo el presidente de la Unión Romaní en la vista oral celebrada en el Alto Tribunal de Estrasburgo el día 26 de mayo», *I Tchatchipen: lil ada trin tchona rodipen romaní (Revista trimestral de investigación gitana)*, núm. 67, 2009, pp. 12-20.

II. HECHOS

1. La demandante nació en 1956 y reside en Madrid.
2. La demandante y M. D., ambos de etnia gitana, se casaron en noviembre de 1971 de acuerdo con los ritos propios de su comunidad. El matrimonio fue celebrado conforme a la costumbre y tradición cultural gitana y reconocido por su comunidad. Para la comunidad gitana, el matrimonio celebrado según sus costumbres conlleva los efectos sociales derivados del matrimonio, el reconocimiento público, con deber de convivencia y el resto de deberes y derechos dimanantes de dicha institución.
3. La demandante tuvo seis hijos, cuyos nacimientos fueron inscritos en el libro de familia expedido a la pareja por la administración española (Registro civil) el 11 de agosto de 1983.
4. El 14 de octubre de 1986, al demandante y a su familia se les reconoció la situación de familia numerosa de primera categoría, bajo el nº 28/2220/8, en aplicación de la ley 25/1971 de 19 de junio de 1971 de protección de familias numerosas.
5. El 24 de diciembre de 2000, falleció el esposo de la demandante. De profesión albañil, 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 cargo a su esposa (en tanto que tal) y a sus seis hijos. Era titular de una cartilla de beneficiario de la Seguridad Social, sellada por la agencia nº 7 de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social.
6. La demandante solicitó que se le reconociera una pensión de viudedad. Por una resolución de 27 de marzo de 2001, el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) denegó su solicitud, « en la medida en que [la demandante] no es y no ha sido nunca la esposa de la persona fallecida antes de la fecha de su fallecimiento, como exige el párrafo 2 de la Disposición Adicional Séptima de la ley 30/1981, de 7 de julio de 1981 (en vigor en el momento de los hechos), en relación con el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio de 1994 ».

7. Esta resolución fue confirmada por una resolución de 10 de mayo de 2001 del mismo Instituto.

8. La demandante acudió entonces a la jurisdicción laboral. Por resolución de 30 de mayo de 2002 el juzgado de lo social nº 12 de Madrid le reconoció el derecho a percibir una pensión de viudedad con una base de 903,29 euros mensuales, reconociendo así efectos civiles a su matrimonio gitano.

9. El INSS recurrió. Por sentencia de 7 de noviembre de 2002, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la sentencia impugnada.

10. La demandante presentó entonces un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando el principio de no-discriminación fundado en motivos raciales y en la condición social. Por una sentencia de 16 de abril de 2007, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso.

11. A la sentencia se unió una opinión disidente. Se refería a la sentencia 199/2004, en la que el Tribunal Constitucional había concluido que existía violación del derecho a la igualdad tratándose del viudo de una funcionaria, tras haber comprobado la existencia de una relación conyugal pero no de un matrimonio, en la medida en la que no había inscripción en el registro civil, habiendo rechazado los contrayentes expresamente la inscripción en el citado registro de su relación conyugal que fue celebrada bajo una forma religiosa.

12. Según el magistrado disidente, la situación expuesta en este recurso de amparo demostraba, por primera vez, que la protección de las minorías tenía un alcance constitucional mucho más extenso que la simple respuesta recibida por la demandante. La demandante no debería verse obligada a acudir a las instancias supranacionales con el fin de obtener la protección reclamada. En los casos de protección de las minorías étnicas, la garantía de legalidad exige medidas de discriminación positivas en favor de la minoría desfavorecida, y que se respete, con la adecuada sensibilidad, la importancia que atribuye al valor subjetivo una persona que pertenece a la citada minoría y que exige el respeto a sus tradiciones y a la herencia de su identidad cultural.

III. NORMATIVA APLICABLE

I. ESTATAL

1. Las disposiciones constitucionales aplicables son las siguientes: arts. 14, 16 y 32 CE.
2. Las disposiciones pertinentes del Código Civil, en su versión en vigor en 1971: art. 42 CCe.
3. Las disposiciones aplicables al caso del Reglamento del Registro Civil en su redacción vigente en el momento de los hechos (Decreto 1138/1969, de 22 de mayo de 1969), eran las siguientes: arts. 245 y 246.
4. Las disposiciones pertinentes del Código Civil, en su versión actualmente vigente, son las siguientes: arts. 44 y 49 CCe.
5. Las disposiciones pertinentes de la Ley nº 30/1981, de 7 de julio de 1981, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
6. El art. 2 de la Ley 25/1971 de 19 de junio de 1971 de protección a las familias numerosas estaba así redactado.
7. El artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (en su redacción vigente en el momento de los hechos).
8. El artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio de 1994.
9. La Ley 40/2007 de 4 de diciembre de 2007 de Medidas de Seguridad Social, que modifica la Ley General de Seguridad Social.
10. El Gobierno y las Confesiones Religiosas han suscrito diversos acuerdos de cooperación: Acuerdo con la Santa Sede (Concordato de 1979), acuerdo con la Federación Evangélica por la Ley nº 24/1992 de 10 de noviembre de 1992, acuerdo con la Comisión Islámica por la Ley nº 26/1992 de 10 de noviembre de 1992 y acuerdo con la Federación Israelita por la Ley nº 25/1992 de 10 de noviembre de 1992. Los matrimonios celebrados de acuerdo con el rito de dicha confesiones se reconocen por lo tanto por el Estado

