

Los Derechos Europeos de las minorías*

Bruno de Witte

RESUMEN

Este artículo recoge la actividad europea en materia de protección de los derechos de las minorías. Esta actividad «europea» se organiza en torno a dos grandes ejes, las acciones desarrolladas en el seno de la UE, y las que se articulan en torno al Consejo de Europa, y su mayor logro es la creación de un estándar común europeo en materia de derechos de las minorías. La definición de qué sean o de quiénes integren las minorías, y el diseño de un sistema de derechos específicos de los que sean titulares se descubre en la lectura de las siguientes páginas.

Palabras clave: Minorías, derechos fundamentales, lenguas minoritarias, convenio europeo de derechos humanos, Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, Carta de las lenguas regionales o minoritarias.

Key words: Minority, fundamental Rights, minority languages, the European Convention on Human Rights, European Charter for Regional or Minority Languages, Framework Convention for the Protection of National Minorities.

ABSTRACT

This article deals with European policies the areas of minority rights. This «European» policy is organized around two basic lines of action, the actions developed in the EU, and those articulated through the Council of Europe, pursuant to the creation of a European common standard in the matter of minority rights. The definition of the aforementioned, and the rights attributed to them, are issues that will be developed in the following pages.

* Una primera versión de este artículo se publicó en CARTABIA, M. (a cura), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007. Desde la dirección de la REDE agradecemos a Bruno DE WITTE y a Marta CARTABIA su gentileza al permitirnos publicar una versión actualizada y en castellano de este trabajo. La traducción al español de este texto ha sido realizada por Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, profesora titular interina de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE «DERECHOS EUROPEOS DE LAS MINORÍAS»
 2. PRINCIPIOS COMUNES Y DIVERGENCIAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS EUROPEOS
 3. LOS DERECHOS CULTURALES DE LAS MINORÍAS SEGÚN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
 4. DERECHOS «ESPECIALES» SEGÚN EL CONVENIO-MARCO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS NACIONALES Y LA CARTA DE LAS LENGUAS REGIONALES O MINORITARIAS
 5. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU TUTELA INDIRECTA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS
-

1. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE «DERECHOS EUROPEOS DE LAS MINORÍAS»

En los últimos diez años hemos asistido al surgimiento de un sistema europeo de protección de las minorías. Aunque, desde 1945, ha existido la tendencia de dejar esta materia a las disposiciones constitucionales y políticas internas de cada país sin ninguna interferencia «externa», hoy las cosas han cambiado. En efecto, muchos países europeos ya han aceptado que exista un estándar común europeo que establezca una «base de derechos» compartida y respetada por todos. La mejor evidencia de ello es que 39 países europeos, a través de la ratificación del Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales, han aceptado una serie de obligaciones internacionales concretas contenidas en tal instrumento; entre otras cosas, dichos países han acordado reconocer que «toda persona perteneciente a una minoría nacional tiene derecho a utilizar libremente y sin trabas su lengua minoritaria tanto en privado como en público, oralmente y por escrito»¹.

Dicho esto podría pensarse que, para definir la expresión «derechos europeos de las minorías», no es necesario ir más allá de tal documento, es decir el Convenio-marco sobre las minorías nacionales, adoptado en 1995 y que entraría en vigor en 1998. Si bien el Convenio-marco fue criticado y denostado en el momento de su adopción al ser considerado como poco más que «una operación de cara a la galería», el mismo ha ido ganando en autoridad y eficacia gracias a la dinámica práctica de seguimiento de su comité consultivo y gracias a la voluntad, cuando menos de algunos Estados, de participar plenamente en este seguimiento. De todos modos, si bien el Convenio-marco es un importante punto de partida para examinar la existencia de un sistema de derechos de las minorías en Europa, el mismo no ofrece una imagen exhaustiva de tal sistema por dos razones principales.

Una de las razones es que el Convenio-marco es sólo una parte de un régimen jurídico más amplio; otros instrumentos jurídicos «europeos», surgidos en el contexto del Consejo de Europa y de la Unión Europea, ofrecen una tutela más indirecta, pero al mismo tiempo complementaria, de algunos derechos de las minorías. Por consiguiente en el análisis del régimen europeo de los derechos de las minorías, es preciso ocuparse de estos planos de tutela diversos que serán descritos en los siguientes apartados.

La otra razón es que los tres elementos que componen el título de este escrito, «derechos», «europeos» y «minorías», son más bien problemáticos, fundamentalmente respecto del Convenio-marco.

¹ Art. 10, parágrafo 1, del Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales.

En primer lugar, considerar las disposiciones del Convenio-marco sobre minorías nacionales, como la transposición de los estándares *europeos* de los derechos de las minorías significaría sobreestimar el Convenio mismo, que no es todavía un instrumento verdaderamente paneuropeo. A pesar de que, efectivamente, desde 1998 el número de Estados que ya lo han ratificado asciende a 39, queda pendiente sin embargo el hecho de que, entre los pocos países que no han ratificado todavía este tratado, hay algunos « *conscientious objectors* », esto es, gobiernos que deliberadamente se abstienen de ratificar. Existe, pues, un «núcleo duro» de países (entre los que se incluyen Bélgica, Francia, Grecia y Turquía) que rechazan ratificar el Convenio, bien porque no reconocen la existencia de minorías en su Derecho Constitucional (Francia), bien porque consideran que el reconocimiento de los derechos de las minorías debería estar limitado a las obligaciones específicas previstas en los tratados internacionales que han firmado (como por ejemplo, en el caso de Turquía y Grecia, el tratado de Lausana, tras la Primera Guerra Mundial). Los Gobiernos de tales países sostienen que se puede ser un Estado verdaderamente «europeo» incluso sin ratificar el Convenio-marco. No obstante, tal argumentación ha devenido menos plausible con el número creciente de Estados que ya participan en el régimen del Convenio.

En segundo lugar, el uso del término «minoría» en el título del Convenio-marco, esconde una gran diversidad de perspectivas entre los países europeos en relación con qué sea una minoría, en general y en el contexto particular del Convenio-marco. A este respecto se pueden distinguir, aproximadamente, tres grupos de países:

– un amplio grupo de países, situados por lo demás en la Europa central, donde el concepto de minoría está reservado a las «viejas» minorías que poseen vínculos estables con un particular territorio y, a veces, con otra nación más allá de las fronteras del Estado en el cual viven (de ahí el término minoría *nacional* que ha sido usado en el Convenio-marco, a pesar de que su objeto de aplicación sea, efectivamente, más amplio que el de las minorías nacionales en sentido tradicional);

– un pequeño grupo de países, sobre todo del noroeste de Europa, en los cuales el concepto de minoría es usado, tanto en el lenguaje jurídico como en el general, para referirse tanto a los grupos con una base territorial, como también a las comunidades de inmigrantes (que son a menudo llamadas, por ejemplo en el Reino Unido, « *ethnic minorities* »);

– y, finalmente, un número reducido de países, incluidos Francia y Turquía, en los cuales el término minoría es considerado, de por sí, sospechoso e incompatible con la identidad constitucional del país.

Estas visiones diversas sobre qué sea una minoría, se reflejan en la práctica de los Estados partes del Convenio-marco, tanto en las declaraciones que han hecho en el momento de la ratificación del tratado, como en la poste-

rior ejecución interna del convenio mismo, que se referirá explícita o implícitamente a ciertos grupos y no a otros².