Español como constitutivos de una forma de manifestación del consentimiento para casarse. Producen por lo tanto efectos civiles en virtud de los acuerdos alcanzados con el Estado

11. La jurisprudencia pertinente del Tribunal Constitucional: STC nº 260/1988 de 22 de diciembre de 1988, STC nº 155/1998 de 13 de junio de 1998, STC nº 180/2001 de 17 de septiembre de 2001 y STC nº 199/2004, de 15 de noviembre de 2004.

II. EUROPEA

1. El Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de las minorías nacionales, abierto a la firma el 1º de febrero de 1995, contiene en concreto las disposiciones siguientes: arts. 1, 4 y 5.

2. España firmó el Convenio el día en que fue abierto a la firma y lo ratificó el 1º de septiembre de 1995. Entró en vigor a su respecto el 1º de febrero de 1998.

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.

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. 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.

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.

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 (p.ej., 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.

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. Declara, por unanimidad, admisible la queja extraída del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1;
2. Declara, por mayoría, inadmisibile la queja extraída del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 12;
3. Dice, por seis votos contra uno, que ha habido violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo nº1;
4. Dice, por seis votos contra uno,
 - a) que el Estado demandado debe abonar a la demandante, dentro del plazo de tres meses computado desde el día en que la sentencia adquiriera firmeza conforme al artículo 44 § 2 del Convenio, las cantidades siguientes:
 - 70.000 EUR (setenta mil euros), más toda cantidad que pueda ser debida a título de impuestos, por el conjunto de los perjuicios sufridos;
 - 5.412,56 EUR (cinco mil cuatrocientos doce euros con cincuenta seis céntimos), más toda cantidad que pueda ser debida a título de impuestos, para gastos y costas;
 - b) que a partir de la expiración de dicho plazo y hasta su pago, estas cantidades se incrementarán por un interés simple en un importe igual al de la facilidad de préstamo marginal del Banco central europeo aplicable durante el periodo, incrementado en tres puntos de porcentaje;
5. Rechaza la solicitud de satisfacción equitativa en cuanto al resto.⁶⁷

⁶⁷ Véase: RUIZ SANZ, M., «El caso del matrimonio celebrado por el rito gitano: la discriminación étnica y racial a debate», en Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, diciembre de 2010, pp. 229-252.

>> **ESTERILIZACIÓN SIN CONSENTIMIENTO INFORMADO** <<

4.5. ASUNTO V.C. c. ESLOVAQUIA

(Demanda núm. 18968/07)

Antigua Sección Cuarta

8 de noviembre de 2011

I. PRELIMINARES

1.- El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 18968/07) dirigida contra la República de Eslovaquia, que una ciudadana eslovaca, la señora V.C. («la demandante»), presentó ante el Tribunal, en virtud del art. 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»), el 23 de abril de 2007. El presidente de la Cámara accedió a la solicitud de la demandante de no revelar su nombre (art. 47.3 del Reglamento Tribunal).

2.- La demandante alega la violación de los arts. 3, 8, 12, 13 y 14 del Convenio debido a su esterilización en un hospital público.

3.- Por una decisión de 16 de junio de 2009 el Tribunal declaró la demanda admisible.

4.- La demandante y el Gobierno presentaron alegaciones por escrito sobre el fondo (art. 59.1). Además se recibieron observaciones de una tercera parte, la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), que había sido admitida a intervenir en el procedimiento escrito (art.36.2 del Convenio y art. 44.3 del Reglamento).

5. La vista quedó fijada para el 7 de septiembre de 2010. El 24 de agosto de 2010 fue aplazada, a instancias del Gobierno que indicó que estaban sopesando la posibilidad de un acuerdo amistoso en el caso. Las partes no llegaron a un acuerdo amistoso.

6. La vista pública tuvo lugar en el Edificio de Derechos Humanos de Estrasburgo el 22 de marzo de 2011 (art. 59.3 del Reglamento).

II. HECHOS

1. La demandante, que es de origen étnico romaní, nació en 1980 y vive en Jarovnice. 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 en Prešov, gestionado por el Ministerio de Sanidad.
3. La demandante alega que, después de varias horas de parto y estando con muchos dolores, el personal médico del Hospital de Prešov le preguntó si quería tener más niños. La demandante contestó afirmativamente pero el personal médico le dijo que si tenía más niños, tanto ella como el niño morirían. La demandante comenzó a gritar y, como le convencieron de que el próximo embarazo sería fatal, les dijo a los médicos «hacer lo que tengáis que hacer». Entonces le pidieron que firmara en el registro del nacimiento debajo de la nota que indicaba que había solicitado la esterilización. La demandante no entendió el término «esterilización» y firmó el formulario por temor a que, de otra manera, las consecuencias fueran fatales. Al encontrarse en la última etapa del parto, su conocimiento y sus capacidades cognitivas estaban alterados debido al parto y al dolor.
4. A las 11.30 a.m. la demandante fue anestesiada, después el parto se completó vía cesárea. En vista del estado de los órganos reproductivos de la demandante, los dos médicos implicados pidieron al jefe médico una opinión sobre si deberían practicar una histerectomía o una esterilización. Posteriormente practicaron una ligadura de trompas a la paciente.
5. Las palabras «La paciente es de origen romaní» aparecen en el registro del embarazo y parto de la paciente.
6. Durante su hospitalización en la unidad de ginecología y obstetricia del Hospital Presov, la paciente fue instalada en una habitación en la que exclusivamente había mujeres romaníes. Se le advirtió que no podía utilizar los mismos baños y servicios que utilizaban las mujeres no romaníes.

7. La demandante sufrió posteriormente graves problemas médicos y psicológicos derivados del procedimiento de esterilización.

8. La demandante fue condenada al ostracismo por parte de la comunidad romaní. Su marido, el padre de su hija la dejó en varias ocasiones debido a su infertilidad. En 2009, la demandante y su marido se divorciaron. La demandante mantiene que su infertilidad fue una de las causas de su separación.

III. NORMATIVA APLICABLE

I. INTERNA

1. Código Civil (arts. 11, 13.1 i 13.2), Reglamento de Esterilización de 1972 (arts. 2, 5.1 y punto XIV del Anexo), Ley de Atención Sanitaria de 1994 (arts. 13.1, 13.2 i 15.1), Ley de Atención Sanitaria de 2004 (arts. 4, 6, 40, 50).

II. DOCUMENTOS INTERNACIONALES

1. Documentos del Consejo de Europa: Convenio de Derechos Humanos de Biomedicina (arts. 1, 4, 5 y 8); Informe del Comisionado del Consejo de Europa para los Derechos Humanos e Informes ECRI sobre Eslovaquia.

2. Documentos aprobados en el sistema de Naciones Unidas: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas (arts. 1, 12 y 16); Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa de la OMS y Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (arts. 5 y 6).

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. 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. La demandante alega que ella no dio un consentimiento pleno e informado a su esterilización tal y como requieren las normas internacionales. Su esterilización tampoco se practicó de acuerdo al Reglamento de Esterilización de 1972 en vigor en ese momento. Su firma en el formulario de esterilización se tomó en un momento muy avanzado del parto, a punto del nacimiento. Su esterilización fue forzada por las circunstancias.

3. La esterilización no fue un procedimiento vital en su caso y se practicó sin considerar vías alternativas para protegerla de los riesgos relacionados con otro posible embarazo, como la gran variedad de métodos anticonceptivos disponibles para ella y su marido, que no le habrían dejado permanentemente infértil.

4. El procedimiento había que verlo en el contexto de la práctica generalizada de esterilización de las mujeres romaníes, que tuvo su origen en el régimen comunista y en las actitudes hostiles y duraderas hacia las personas de origen romaní.

5. La naturaleza del procedimiento, como tal, y las circunstancias en que se había practicado equivalía a un trato inhumano y degradante, contrario al artículo 3 del Convenio.

6. El Gobierno negó la existencia de una política o práctica dirigida a la esterilización de las mujeres de origen étnico romaní.

7. 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

8. La forma en que actuó el personal del hospital fue paternalista, ya que, en la práctica, no se ofreció a la demandante ninguna otra opción que la de aceptar el procedimiento que los médicos consideraban apropiado en vista de su situación. Sin embargo, en situaciones similares se requiere el consentimiento informado, promoviendo la autonomía de la elección moral para los pacientes.