En tercer lugar, utilizar el término *derechos* respecto del Convenio-marco, puede parecer engañoso. Efectivamente, aunque el término «derecho» sea frecuentemente usado en los artículos del Convenio (cfr. por ejemplo el artículo 10, párrafo 1, *supra*), las disposiciones del mismo parecen difícilmente susceptibles de gozar de efecto directo en los ordenamientos jurídicos internos; es decir, no se reconocen derechos que los individuos puedan invocar fácilmente frente a los tribunales nacionales. Además los mecanismos de control internacional previstos por el Convenio no conducen a decisiones judiciales o parajudiciales vinculantes (la Corte Europea de Derechos Humanos no ha sido dotada de la competencia para aplicar este tratado). De todos modos muchas de las disposiciones del Convenio-marco se han formulado de modo suficientemente claro como para poder dar lugar a un recurso ante las autoridades estatales por parte de los individuos integrantes de las minorías, a fin de obtener beneficios concretos. En tal sentido, tales previsiones pueden, verdaderamente, ser consideradas «derechos»³.

2. PRINCIPIOS COMUNES Y DIVERGENCIAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS EUROPEOS

Antes de analizar, en las siguientes secciones, las distintas formas que adoptan los derechos de las minorías a nivel europeo, será útil examinar brevemente el derecho nacional y la práctica de los Estados Europeos; en particular, hasta qué punto el derecho constitucional de los mismos prevé el reconocimiento de los derechos de las minorías. En resumen, aunque se pueda decir que hoy existe una arraigada aproximación constitucional común a la protección de los derechos humanos en general (una tradición común al punto que el desarrollo de un estándar complementario paneuropeo por parte de la Corte europea de Derechos Humanos es una tarea relativamente simple y reconocida por todos), no concurre, por otro lado, una aproximación constitucional igualmente común en lo que hace al supuesto específico de los derechos de las minorías.

La práctica constitucional de los Estados europeos, efectivamente, no sólo difiere en cuanto al principio del reconocimiento de la *existencia de las minorías*, sino también en cuanto al grado de tutela de los derechos individuales

² Para un análisis de la práctica de los órganos del Convenio-marco sobre este punto, A. VERSTICHEL, «Personal Scope of Application: An Open, Inclusive and Dynamic Approach – the FCNM as a Living Instrument», en A. VERSTICHEL, A. ALEN, B. DE WITTE y P. LEMMENS (eds.), *The Framework Convention for the Protection of National Minorities: a Useful Pan-European Instrument?* (2008), pgs. 127-157.

³ Para una primera exploración de la cuestión, véase F. PALERMO, «Domestic Enforcement and Direct Effect of the Framework Convention for the Protection of National Minorities», en A. VERSTICHEL et al., *op. cit.*, pgs. 187-214.

que, en la práctica, se les garantizan⁴. El reconocimiento formal de los *derechos religiosos*, es el que, quizás, presenta menores diferencias. De hecho, en todas las constituciones europeas se reconoce la libertad religiosa (en la que se incluye la libertad para manifestar las propias convicciones religiosas), y está prohibida la discriminación basada en la pertenencia a una determinada religión. Ahora bien, esta característica común a todos los Estados europeos esconde, en realidad, interpretaciones muy diversas acerca de la relación que vincula, a nivel institucional, religión y Estado (con constituciones seculares militantes de una parte, y constituciones que reconocen la existencia de una religión de Estado de otra), y acerca de los límites a la libertad religiosa que se consideran aceptables⁵. Por ejemplo, la cuestión acerca de la libertad de portar el velo u otro tipo de manifestaciones de las propias convicciones religiosas en las escuelas públicas, ha recibido respuestas bastante distintas de un país a otro⁶.

La tutela de los *derechos lingüísticos* de las minorías en los países europeos presenta todavía mayores diferencias⁷. A partir de los años 70, y sobre todo en los años 80, se han dado numerosos cambios tanto a nivel constitucional como legislativo, y se han registrado nuevas orientaciones jurisprudenciales al respecto que tienen una difusión territorial significativa. España, Italia, y el Reino Unido, constituyen importantes ejemplos de ello. Se han establecido además regímenes de plurilingüismo oficial en países como Bélgica, Suiza y Luxemburgo; en tales países los principios fundamentales del derecho a la utilización de la propia lengua fueron codificados ya en la primera parte del siglo XX, mientras que la legislación relativa a este tema, ha sido ulteriormente desarrollada y diversificada en los últimos decenios. En la Europa Central y en la Europa del Este, en cambio, en los últimos diez años los avances han sido divergentes, y muchos países están esperando todavía una estructura jurídica estable que discipline los derechos de las minorías lingüísticas. Un ejemplo característico es Eslovaquia, que ha contemplado una sucesión de leyes de signo opuesto, incluida una rígida Ley *pro* lengua eslovaca, adoptada en 1995 bajo el gobierno Mečiar, y una Ley más equilibrada sobre el uso de las lenguas de las minorías adoptada en 1999. La constitución del nuevo gobierno del cual forma parte también el Partido Nacionalista Eslovaco tras las elecciones políticas de 2006, quizá tenga efectos negativos sobre el oscilante régimen de tutela de los derechos lingüísticos de las minorías en el país. No obstante, en conjunto, y en parte gracias a la influencia ejercida por los estándares europeos que se describirán ense-

⁴ Para un cuadro comparado útil del Derecho Constitucional de las minorías, véase F. PALERMO y J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze* (2008), en particular el capítulo tercero.

⁵ F. PALERMO y J. WOELK, *op. cit.*, capítulo noveno.

⁶ Para un estudio comparado de tal cuestión, véase E. BRIBOSIA y I. RORIVE, «Le voile à l'école: une Europe divisée», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2004) pgs. 951-983.

⁷ Véase S. MANCINI y B. DE WITTE, «Language Rights as Cultural Rights: A European Perspective», en F. Francioni and M. Scheinin (eds.), *Cultural Human Rights* (2008), pgs. 247-284; F. PALERMO y J. WOELK, *op. cit.*, capítulo octavo.

guida, la tendencia del último decenio en Europa Central y en Europa del Este ha sido a favor de un mayor reconocimiento de los derechos lingüísticos de las minorías⁸.

Seguidamente se examinará hasta que punto tales diferencias en las tradiciones constitucionales nacionales se ven reducidas por el surgimiento de un estándar europeo en torno a los derechos (lingüísticos, religiosos u otros) de las minorías. En primer lugar será tomado en consideración el estándar establecido a nivel del Consejo de Europa (secciones 3 y 4) y después el fijado por la Unión Europea (sección 5).

3. LOS DERECHOS CULTURALES DE LAS MINORÍAS SEGÚN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Ciertamente el Consejo de Europa, del cual han devenido miembros todos los Estados europeos excepto Bielorrusia, es la principal organización en la que han sido desarrollados en el curso de los años, y especialmente durante el último decenio, los estándares europeos de tutela de las minorías. Los instrumentos más relevantes en el sistema del Consejo de Europa son, por un lado, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, por otro, las llamadas «convenciones gemelas», dos convenios que entraron en vigor casi simultáneamente en 1998: el Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales (mencionado *supra*), y la Carta sobre las Lenguas Regionales o Minoritarias⁹.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el instrumento que será examinado en esta sección, no contiene ninguna referencia específica a los derechos de las minorías y, ciertamente, no exige a cada uno de los Estados europeos que constituya regímenes formales de tutela de aquéllas. La única referencia textual a las minorías se encuentra en el art. 14 del Convenio, que prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos garantizados por el mismo, sobre la base de la pertenencia a una minoría nacional; De todos modos, este particular motivo de discriminación no ha jugado hasta hoy ningún papel significativo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De todos modos, a pesar de la ausencia de normas específicas, en los últimos años se ha dado una «fructífera» jurisprudencia relativa a la tutela de las

⁸ Cfr. la compilación de casos en F. DAFTARY y F. GRIN (eds.), *Nation-Building, Ethnicity and Language Politics in Transition Countries* (2003).

⁹ A parte de estos instrumentos principales, en el contexto del Consejo de Europa ha sido desarrolladas otras formas y mecanismos de protección de las minorías, que no asumen el modo de reconocimiento de derechos. Para un estudio completo y detallado que incluye (también) estos otros mecanismos, véase P. THORBERRY y M. A. MARTÍN ESTÉBANEZ, *Minority Rights in Europe. A Review of the Work and Standards of the Council of Europe* (2004).

minorías por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰. Así los derechos humanos de carácter general contenidos en el Convenio son tomados en consideración y sometidos a examen por los recurrentes a causa de su implícito potencial de protección de las minorías. El Convenio, en efecto, es una importante fuente de derechos que, si bien no se refieren específicamente a los individuos pertenecientes a las minorías, pueden, sin embargo, adquirir una particular relevancia para tales personas.

Entre los derechos humanos de carácter general invocables por todos pero que tienen, al mismo tiempo, una especial relevancia para los grupos minoritarios está, ante todo, la *libertad religiosa*, garantizada por el art. 9 CEDH. Los componentes principales de tal derecho son la libertad de manifestar libremente el propio credo religioso, y el deber del Estado de abstenerse de discriminar una religión en particular. Dado que la libertad religiosa está incluida en casi todas las Constituciones de los Estados europeos, el valor añadido del art. 9, en tanto estándar europeo común, no reside en su tenor literal, sino en la interpretación que hace de tal libertad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, las señales que se deducen de la jurisprudencia del TEDH sobre tal punto no son del todo claras. En el importante caso *Sahin c. Turquía*, sobre la prohibición para las estudiantes de llevar el velo en la universidad pública en Turquía, el Tribunal Europeo ha dejado al Estado una considerable discrecionalidad en la restricción de la libertad religiosa, con el objeto de salvaguardar (entre otras cosas) el principio de laicidad previsto por la Constitución turca. También en otros casos la Corte ha reconocido un amplio margen de acción a los Estados en cuanto a la tutela de tal libertad y parece, por tanto, que el art. 9 tiene poco valor añadido¹¹.

No obstante lo dicho, es preciso destacar que en el caso *Sahin* había sido limitada la libertad religiosa de una persona perteneciente a la religión *mayoritaria* del país; en los casos que se refieren a la libertad religiosa de las *minorías*, el Tribunal ha asumido, algunas veces, una posición más incisiva. Por ejemplo, Grecia ha sido condenada por violación del Convenio por la

¹⁰ El término entrecorinado se toma del título del ensayo de G. GILBERT sobre esta cuestión: G. GILBERT, «The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly* (2002) pgs. 736-780; para otros análisis detallados de la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre minorías, véase K. HENRARD, *Devising an Adequate System of Minority Protection. Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination* (2000), pgs. 71-131; P. THORNBERRY y M. A. MARTÍN ESTÉBANES, *Minority Rights in Europe*, op. cit., capítulo 1; J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme* (2006). **Nota del traductor:** el término al que hace referencia esta nota, en italiano es «germoglianate».

¹¹ El amplio margen dejado a los Estados parte en el Convenio para regular la libertad religiosa es resaltado a menudo por los estudiosos. Véase C. EVANS, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights* (2001), pg. 204; P. M. TAYLOR, *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice* (2005), pg. 343; S. KNIGHTS, «Religious Symbols in the School: Freedom of Religion, Minorities and Education», *European Human Rights Law Review* (2005), pgs. 499-516.

interferencia de su Gobierno en los asuntos religiosos internos de la Comunidad Musulmana de Tracia¹². Se puede esperar pues que, en los próximos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encuentre de nuevo con la necesidad de afrontar un creciente número de recursos (en particular, pero no sólo, de musulmanes en países no musulmanes), que invoque el art. 9 en defensa de las prácticas religiosas de las minorías¹³.

Cuestiones relativas al uso de la lengua de las minorías, en cambio, apenas han llegado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo no cabe duda de que los derechos de carácter general reconocidos por el texto del Convenio son relevantes al respecto. Por ejemplo, las restricciones al uso de una lengua concreta (por ejemplo el kurdo en Turquía) en la radio o en la prensa escrita *privada* podrían claramente ser consideradas por el Tribunal como restricciones a la *libertad de expresión*, un derecho garantizado por el art. 10 del Convenio; y es difícil imaginar qué importante interés público podría justificar nunca, según el Tribunal Europeo, una restricción de este tipo. Lo mismo puede decirse para las restricciones (también estas comunes en Turquía hasta hace poco tiempo) a la difusión, en radios y televisiones públicas o privadas, de canciones en una lengua particular minoritaria. Puede encontrarse apoyo a esta orientación interpretativa en la sentencia *Ekin* del TEDH, que reconoció que la legislación francesa que permitía el secuestro administrativo de publicaciones extranjeras o de publicaciones en una lengua extranjera (más que publicaciones puramente «francesas»), vulneraba el art. 10¹⁴.

La decisión más importante de la Corte acerca de la «dimensión lingüística» que puede encontrarse de forma implícita en los derechos fundamentales de carácter general, ha tenido lugar en relación con el *derecho a la educación*; en *Chipre c. Turquía*, la Gran Sala estableció que constituye una violación del derecho a la educación, garantizado por el art. 2, del Protocolo núm. 1 del

¹² STEDH, *Serif c. Grecia*, de 14 de diciembre de 1999 (recurso núm. 38178/1997). El Tribunal ha expresado la misma opinión crítica sobre la interferencia estatal en un caso parecido en relación con la minoría musulmana en Bulgaria: STEDH *Supreme Holy Council of the Muslim Community c. Bulgaria*, de 16 de diciembre de 2004 (recurso núm. 39023/1997).

¹³ Tales asuntos futuros sobre la libertad religiosa pondrán en evidencia un conflicto entre derechos fundamentales, por ejemplo, entre la libertad religiosa y la no discriminación basada en el sexo. La «*conflict rule*», en tales casos se prevé en el párrafo 2 del art. 9, que permite restricciones a la libertad religiosas cuando esto sea necesario para la tutela de los «derechos de terceros». Para una reflexión general sobre el conflicto potencial entre libertad religiosa e igualdad de género, basta un análisis de derecho constitucional comparado y de derecho internacional de los derechos humanos, véase F. RADAY, «Culture, religion and gender», *International Journal of Constitutional Law* (2003), pgs. 663-715.

¹⁴ STEDH *Asociación Ekin c. Francia*, de 17 de julio de 2001 (recurso núm. 39288/1998). Para una discusión general sobre la idea de que la libertad de expresión necesariamente cubre la elección de la lengua en la cual se manifiesta, véase F. DE VARENNES, «Language and Freedom of Expression in International Law», *Human Rights Quarterly* (1993) pgs. 163-186.

Convenio, el hecho de que el Gobierno de Chipre Norte hubiera previsto la formación en la escuela elemental en lengua griega para la minoría griega que vive en la parte norte de Chipre, pero no hubiera contemplado, al mismo tiempo, la enseñanza en tal lengua en la escuela media¹⁵. En otras palabras, el derecho a la educación implica, en algunas circunstancias, un derecho a la educación en la lengua materna.