9. El principio de autonomía de los pacientes en su relación con la atención sanitaria profesional se exploró en el Informe Exploratorio de la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina. El requisito de respetar, inter alia, los derechos de la mujer de autonomía y elección en el contexto de la atención sanitaria está establecido en el punto 31 e) de la Recomendación General núm. 24 aprobada por la CEDAW en 1999. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, si bien con posterioridad a los hechos del presente caso, confirma las consideraciones anteriores. En particular, el artículo 5 exige respeto a la autonomía de las personas a tomar decisiones asumiendo la responsabilidad de esas decisiones. En el informe de expertos del Ministerio de Sanidad de 28 de mayo de 2003 se reconocieron deficiencias en la legislación nacional y la práctica a este respecto, que declaró que el personal médico y las personas no estaban en condiciones de igualdad y que los derechos de los individuos y las responsabilidades en materia de atención sanitaria han sido limitados. En este contexto, la esterilización de la demandante podría ser considerada también a la luz del requisito del respeto a la dignidad de una persona y la integridad consagrado en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos Humanos y Biomedicina, que fue ratificado por Eslovaquia a partir del 1 diciembre de 1999 y que fue publicado en la Colección de Leyes el 10 de febrero de 2000.

10. El Tribunal observa que el procedimiento de esterilización interfiere con la integridad física de la demandante, como privándole así de su función reproductiva. En el momento de la esterilización la demandante tenía veinte años y por lo tanto se encontraba en una etapa temprana de su vida reproductiva.

11. El procedimiento no suponía una necesidad inminente desde un punto de vista médico. La demandante no dio su consentimiento informado para ello. En cambio, a ella se le pidió que firmara las palabras escritas «la paciente solicita esterilización», mientras ella estaba en una posición de decúbito supino y con el dolor causado por el parto de varias horas. Se le pidió que firmara el documento después de ser informada por el personal médico que ella o su bebé morirían en caso de un embarazo posterior.

12. Por lo tanto, el procedimiento de esterilización, así como la manera en que se pidió a la demandante su aceptación, pudo despertar en ella sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, y causar sufrimiento duradero. En cuanto al último punto mencionado, en particular, a causa de su infertilidad, la demandante tuvo dificultades en su relación con su pareja y, más tarde marido. Indicó la infertilidad como una de las razones de su divorcio en 2009. La demandante, ha sufrido graves efectos posteriores médicos y psicológicos debido al procedimiento de esterilización, que incluye los síntomas de un falso embarazo y requirió tratamiento psiquiátrico. Debido a su incapacidad para tener más hijos la demandante ha sido condenada al ostracismo por la comunidad romaní.

13. A pesar de no haber indicaciones de que el equipo médico actuó 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, como se describe anteriormente, alcanzó el nivel de gravedad necesario para entrar en el ámbito del artículo 3.

14. Por tanto, ha habido una violación del artículo 3 del Convenio a causa de la esterilización de la demandante.

15. La demandante se queja de que su derecho al respeto de su vida privada y familiar fue violado como resultado de su esterilización sin su pleno e informado consentimiento. Se basa en el artículo 8 del Convenio que, en sus partes aplicables, dispone: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]”.

16. 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».

17. El Tribunal señaló a este respecto que la entrada en la «historia clínica» de parte del registro del embarazo de la demandante y del parto indicaba en el apartado «Condiciones sociales y de trabajo, especialmente durante el embarazo», sólo que la paciente «es de origen romaní». Por otra parte, en el procedimiento ante los tribunales civiles eslovacos uno de los médicos del Hospital de Prešov consideró que la situación de la demandante era «la misma que en otros casos similares».

18. El Gobierno explicó que la referencia al origen romaní de la demandante había sido necesaria ya que los pacientes romaníes frecuentemente descuidaban la atención social y sanitaria y por tanto se requería una atención un tanto especial. Incluso aceptando que ésta había sido el motivo de la entrada, la referencia en el registro del origen étnico de la demandante, sin más, indica, en opinión de la Corte, una cierta mentalidad por parte del personal médico en cuanto a la manera de manejar la situación médica de una mujer gitana. Ciertamente, no sugieren que esa atención especial era, de hecho, ejercida para garantizar que se contemplara que el consentimiento pleno e informado de dichos pacientes se obtuviera antes de la esterilización o que el paciente estuviera involucrado en el proceso de toma de decisiones en un grado tal permitiendo que sus intereses estuvieran eficazmente protegidos.

19. Tanto el Reglamento de Esterilización de 1972 como la Ley de Atención Sanitaria de 1994 requerían el consentimiento de los pacientes antes de la intervención médica. Sin embargo, estas disposiciones, en vista también de su interpretación e implementación en el caso de la demandante no proporcionaron las garantías adecuadas. Concretamente, permitieron que sucediera de hecho una intervención de tal envergadura, realizada sin el consentimiento informado, cuando en aquel tiempo Eslovaquia estaba obligada a ello, tal y como se definió en la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina.

20. Al promulgar la Ley de Atención Sanitaria de 2004, que entró en vigor el 1 de enero de 2005 se introdujeron medidas específicas con vistas a solucionar dichos errores y garantizar el cumplimiento de las normas internacionales. En contraste con el Reglamento de Esterilización de 1972 y la Ley de Atención Sanitaria de 1994, la nueva legislación regula en detalle el suministro de información a los pacientes y su consentimiento informado.