Hasta fechas muy recientes, lo que faltaba en el sistema del Convenio era un derecho general a la *igualdad* que pudiera constituir la base para distintas exigencias en materia de uso de las lenguas; por ejemplo, la exigencia de que un Estado que asegura el derecho oficial al uso de una lengua minoritaria en concreto debería reconocer también el derecho al uso de otra lengua minoritaria que tenga una difusión territorial similar. El Protocolo núm. 12 del Convenio Europeo, que contiene tal prohibición general de discriminación, ha entrado en vigor en un limitado número de Estados en 2005 y hasta ahora el Tribunal de Estrasburgo no ha tenido forma de pronunciarse sobre su significado, pero podrán darse, en los próximos años, interesantes impulsos acerca de la importancia de esta prohibición general de discriminación para los individuos que hablan lenguas minoritarias o para los miembros de las religiones minoritarias¹⁶.

Por lo tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos ofrece una significativa protección para los derechos religiosos y lingüísticos de las minorías. Pero además, la misma resulta ser un importante medio de tutela también de modo más indirecto. Por ejemplo, en numerosas sentencias la Corte Europea ha establecido que la libertad de expresión (art. 10 CEDH) incluye el derecho a invocar una mejor protección de las minorías (a través de publicaciones o por otros medios), y que la libertad de asociación comprende el derecho de crear asociaciones y partidos políticos para la promoción de los intereses de las minorías. En diversos casos conocidos por el Tribunal de Estrasburgo, Turquía ha sido unánimemente condenada precisamente por violación de tal derecho; por ejemplo en *Dicle*¹⁷ y en *Keskin*¹⁸, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la finalidad de proteger la integridad territorial no justificaba el secuestro de publicaciones ni los procedimientos penales contra algunos periodistas que habían criticado con aspereza el modo en el cual era tratada la población curda. En aquellas sentencias los hechos se remontaban a los años 90. Desde enton-

¹⁵ STEDH (Gran Sala), *Chipre c. Turquía*, de 10 de mayo de 2001 (recurso núm. 25781/1994, § 278)

¹⁶ A finales de mayo de 2008, el Protocolo fue ratificado por 17 Estados, entre los cuales hay 6 de miembros de la UE: Chipre, Finlandia, Luxemburgo, Países Bajos, Rumania y recientemente (el 13 de febrero de 2008) también España. Sobre el posible valor añadido del Protocolo núm. 12, véase, en general, R. WINTEMUTE, «Filling the Article 14 Gap: Government Ratification and Judicial Control of Protocol No.12 ECHR», *European Human Rights Law Review* (2004) pgs. 484-499.

¹⁷ STEDH *Dicle c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2004 (recurso núm. 34685/1997).

¹⁸ STEDH *Emire Eren Keskin c. Turquía*, de 22 de noviembre de 2005 (recurso núm. 49654/1999).

ces, a decir verdad, han sido promulgadas en Turquía distintas disposiciones constitucionales y legislativas de reforma; ello no obstante la subsistencia de numerosos procesos judiciales contra periodistas e intelectuales por haber expresado ideas que habrían denigrado la República o la identidad nacional turca, muestra que Turquía no se ha alineado todavía con este estándar europeo claro según el cual la expresión pacífica de opiniones disidentes sobre cuestiones políticas debe ser libremente permitida, sin amenaza alguna de procesos penales. Ni siquiera la reciente, y en exceso tímida, reforma del desprestigiado art. 301 del Código Penal turco, que sirve de base para muchos de estos procedimientos penales, resolverá este problema estructural, siendo el único remedio apropiado para evitar continuas violaciones del art. 10 del Convenio Europeo la derogación de tal artículo¹⁹.

Existen, de todos modos, serios límites institucionales al impacto del sistema del Convenio sobre la protección de los derechos de las minorías en Europa (y, de hecho, a su papel en la tutela de los derechos humanos en su conjunto). *En primer lugar* se sitúa la creciente carga de trabajo de la Corte; lo que significa que se necesitan muchos años para obtener una decisión, y que a menudo los jueces no pueden dedicar suficiente tiempo y atención al análisis de casos complejos y a la comprensión de complicados escenarios legales y políticos²⁰. *En segundo lugar* está el hecho de que la Corte opera necesariamente sobre la base de casos concretos, y depende por tanto de la voluntad de los individuos de dirigirse o no «a Estrasburgo»; así, graves violaciones de derechos humanos que interesan a amplios grupos de población pueden, de hecho, no llegar jamás a la Corte Europea de Derechos Humanos, porque ninguna de las víctimas ha tenido el tiempo, la energía, o los recursos para iniciar un proceso y llevarlo adelante hasta el final. *En tercer lugar*, incluso aunque «test-cases» lleguen hasta la Corte, el resultado puede resultar decepcionante desde el momento en que el sistema del Convenio, centrado en la tutela concedida caso por caso, es poco capaz de afrontar situaciones estructurales de violación de los derechos. Tal límite, presente en el sistema del Convenio ha sido recientemente ilustrado en el caso de la educación de los niños romaníes de la región de Ostrava. A iniciativa de la *European Roma Rights Centre*, una ONG radicada en Budapest, fue presentado un recurso a la Corte de Estrasburgo contra la República Checa por parte de algunos padres que sostenían que la práctica de escolarizar a los niños gitanos en escuelas especiales para minusválidos psíquicos equivalía a

¹⁹ Cfr. Comisión Europea, *Turkey 2005 Progress Report*, COM (2005) 561 del 9 de noviembre de 2005, pg. 26. Para una descripción detallada de la evolución de los derechos de las minorías en el derecho turco, véase D. KURBAN, «Confronting Equality: The Need for Constitutional Protection of National Minorities in Turkey's Path to the EU», 35 *Columbia Human Rights Law Review* (2003) pgs. 101-168, y Minority Rights Group International, *A Quest for Equality: Minorities in Turkey* (2007).

²⁰ Sobre el difícil problema de la reforma del sistema de Estrasburgo, para permitirle afrontar esta creciente avalancha de trabajo, véase, entre otros muchos: L. CAFLISCH, «The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol NÚM. 14 and Beyond», *Human Rights Law Review* (2006) pgs. 403-415; A. MOWBRAY, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights* (2007) pgs. 48-57.

una violación discriminatoria del derecho a la educación. Fueron aportadas ante la Corte pruebas que demostraban la existencia en la región de Ostrava (como en otras regiones de Europa Central) de una tendencia general hacia la segregación educativa de los niños romaníes. Después de una primera decisión de una Sala del Tribunal²¹, que negaba la existencia de una violación del Convenio, la Gran Sala, con su decisión del 13 de noviembre de 2007, ha individualizado una discriminación indirecta en aquella situación. No obstante, sigue siendo muy arduo el camino para remediar tal situación de discriminación estructural; es cierto, no basta una sentencia del Tribunal de Estrasburgo cuando existe una práctica extendida de violación de los derechos humanos²².

4. DERECHOS «ESPECIALES» SEGÚN EL CONVENIO-MARCO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS NACIONALES Y LA CARTA DE LAS LENGUAS REGIONALES O MINORITARIAS

Pasando ahora al análisis de los otros instrumentos del ámbito del Consejo de Europa relativos de modo más directo a la tutela de las minorías, esto es el Convenio-marco y la Carta de las Lenguas Regionales o Minoritarias, es preciso ante todo subrayar dos características comunes a ambas. La primera es que tales convenios no han sido universalmente ratificados como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (efectivamente, a finales de mayo de 2008 sólo 23 Estados habían ratificado la Carta sobre las Lenguas Regionales o Minoritarias, entre los cuales 15 son miembros de la Unión Europea); la segunda característica es que el valor jurídico de las diversas disposiciones de los tratados se ve influenciado por el hecho de que su formulación es más «soft» y de que el sistema de seguimiento que les es propio no conduce a pronunciamientos vinculantes por parte de una corte internacional independiente. En lugar de eso, se prevé que los Estados presenten informes periódicos sobre el estado de aplicación de los Convenios a los comités de expertos creados en el ámbito de cada uno de los dos instrumentos convencionales.