En concreto, el artículo 40 establece los requisitos previos para la esterilización de una persona. Estos incluyen una petición por escrito y el consentimiento por escrito, después de una información previa acerca de, entre otras cosas, los métodos alternativos de anticoncepción, la planificación familiar y las consecuencias médicas. La esterilización no puede llevarse a cabo antes de los treinta días después de la firma del consentimiento informado. El Tribunal da la bienvenida a estos avances, pero señala que no puede afectar a la situación de la demandante, ya que son posteriores a los hechos del caso.

21. En consecuencia, la ausencia en el momento pertinente de las garantías que prestan especial atención a la salud reproductiva de la demandante como mujer romaní dio lugar a un incumplimiento por parte del Estado demandado para cumplir con su obligación positiva de asegurarle la protección suficiente que le permitiera gozar efectivamente de su derecho al respeto de su vida privada y familiar.

22. Por ello, ha habido una violación del artículo 8 del Convenio.

V. CONCLUSIONES

1. Por las razones anteriormente expuestas el Tribunal declara unánimemente que ha existido violación sustantiva del art. 3 del Convenio; que no ha existido violación procedimental al art. 3 del Convenio; que ha existido violación del art. 8 del Convenio; que no es necesario examinar de forma separada la demanda en virtud del art. 12 del Convenio; que no ha existido violación del art. 13 del Convenio; por 6 votos a 1 que no se requiere el examen por separado de la demanda en virtud del art. 14 del Convenio.

2. Declara que el Estado demandado deberá abonar a la demandante, dentro del plazo de tres meses, a partir de que la sentencia sea definitiva, de conformidad con el art. 44.2 del Convenio, las sumas siguientes: 31.000 EUR (treinta y un mil euros) más las cargas fiscales correspondientes en concepto de daño moral i 12.000 EUR (doce mil euros) más las cargas fiscales correspondientes, en concepto de gastos y costas. Que estas sumas se verán incrementadas por un interés simple anual equivalente al tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos a partir de la expiración del antedicho plazo y hasta el pago. Rechaza por seis votos a uno el resto de la solicitud de indemnización.

REFLEXIONES FINALES

El derecho alternativo es una práctica que consiste en la aplicación de fuentes no-oficiales a la resolución de conflictos. El presente Trabajo de Final de Grado nos ha permitido ver cuál ha sido la evolución del Poder Judicial respecto a su actividad jurídica y jurisprudencial, constatando cómo la práctica judicial ha ido orientándose paulatinamente hacia una interpretación más democrática del ordenamiento jurídico, haciendo a la vez una crítica al escepticismo actual de nuestro sistema jurídico para reconocer fórmulas de resolución de conflictos de derecho alternativo distintas a las usadas tradicionalmente por los Estados.

Con todo lo expuesto a lo largo del TFG, se ha pretendido realizar una aproximación esquemática al pluralismo jurídico y al derecho alternativo haciendo algunas clasificaciones tipológicas como fundamentos explicativos a fin de despejar algunas confusiones conceptuales. Con todo, sin lugar a duda quedan aún muchos interrogantes en el aire, sobre todo en lo que respecta al ámbito normativo, es decir, acerca de cuáles serían los criterios normativos o valorativos de armonización entre normas extra-estatales y el derecho oficial.

Del mismo modo, la propuesta del pluralismo jurídico afronta varios retos y dilemas a la hora concretar los términos de la relación entre entidades colectivas diversas. Pues no está claro ¿Cuáles serían los criterios que distinguiría y legitimaría a unos sujetos con respecto a otros?, toda vez que existen sujetos colectivos reaccionarios y despóticos que nada tienen que ver con la justicia y el respeto de los derechos humanos; o la presencia de sujetos espontáneos, poco estructurados, sin una base organizativa democrática y representativa ni una identidad colectiva que cohesione al grupo en su conjunto.

Lo mismo ocurre en el terreno de los derechos ¿Cuáles serían los límites materiales al que tendrían que someterse los derechos de las entidades colectivas? ¿Son los derechos humanos? ¿Qué tipo de reivindicaciones colectivas encaja mejor en un marco de pluralismo jurídico en sentido estricto? Puesto que puede haber algunas diferencias entre los derechos propios de los pueblos indígenas, los grupos religiosos, el movimiento sin tierra de Brasil, las rondas campesinas, y todo tipo grupos excluidos de la justicia social.

No todos los “nuevos movimientos sociales” apuestan de la misma manera por el reconocimiento al derecho propio ni todos precisan el mismo tipo de derechos colectivos, y muy pocos cuestionan justificadamente el monismo jurídico.