No obstante, a este respecto, se pone de manifiesto la eficacia de la aproximación dinámica adoptada por estos comités de expertos (el del Convenio-marco ha sido llamado «Comité consultivo») en el desarrollo de sus obligaciones de seguimiento; un dinamismo que, quizás, no tiene precedentes en la práctica del monitoreo internacional. En efecto, los comités de expertos

²¹ TEDH *D.H. y otros c. República Checa*, de 7 de febrero de 2006 (recurso núm. 57325/00). Cfr. el comentario de M. GOODWIN, «*D.H. and Others v. Czech Republic: a major setback for the development of non-discrimination norms in Europe*», *German Law Journal* (2006) pgs. 421-431 (on-line).

²² La complejidad de la situación de desigualdad estructural de los gitanos en Europa Central es discutida, por ejemplo, por J. LAJČÁKOVÁ, «*The Uneasy Road towards Remedying the Economic and Cultural Disadvantage of the Roma in Slovakia*», *International Journal on Minority and Group Rights* (2007) pgs. 59-83.

han establecido un interesante diálogo con los gobiernos; aquellos visitan el país, hablan con los representantes de las minorías y de las organizaciones no gubernamentales, no dudan en pronunciarse sobre el respeto de las obligaciones impuestas por los convenios por parte del Estado interesado, ni al emitir informes detallados sobre como mejorar la situación en su territorio. Tales dictámenes pueden desembocar en recomendaciones por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y los ministros, hasta hoy, han seguido ampliamente las opiniones expresadas por los expertos. De este modo se ejerce presión sobre los Estados con la finalidad de que estos adopten mejoras en su práctica de tutela de las minorías, sobre la traza de las sugerencias expresadas por el grupo de expertos. En cierto sentido, tal mecanismo puede resultar más eficaz que el del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este, en efecto, consiente una discusión más amplia, que incluye todas las cuestiones *estructurales* de la protección de las minorías ligadas en cualquier modo con el contenido del Convenio, mientras que la Corte Europea de Derechos Humanos está necesariamente vinculada al análisis de los hechos de un *caso particular* a pesar de que el Tribunal busque a menudo, en sus sentencias, dar indicaciones más generales a los Estados para remediar las violaciones constatadas.

Acerca del contenido material de la *Carta europea sobre lenguas regionales o minoritarias*, cabe decir que la misma es la más limitada de las *Twin Conventions* en la medida en que se centra directa y exclusivamente sobre la regulación del uso de las lenguas. También está claro que la Carta se aplica sólo a las lenguas «autóctonas» excluyendo así, expresamente, de su esfera de aplicación las lenguas de los inmigrantes. La característica principal de la Carta es su aproximación *a la carta*: no sólo los Estados son libres de indicar las lenguas regionales y minoritarias a las cuales los mismos quieren aplicar las disposiciones de la Carta, sino que tienen también un amplio margen para escoger cuáles de estas numerosas y detalladas disposiciones serán aplicadas en el propio ordenamiento nacional. Por tanto la Carta es un instrumento muy flexible que solicita a las Partes comprometerse solamente respecto de aquellas obligaciones que aquellas están, efectivamente, dispuestas a asumir (con la esperanza de que, con el tiempo, un proceso de emulación entre los propios Estados amplíe la esfera de aplicación de los diversos ordenamientos).

Un ejemplo útil de tal aproximación a «*escala mobile*», viene constituido por la posición adoptada por el Reino Unido. Tal Estado ha decidido reconocer siete lenguas en aras a aplicar las disposiciones de la Carta a nivel interno: Irish, Scottish Gaelic, Welsh, Scots, Ulster Scots, Manx Gaelic y Cornish, incluyendo, pues, en el último caso, una lengua prácticamente extinguida. Al mismo tiempo, sin embargo, el Gobierno del Reino Unido se ha molestado en especificar que no ha acordado el mismo estatus a ninguna de estas lenguas o los mismos beneficios a los que hablan tales lenguas, sino que ha modulado los beneficios en relación con el número de hablantes y a su

distribución sobre el territorio²³. Así pues, según el sistema de la Carta los Estados son libres de hacer estas dos diferencias. Pero una vez que han decidido obligarse respecto de la promoción de una lengua dada, en un sector dado (en la educación, en los medios de comunicación, o en la administración pública), entonces el Comité de expertos controlará atentamente la conformidad de los Estados a tales compromisos y, en caso de necesidad les pedirá que respondan de sus actos²⁴.

El *Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales*, en cambio, es fundamentalmente «rights-based», tanto en su estructura como en su formulación. En el mismo se contiene una cláusula relativa a la libertad religiosa más específica que la del art. 9 CEDH, del mismo modo que son formuladas en modo más detallado otros derechos relativos a la lengua. Lo que diferencia al Convenio-marco del CEDH, es que el primero garantiza, en cierta medida, el uso público de las lenguas minoritarias (y no solamente el *uso privado* de las lenguas que el CEDH, como se ha explicado antes, tutela en cuanto parte integrante de la libertad de expresión). De especial importancia son el art. 10(2) que contiene una *obligación* condicionada para los Estados de consentir el uso de las lenguas minoritarias en las relaciones con las autoridades administrativas, y el art. 12(1) que, de modo más directo, reconoce a cada persona perteneciente a una minoría nacional el *derecho* de aprender la propia lengua minoritaria. Como sucede en relación con la Carta sobre las Lenguas, el significado exacto y los efectos de estas disposiciones convencionales no son siempre claros. No obstante tales cláusulas, junto a otras de menor importancia, han sido objeto, en los últimos cinco años, de intensos debates interpretativos entre los gobiernos y el Comité consultivo del Convenio-marco²⁵. Hoy ya está claro, por tanto, que la ratificación del Convenio-marco comporta importantes consecuencias prácticas para un Estado; justamente este hecho puede explicar por qué un pequeño grupo de países quieran, conscientemente, quedar fuera de tal régimen convencional.

Así pues, ambos Convenios forman un importante punto de partida para el desarrollo gradual de «best practices» europeas en lo que hace al *status* jurídico de las lenguas regionales y minoritarias. De hecho, la decisión de ratifi-

²³ Cfr. el segundo informe periódico del Reino Unido sobre la aplicación de la Carta, 1 de julio de 2005, MIN-Lang/PR (2005) 5.

²⁴ Cfr. por ejemplo, el informe del Comité de expertos sobre España, de 21 de septiembre de 2005 ECRML (2005) 4, en el cual se incluyen 170 páginas de análisis detallados y recomendaciones dirigidas al Gobierno español. Para un comentario general sobre la Carta de las Lenguas, véase P. THORNBERRY y M. A. MARTÍN ESTÉBANEZ, *Minority Rights in Europe*, op. cit., capítulo 3.

²⁵ Los análisis jurídicos más detallados del Convenio-marco, que tienen en cuenta la rica práctica de sus organismos de seguimiento están en M. WELLER (ed.), *The Rights of Minorities. A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (2005), y en A. VERSTICHEL, A. ALEN, B. DE WITTE y P. LEMMENS (eds.), *The Framework Convention for the Protection of National Minorities: a Useful Pan-European Instrument?* (2008).

car uno de estos dos instrumentos o ambos, ha empujado a un número de países europeos a adoptar nuevas leyes sobre la tutela de las lenguas minoritarias, lo que ha generado, a finales de los años 90, una pequeña ola de disposiciones dirigidas a una mayor protección de las minorías²⁶.

Además, las dos convenciones han jugado un papel significativo en la fase preparatoria de la reciente ampliación de la Unión Europea. Las mismas han servido como punto de referencia para determinar si los países candidatos ofrecían o no una adecuada tutela de las minorías presentes en su territorio; efectivamente tal parámetro, formulado en 1993 en el curso del Consejo Europeo de Copenhague, constituía uno de los criterios políticos para evaluar la adhesión de nuevos Estados a la UE. Y la Comisión Europea, en los años precedentes a la adhesión de estos países, utilizó incluso los datos recogidos por los organismos creados en el ámbito del Consejo de Europa, con la finalidad de animar a tales Estados a mejorar las formas de tutela de los derechos de las minorías.

5. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU TUTELA INDIRECTA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS

A primera vista, no parece tan obvio que el derecho de la Unión Europea deba ser considerado, junto al sistema convencional creado por el Consejo de Europa, como una fuente de derechos para las minorías en Europa. En efecto, los términos «minorías» y «protección de las minorías» no aparecen en ninguna disposición de los tratados UE y CE, tal y como están formulados actualmente. Los mismos no forman parte de los valores reconocidos por la Unión Europea, y no son citados entre las competencias comunitarias.

No obstante es cierto que el Tratado de Lisboa firmado en diciembre de 2007 (y todavía a la espera –en el momento en el que se escribe– de su entrada en vigor) conllevará algunos cambios al respecto. Durante la Conferencia Intergubernamental desarrollada en 2003-2004, que aprobó el Tratado Constitucional, el gobierno húngaro insistió vehementemente para que fuese incluida, en los artículos introductorios, una referencia a los derechos de las minorías. A pesar de la inicial oposición de algunas delegaciones (parece que en particular de la lituana y de la eslovaca), surgió un acuerdo entre los gobiernos para incluir en el art. 2 del Tratado Constitucional, que cita los valores fundamentales de la Unión, una referencia a los derechos de las personas pertenecientes a una minoría. Tras el abandono del Tratado Constitucional, aquel texto ha sido confirmado, con una formulación idéntica, en el Tratado de Lisboa, y se convertirá en el nuevo art. 2 del Tratado de la Unión Europea²⁷. El enunciado de este artículo, sin embargo, se presta

²⁶ Por ejemplo la Ley italiana sobre las lenguas de las minorías de 1999, la Ley eslovaca de 1999, y la Ley sueca sobre minorías nacionales de 1999, que fue inmediatamente seguida por dos leyes específicas que prevén el uso de las lenguas finlandesa y sami.

²⁷ El art. 2 del Tratado de la Unión Europea (en las versiones aplicables una vez entre en vigor del Tratado de Lisboa) recita como sigue: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de

a una doble lectura: así se puede percibir como un reconocimiento por parte de los Estados Miembros de la obligación de tutelar los derechos humanos (generales) de los miembros de las minorías como los de cualquier otro sujeto (lo cual sería una declaración obvia y redundante), o como el reconocimiento a los miembros de tales minorías de derechos específicos. A pesar de ello, debe ponerse de manifiesto que el significado práctico de esta *minority clause* no es obvio, a falta de una competencia legislativa explícita de las instituciones de la UE para adoptar medidas concretas destinadas a la tutela de los derechos de las minorías. La referencia contenida en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea podría parecer por eso un gesto meramente simbólico que subraya el favor con el cual la UE observa los estándares de protección de las minorías desarrollados en otros lugares –en el derecho constitucional nacional de (algunos) estados miembros y en el Consejo de Europa–.

Sin embargo, cuanto se ha dicho no proporciona una imagen completa del papel de la Unión Europea. En realidad el derecho de la UE se ha convertido en los últimos años en una importante fuente de derechos que tienen una especial relevancia para los miembros de las minorías²⁸. En primer lugar, esto ha sucedido, de modo indirecto y casi «furtivo», en el marco de la *política de adhesión condicionada* que la Unión Europea ha desarrollado frente a los países candidatos de la Europa Central y de la Europa del Este²⁹. Un impulso sucesivo, y potencialmente de mayor importancia, ha sido la adop-

Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres» (Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea* 2008, C 115/13).

²⁸ Para un análisis más extenso de varios aspectos del papel de la Unión Europea en el campo de la protección de las minorías, véase, por ejemplo: G. N. TOGGENBURG, «A Remaining Share or a New Part? The Union's Role vis-à-vis Minorities after the Enlargement Decade» –*EUI Working Papers*– Law n. 2006/15; B. DE WITTE, «The Constitutional Resources for an EU Minority Policy», en G. TOGGENBURG, *Minority Protection and the Enlarged European Union – The Way Forward* (2004), pgs. 109-124.

²⁹ La cuestión de la tutela de las minorías en el marco de los condicionantes políticos para la adhesión a la Unión Europea es notoriamente controvertida, tanto en términos de aplicación desigual entre los Estados candidatos, como en términos de aplicación unilateral a los Estados candidatos allí donde la UE no ha requerido a los Estados ya miembros la adecuación a un estándar particular de tutela de las minorías. Para una discusión sobre este punto, véase, entre otros: G. SASSE, «Minority Rights and EU Enlargement: Normative Overstretch or Effective Conditionality» en G. N. TOGGENBURG (ed.), *Minority Protection and the EU: The Way Forward* (2004), pgs. 59-83; C. HILLION, «Enlargement of the European Union—The Discrepancy between Membership Obligations and Accession Conditions as regards the Protection of Minorities», *Fordham International Law Journal* (2004) pgs. 715-740; A. WIENER y G. SCHWELLNUS, «Contested Norms in the Process of EU Enlargement: Non-Discrimination and Minority Rights», en G. A. BERMAN y K. PISTOR (eds.), *Law and Governance in an Enlarged European Union* (2004), pgs. 451-483; B. DE WITTE, «Politics versus Law in the EU's Approach to Ethnic Minorities», en J. ZIELONKA (ed.), *Europe Unbound. Enlarging and Reshaping the Boundaries of the European Union* (2002) pgs. 137-160.

ción en el año 2000 de dos directivas «internas» por parte de la Unión Europea: una directiva contra las diversas formas de discriminación en materia de ocupación, incluida toda discriminación «fundada en la religión o en las convicciones personales», y otra directiva dirigida a combatir toda discriminación fundada en la raza o el origen étnico en varios aspectos de la vida social. Y precisamente respecto de esta última, parece obvio que la prohibición de toda forma de discriminación fundada en los orígenes étnicos puede referirse también a la discriminación fundada en la pertenencia a una minoría cultural o lingüística. Incluso, aunque los autores de tal directiva tenían en el punto de mira, sobre todo, la protección de inmigrantes como, por ejemplo, los procedentes de África del Norte y sus descendientes, la formulación general de la disposición contenida en la directiva garantiza una tutela más amplia, entre otras, contra la discriminación hacia las minorías romaníes o húngaras que viven en Rumania. Lo que interesa a los fines de la aplicación de la *Race directive* es el hecho de que las personas y los grupos de personas son objeto de trato discriminatorio a causa de su real o percibida identidad étnica pudiendo ser este el caso de algunas minorías culturales³⁰.