En definitiva, ante la complejidad de fenómenos normativos, naturaleza de las entidades colectivas, legitimidad y justicia en sus demandas, el pluralismo jurídico en su sentido estricto tiene algunos desafíos que solventar en términos teóricos si pretende afianzarse como un nuevo paradigma; sobre todo, en un momento en que hacen falta nuevas herramientas teóricas y teorías explicativas capaces de dar cuenta las demandas de los nuevos sujetos colectivos comprometidos con la emancipación, la justicia y el respeto a los derechos humanos.

Creo que parte de la solución para el resarcimiento de la Justicia, pasa por la aplicación de un uso alternativo del derecho. En definitiva, la existencia de nuevos sujetos de juridicidad y la lucha por el reconocimiento de derechos se ha vinculado al uso alternativo del Derecho así como a la producción alternativa. Múltiples sujetos y grupos han sido fuente de justicia, ya sea en un sentido conservador, como progresista, especialmente en Latinoamérica, pero también en muchos otros rincones del mundo.

Estas clases marginales se han constituido en colectividades auto-organizadas con el fin de adquirir capacidad normativa para poder intervenir e irrumpir en procesos de decisión para transformar el ordenamiento jurídico y el entorno social.

Lo que se ha dicho anteriormente ha pretendido sentar un modo de percibir la emergencia de ciertos colectivos, no como meros agentes políticos, sino como sujetos con pretensiones de justicia.

En palabras de A. Wolkmer, “En la medida en que los movimientos sociales son encarados, sea como sujetos depositarios de una nueva ciudadanía apta para luchar y hacer valer sus derechos ya conquistados, sea como nueva fuente de legitimación de la producción jurídica, nada más natural que equiparlos a la categoría de nuevos sujetos colectivos de Derecho”.

Por tanto, debemos plantearnos si estamos ante la emergencia de nuevos sujetos colectivos, con propósitos subalternos o cosmopolitas. Ya existen en la actualidad muchos colectivos candidatos a formar parte de esta categoría (mujeres, indígenas, homosexuales, gitanos, campesinos, etc.).

Por ello, creo que otra posible solución está en el uso de medios alternativos de resolución de conflictos como el arbitraje, la mediación, la conciliación, etc., desgraciadamente poco conocidos en nuestro país y consistentes en un conjunto de procedimientos que permiten solventar un litigio sin recurrir a la fuerza o sin que lo resuelva un juez. Es un mecanismo conducente a la solución de conflictos jurídicos por otras vías que no son la justicia institucional, tradicional u ordinaria.

Teniendo en consideración los elementos que concurren, se puede decir que, los mecanismos alternativos de solución de conflictos son aquellas formas de administrar justicia por medio de los cuales, de manera consensual o por requerimiento, los protagonistas de un conflicto ya sea en el interior del sistema judicial o en una etapa previa, concurren legítimamente ante terceros con el fin de encontrar la solución al mismo a través de un acuerdo mutuamente satisfactorio cuya resolución final goza de amparo legal para todos sus efectos, como por ejemplo su ejecución.

Estos mecanismos alternativos para solucionar conflictos deben ser concebidos más que un uso alternativo del derecho, como un auténtico derecho alternativo impulsado a través de los servicios legales alternativos. Su razón de existir es la activa participación de las comunidades en la solución de los conflictos mediante metodologías y estrategias que promuevan su organización, la difusión del derecho, así como su capacidad de contribuir en la elaboración de normas jurídicas.

Así pues, la conclusión más evidente que podemos desprender de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de discriminación racial es que es posible identificar dos etapas, la primera, escasamente garantista y de argumentación jurídica muy pobre, que llegaría hasta las dos sentencias más importantes, *Nachova*, de 2005 y *D.H.* y otros, de 2007; y un segundo momento, a partir de tales sentencias, en el que el Tribunal comienza a tomarse en serio la protección de la igualdad étnica e incorpora las categorías del Derecho Antidiscriminatorio procedentes del derecho anglosajón que a su vez recibe el ordenamiento de la Unión Europea. Como hemos tenido oportunidad de comprobar, este cambio radical no se hace sin vacilaciones y retrocesos; y no siempre se utilizan correctamente los conceptos relativos a la prohibición de discriminación.

Podemos recordar las dos discutibles sentencias de Sala relativas a la segregación escolar de niños gitanos, Orsus y D.H. y otros. O cómo las últimas tres decisiones del Tribunal en materia de violencia racial (incluso con resultado de muerte) no han desembocado en la apreciación de móvil racista, a pesar de los sospechosos indicios en contrario. O, peor aún, cómo en la reciente Sentencia del caso Carabulea ni siquiera se utiliza el estándar de decisión acuñado en el asunto Nachova. En algunos ámbitos, como el de la expulsión de las caravanas, sigue vigente una línea argumental profundamente negativa.

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

Sin duda, el Tribunal ha ido adoptando una línea más garantista como efecto reflejo de lo que él mismo denomina “nuevo consenso europeo” en materia de protección de la igualdad étnica. Hemos podido observar cómo los documentos de otras instituciones del Consejo de Europa, en particular, de la ECRI, han sido determinantes en algunos casos emblemáticos, como el de Orsus contra Croacia, de la Gran Sala, pero también en otros, como V.C. contra Eslovaquia.

Y es que la realidad que, en materia de convivencia étnica, retrata el Tribunal, como una especie de fotografía de lo que sucede en Europa, es enormemente preocupante. La violencia contra las minorías étnicas y, en particular, contra el pueblo gitano, es un fenómeno no coyuntural, sino sistemático; no local, sino global (aunque naturalmente mayor allí donde la población gitana es mayor, esto es, en Europa del Este); no leve, sino extraordinariamente grave; no reciente, sino histórico.

Estamos hablando de personas que son asesinadas o apaleadas brutalmente, tanto por otros particulares como, con frecuencia, por agentes de la autoridad, tan sólo por ser gitanas. Personas que por ese mismo motivo no acceden a la educación normalizada. Etcétera. Se trata de ataques brutales a la dignidad humana y a los derechos más básicos. En este contexto, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se empiece a tomar en serio la prohibición de discriminación racial es una magnífica noticia.

Resulta paradójico que el pueblo gitano siendo la mayor minoría étnica de Europa, con una población estimada de 10 a 12 millones en toda la Europa (6 millones de los cuales viven en la UE y la mayoría son ciudadanos de la Unión), es víctima de perjuicios y exclusión social en la UE, a pesar de que la discriminación está prohibida en los países de la UE. Son europeos sin estado.

La necesidad de abordar una mayor integración económico-social de los gitanos es una responsabilidad común tanto de las instituciones europeas como de todos los países que conforman la Unión Europea. Pero aún queda tanto por hacer... En ese idílico objetivo de la Europa 2020, debe hacerse mucho más para lograr una inclusión real de la población gitana, pues sin ir más lejos hasta ahora Europa está demostrando una incompetencia absoluta para hacer frente a dos grandes desafíos como son la crisis de los refugiados sirios y la lucha contra el terrorismo yihadista.

Podríamos concluir con una cuestión abierta: ¿Son los gitanos los grandes olvidados de la historia? En efecto, la comunidad gitana es un claro ejemplo de necesidad de amparo de la justicia alternativa que aquí se demanda. Resulta fundamental, por tanto, garantizar la protección del pueblo gitano, así como del resto de minorías que vean vulnerados sus derechos, desde un prisma de justicia novedosa y alternativa que sepa dar respuesta a estas situaciones de vulnerabilidad que precisan de un modo alternativo de impartir justicia y aplicar el derecho.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO GERVÁS, J. M^a., «Breve recopilación sobre la historia del Pueblo Gitano: desde su salida del Punjab, hasta la Constitución Española de 1978. Veinte hitos sobre “la otra” historia de España», en *Revista Interuniversitaria de Formación de Profesorado*, Vol. 20, núm. 1, abril-sin mes, 2006, pp. 141-162.

ARNAUD, J-A.; FARIÑAS DULCE, M^a. J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 89 y ss.

BARCELONA, P., y COTTURRI, G., *El Estado y los juristas*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1976, 254 pp.

BARKER, M., *The New Racism. Conservatives and the Ideology of the Tribe*, Junction Books, London, 1981, 183 pp.

BUENO DE CARVALHO, A., *Direito alternativo na jurisprudencia*, Acadêmica, São Paulo, 1993, p. 10 y ss.

CALVO BUEZAS, T., *Los racistas son los otros: gitanos, minorías y derechos humanos en los textos Escolares*, Madrid: Ed. Popular, 1989, p.73 y ss.

CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J. F., BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L, MONTILLA MARTOS, J.A., BALAGUER CALLEJÓN, F., (coordinador), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, Derechos y Libertades Fundamentales. Deberes Constitucionales y Principios Rectores. Instituciones y Órganos Constitucionales, Ed. Tecnos, Séptima Edición, Actualizada a septiembre de 2012, Madrid, pp. 85-90.

CASTELLÀ SURRIBAS, S.J., *La protección internacional de las minorías*, Silva Editorial, junio de 2002, Tarragona, pp. 62-98.

CORREAS VÁZQUEZ, O., *Alternatividad y Derecho: el Derecho Alternativo frente a la Teoría del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1993, pp. 51-64.

CORREAS VÁZQUEZ, O., «Pluralismo jurídico y teoría del derecho», en *Derechos y libertades*, núm. 5, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, 226 pp.

DE LUCAS, J., y OTROS, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, 391 pp.

DE LA TORRE RANGEL, J., *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2006, p. 202.

DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología Jurídica Crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. de Carlos Ramírez, Mauricio García, Elvira del Pozo, y Carlos Morales, revisión de la traducción por Carlos Lema Añón, Trotta, Madrid, 2009, p. 50 y ss.