En la Comunidad Europea el derecho a la igualdad había estado originariamente concebido como un instrumento jurídico destinado a facilitar la movilidad de personas entre varios Estados europeos y el funcionamiento del mercado interno³¹. Durante mucho tiempo su campo de aplicación ha estado limitado a la discriminación basada en la nacionalidad, y en particular a las materias que se referían claramente a las esferas de competencia de la Comunidad: la tutela contra la discriminación fundada en el sexo en materia de empleo y de bienestar social, y la tutela contra la discriminación basada en la nacionalidad a favor de los ciudadanos de la Unión Europea (y no a favor de los ciudadanos nacionales o de otros países) por cuestiones exclusivamente económicas y sociales, y no políticas. Sin embargo el art. 13 del Tratado CE, incluido apenas en 1999 por el tratado de Amsterdam, ha ofrecido una nueva y más amplia base jurídica para el desarrollo de las acciones comunitarias contra la discriminación fundada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las convicciones personales, las minusvalías, la edad o las tendencias sexuales.

En noviembre de 1999, inmediatamente después de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la Comisión Europea presentó un paquete de

³⁰ Sobre este punto véase, en particular, D. PETROVA, «Racial Discrimination and the Rights of Minority Cultures» en S. FREDMAN (ed.), *Discrimination and Human Rights—The Case of Racism* (Oxford, 2001) pgs. 45-76. Para un análisis de la directiva sobre la raza que pone el énfasis en su dimensión de tutela de las minorías véase G. N. TOGGENBURG, «The Race Directive: A New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe», (2001/2) 1 *European Yearbook of Minority Issues*, pgs. 231-244.

³¹ La evolución en el tiempo del papel del derecho a la igualdad en la Unión Europea es bien descrito por G. MORE, «The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?» en P. CRAIG AND G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law* (1999), pgs. 517-553.

medidas, después rápida (y sorprendentemente) adoptado por el Consejo de la UE en el año 2000, basado precisamente en el art. 13 TCE: las dos directivas mencionadas más arriba, a las que acompañaba un programa de acción comunitario. La primera de las dos directivas (la 2007/78/CE) establece un marco general para la promoción de la paridad de trato en materia de ocupación y de condiciones de trabajo, a través de la prohibición de toda discriminación fundada en la religión o las convicciones personales, las minusvalías, la edad o las tendencias sexuales. La otra directiva, (la 2000/43/CE), fija el principio de paridad de trato entre las personas independientemente de la raza o el origen étnico, a través de la prohibición de discriminación en materia laboral, de condiciones sociales y en la provisión de bienes y servicios. El tercer elemento que compone el paquete de medidas viene dado por un Programa de Acción Comunitario que prevé la financiación tanto de programas específicos destinados a combatir la discriminación, como de organizaciones, dispersas por toda Europa, que operen en tal campo. Además de tales instrumentos, existen ulteriores elementos de «*soft law*» que contribuyen a integrar la que se ha convertido, rápidamente, en una política europea de no discriminación de «amplio espectro»³².

No obstante, si bien existe una coherencia interna en el contenido de estas directivas, las mismas no cubren de modo homogéneo todo el campo de la política anti-discriminación. Más bien la aproximación seguida hasta hoy ha sido fragmentaria y ha dado lugar a una suerte de «jerarquía» en el nivel de protección³³. Efectivamente, algunos de los motivos de discriminación mencionados en el art. 13 del Tratado CE (como raza y género) gozan de una mayor cobertura con respecto de otros (como minusvalía y religión); además el legislador comunitario ha centrado su propia atención en unos sectores de la vida social más que en otros (sobre todo en materia de empleo). Tal aproximación fragmentaria se refleja en un compromiso de fondo entre los Estados miembros basado en los diferentes niveles de progreso y consideración que, en este momento, existen entre los distintos ordenamientos nacionales hacia ciertas formas de discriminación.

Ello no obstante, se puede afirmar que estas leyes europeas anti-discriminación han modificado, de hecho, el panorama jurídico europeo. Una *primera razón* es que las mismas han llenado el vacío conceptual del principio de igualdad –principio de amplia difusión en el derecho constitucional de muchos países europeos–, través de la afirmación de algunos significados o interpretaciones del concepto mismo de igualdad, excluyendo, por tanto

³² Para una aproximación completa a esta perspectiva global de la UE en materia de no discriminación (que incluye también instrumentos *soft* como el *gender mainstreaming* y el uso del método abierto de coordinación), cfr. V. GUIRAUDON, «Anti-Discrimination Policy», en P. GRAZIANO y M. VINK (eds.), *Europeanization: New Research Agendas* (2007), y J. SHAW, «Mainstreaming Equality and Diversity in European Union Law and Policy», *Current Legal Problems* (2005) pgs. 255-312.

³³ Se puede leer sobre este tema: E. HOWARD, «The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2006) pgs. 445-470.

interpretaciones contradictorias. Esto ha sucedido, por ejemplo, a través de la indicación de posibles nuevas bases de discriminación, que antes no habían suscitado motivos de preocupación. Así la mención expresa de la religión como posible causa de discriminación en materia de trabajo, podría hacer que los gobiernos y los jueces nacionales se den cuenta de que incluso muchas leyes aparentemente neutrales pueden dar lugar a una discriminación indirecta basada en la religión. En tal sentido, por lo tanto, una mayor especificación del contenido de la prohibición de discriminación por motivos religiosos puede actuar como un instrumento para la tutela de los miembros de las minorías religiosas.

El otro modo a través del cual ha sido clarificado el significado de la no-discriminación pasa por la insistencia sobre el hecho de que está prohibida toda forma de discriminación tanto directa como *indirecta*. El concepto de discriminación indirecta tuvo su origen en las leyes anti-discriminación de los Estados Unidos y fue introducido en el sistema jurídico de algunos países europeos (en particular en el Reino Unido) precisamente bajo la influencia estadounidense, mientras que la mayor parte de los sistemas jurídicos europeos han debido enfrentarse con el concepto de discriminación indirecta sólo en cuanto miembros de la Unión Europea. La prohibición de discriminación indirecta apareció por primera vez en la jurisprudencia de la Corte de Justicia respecto de la discriminación basada en la nacionalidad contra ciudadanos UE (a partir del caso *Sotgiu* de 1974), y de la discriminación por razón de género (a partir del caso *Jenkins* de 1981), y ha sido sucesivamente incorporada y definida en las dos directivas del 2000 mencionadas más arriba³⁴. En muchos Estados europeos, el legislador y los Tribunales han debido afrontar en los últimos años la cuestión del significado de la discriminación indirecta y sus consecuencias prácticas menos evidentes. Uno de los puntos más controvertidos se refiere a la medida en la cual la prueba de la discriminación indirecta exige el uso de un *disparate impact test*, y por tanto la disponibilidad de datos estadísticos sobre la representación de los grupos de personas en la fuerza de trabajo en la población local en general. Tal «recuento étnico», efectivamente, resulta común y aceptable en las tradiciones jurídicas de algunos países (como el reino Unido), pero es muy discutido en otros (como por ejemplo Francia)³⁵.

Una segunda razón relativa al carácter innovador de las normas anti-discriminación europeas viene dada por la atención que las mismas prestan a la ordenación de procedimientos especiales y mecanismos de revisión que permitan una efectiva aplicación de tales normas sustantivas. Este avance en la legislación anti-discriminación europea comenzó tímidamente con la directiva sobre igualdad de género de 1976, y fue ampliado más tarde por la

³⁴ Una visión completa de este desarrollo omnicomprensivo es ofrecida por C. TOBLER, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law* (2005).