EBERHARD, C., «Algunas implicaciones de los enfoques alternativos», en *El Otro Derecho*, núm. 30, junio de 2004, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, pp. 14-33.

European Court of Human Rights. Council of Europe. [France]. Consulta el 20 de abril de 2016. Del sitio web: < hudoc.echr.coe.int/>.

FERRAJOLI, L., *Magistratura democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, Roma-Bari, 1973, p. 106 y ss.

GARZÓN LÓPEZ, P., «Pluralismo jurídico y derecho alternativo: dos modelos de análisis», en *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Universitas, núm. 16, 2012, 242 pp.

GARRETA I BOCHACA, J., *La Integración sociocultural de las minorías étnicas: gitanos e inmigrantes*, Anthropos, Rubí, Barcelona, 2003, 380 pp.

GÓMEZ ALFARO, A., *La gran redada de los gitanos: España, prisión general de gitanos en 1749*, Ed. Presencia Gitana, Madrid, 1993, p. 44 y ss.

GRAMSCI, A., *Notas sobre Maquiavelo sobre la política y sobre el Estado moderno*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1997, 475 pp.

GRAÑERAS, M., *Gitanos: de los mercadillos a la escuela y del instituto al futuro*, Ministerio de Educación: Instituto de Formación del Profesorado, Investigación e Innovación Educativa, Madrid, 2010, 107 pp.

IBÁÑEZ, P. A., «La izquierda judicial italiana», *Materiales*, núm. 9, mayo-junio 1978, p. 41 y ss.

KENRICK, D., *De la India al Mediterráneo: la migración de los gitanos / traducido del inglés por Carlos Martín*, [París]: Centro de Investigaciones Gitanas, Madrid: Presencia Gitana, 1995, p. 58 y ss.

LEBLON, B., *Los Gitanos de España: el precio y el valor de la diferencia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1993, 200 pp.

LINDE, E., y GARCÍA, M. Á., «La Rebelión de los juristas», *Revista Triunfo*, núm. 673, de 23 de agosto de 1975, pp. 18-21.

LOSANO, M., «La ley y la azada: Orígenes y desarrollos del derecho alternativo en Europa y en Sudamérica», en *Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2000, pp. 275-324.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Los gitanos y las gitanas de España a mediados del siglo XVIII: el fracaso de un proyecto de “exterminio” 1748-1765*, Almería: Universidad de Almería, 2014, 193 pp.

MORENO CASADO, J., *Los gitanos desde su penetración en España: su condición social y jurídica*, Escuela Social de Granada, Granada, 1949, p. 6 y ss.

PAOLI, A., y DE LA TORRE RANGEL, J.A., *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México: Porrúa, 2002, 229 pp.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, colección Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 26, Dyckinson, Madrid, 2003, p. 50 y ss.

RAMÍREZ HEREDIA, J. de Dios, *Nosotros los gitanos*, Libro amigo: Bruguera, Barcelona, 1974, 219 pp.

RUIZ SANZ, M., «El caso del matrimonio celebrado por el rito gitano: la discriminación étnica y racial a debate», en *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, diciembre de 2010, pp. 229-252.

SAN ROMÁN, T., *Entre la marginación y el racismo: reflexiones sobre la vida de los gitanos / compilación de Teresa San Román*, Madrid: Alianza universidad, 1986, pp. 13-48.

SAN ROMÁN, T., *La diferència inquietant: Velles i noves estratègies culturals dels gitanos*, Ed. Alta Fulla, Barcelona, 1994, pp. 11-41.

SÁNCHEZ ORTEGA, M^a. 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, p. 19 y ss.

SÁNCHEZ RUBIO, D., «Sobre el derecho alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad», en *Derecho alternativo y crítica jurídica*, p. 22 y ss.

SOUZA, M^a. L., *El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales e ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), Bogotá, 2001, 264 pp.

Thomson Reuters Aranzadi. *Aranzadi digital*. [en línea]. Base de datos jurídica. [Madrid]. <<http://www.aranzadidigital.es>> [Consulta: 14 de marzo de 2016].

TIGAR, M. y LEVY, M., *El derecho y el Ascenso del Capitalismo*, México, s. XXI, 1978.

TOURAINÉ. A., *Conocimiento e identidad: voces de grupos culturales en la investigación social / Alain Touraine, Michel Wieviorka, Ramón Flecha; y colaboraciones de: Maria Inês Amaro...* [et al.], Esplugues de Llobregat: El Roure, 2004, 137 pp.

WEYL, M. y R., *Revolución y perspectiva del Derecho*, México, Grijalbo, 1978, 216 pp.

WOLKMER, A.C., «Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas», en *El Otro Derecho*, núm. 7, Bogotá, Temis e ILSA, 1991.