³⁵ J. RINGELHEIM, «Processing Data on Racial or Ethnic Origin for Antidiscrimination Policies: How to Reconcile the Promotion of Equality with the Right to Privacy?», *Jean Monnet Working Paper* 08/06.

interpretación que el Tribunal de Justicia Europeo hizo respecto de dicha directiva; en este sentido, por tanto, las dos directivas del año 2000 constituyen un ulterior desarrollo de la política anti-discriminatoria europea. Así, por ejemplo la directiva de la «raza» establece (en el art. 13) que los Estados miembros deben crear organismos públicos para la promoción de la paridad de trato o, si ya tienen organismos generales en este campo, darles competencias de aplicación de la directiva. El art. 7 establece que los Estados miembros deben reconocer a las organizaciones privadas (tipo ONG) el derecho de iniciar, por cuenta o en apoyo de la persona cuyos derechos se consideran lesionados, un procedimiento destinado a garantizar el respeto de las obligaciones derivadas de la directiva. Estas disposiciones han impulsado a muchos países a adoptar soluciones innovadoras y sin precedentes en su ordenamiento jurídico. En Italia, por ejemplo, un Decreto de diciembre de 2005 aprobó un registro de 320 asociaciones legitimadas para exigir, en un proceso judicial, el acatamiento de la directiva 2000/43. Así, ambas directivas admiten el surgimiento de «*litigation strategies*» por parte de las ONG, como ya había sucedido antes (al menos en algunos países) con la directiva sobre la igualdad de género de 1976. Y éstas animan un ulterior desarrollo hacia el llamado «*adversarial legalism*»³⁶, que era bastante extraño a la tradicional cultura jurídica europea. A partir de ahora es posible ver como tales innovaciones han acarreado un aumento en el número de recursos presentados.

Una tercera razón para considerar las directivas europeas anti-discriminación como nuevos elementos de un sistema europeo de protección de las minorías, se conecta con el hecho de que las mismas (cotejadas con las disposiciones de la mayor parte de los sistemas constitucionales de los Estados miembros) han ampliado horizontalmente los destinatarios de las obligaciones de la paridad de trato: del Estado y la administración pública a los particulares. Esto ha causado problemas particulares en Alemania donde, tradicionalmente, los derechos constitucionales (y en particular el derecho a la igualdad) no poseen *Drittwirkung*, es decir no tienen carácter vinculante directo para los particulares que operan fuera del aparato estatal³⁷. Si bien la directiva sobre igualdad de género de 1976 ya había dispuesto su aplicación horizontal a las relaciones privadas de trabajo, la aplicación horizontal más amplia (tanto en términos de bases como de situaciones de la vida social) prevista por las directivas del 2000, ha encontrado una fuerte oposición en los ambientes jurídicos y políticos alemanes. Efectivamente, en tal contexto se sostiene que la extensión del principio de igualdad puede violar, de hecho, otros derechos constitucionales que tutelan la autonomía individual, incluso cuando tal autonomía sea usada con finalidad discriminatoria. Y es

³⁶ D. KELEMEN, «Suing for Europe – Adversarial Legalism and European Governance», *Comparative Political Studies* (2006), pgs. 101-127, el cual utiliza la anti-discriminación como uno de su *case studies* (Págs. 118 y ss.).

³⁷ No se trata, obviamente, de una doctrina sólo alemana. Por ejemplo sobre su recepción en España véase J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares* (1986).

sobre todo a causa de tal debate por lo que Alemania a retrasado mucho la transposición de las dos directivas del año 2000, hecho este que a puesto al país, durante algunos años, en violación manifiesta de sus obligaciones de Derecho Comunitario. Sea como sea, a parte del caso evidente de Alemania, la tutela contra la discriminación en las relaciones entre privados (por ejemplo la discriminación basada en la etnia en la venta o alquiler de inmuebles privados) constituye, en general, una importante novedad en el desarrollo de los sistemas jurídicos europeos.

El cuarto elemento que convierte las leyes europeas anti-discriminación en leyes significativas viene dado por el hecho de que las mismas son...europeas. Tales leyes, efectivamente, se benefician del especial valor jurídico del derecho de la Unión Europea y pueden, por tanto, actuar como estándar para el control de la legislación nacional, cosa que las disposiciones constitucionales sobre el derecho a la igualdad o los tratados internacionales sobre derechos humanos no pueden hacer siempre, o al menos de manera tan eficaz. Las leyes comunitarias se benefician también de un mecanismo supranacional de control separado, que consiente a la Comisión proponer un recurso al Tribunal de Justicia contra los Estados miembros que hayan violado tales leyes, incluida la posibilidad de solicitar sanciones financieras contra los Estados que persisten en la violación de las obligaciones que les son impuestas.

Por lo tanto se puede concluir que la reciente legislación de la UE en materia de no discriminación está destinada a tener un impacto notable sobre los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros, e incluso, en lo que a éstos efecto, sobre la tutela de los grupos minoritarios cuando son víctima de discriminaciones. Será preciso analizar, obviamente, la posición que el sector judicial y el forense asumirá frente a la nueva normativa y el activismo de las organizaciones autorizadas a impulsar o proponer recursos anti-discriminación. Quizás transcurridos diez años será posible valorar si las directivas comunitarias han tenido realmente un papel clave en la tutela de las víctimas de discriminación.³⁸

Pero el principal límite estructural a la eficacia de las leyes anti-discriminación europeas en nuestra materia es otro, y nos referimos al hecho de que el actual estándar europeo anti-discriminación no exige a los Estados poner en marca *medidas positivas* a favor de los grupos estructuralmente desaventajados. Tal cuestión queda en la esfera de competencia de cada Estado individual, que es libre de valorar la admisibilidad de tales medidas a la luz de sus objetivos y de los grupos a los cuales las mismas se dirijan Así, por ejemplo, la Corte Constitucional eslovaca ha declarado recientemente que una acción positiva a favor de grupos étnicos y raciales viola el principio constitu-

³⁸ Los efectos de la legislación anti-discriminación en la UE son analizados y documentados en la revista online *European Anti-Discrimination Law Review* de la cual existe incluso una traducción española realizada por el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia: *Revista de Derecho Europeo Antidiscriminación*, disponible en el sitio www.oberaxe.es.

cional de igualdad³⁹. Las acciones positivas no son ni requeridas ni aparentemente prohibidas por el derecho europeo. A pesar de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas haya examinado repetidamente las medidas de acción positiva a favor de las mujeres, en cuanto a su compatibilidad con las directivas sobre igualdad de género, la Directiva sobre discriminación basada en la raza parece animar a los Estados miembros a adoptar tales medidas a favor de los grupos de minorías raciales y étnicas (muchos de los cuales, de hecho, corresponden a los grupos tutelados por el Convenio marco sobre las minorías nacionales).

De hecho, existe una especie de acción positiva a favor de las minorías desarrollada por la Comisión Europea, no a través de normas vinculantes para los Estados, sino a través de programas de financiación a favor de proyectos de apoyo a las minorías. La minoría que se encuentra ya hoy, en el punto de mira de la atención de la Unión Europea es la Romaní, objeto de distintos programas de financiación europeos y de muchas resoluciones adoptadas por las distintas instituciones de la Unión Europea. La Comisión ha preparado un informe detallado sobre la situación de los romaníes en los Estados miembros que contiene distintas recomendaciones al respecto⁴⁰. El Parlamento Europeo, por su lado, ha adoptado dos Resoluciones sobre los gitanos que sacan a la luz la necesidad de una acción urgente contra la discriminación racial hacia este grupo de población⁴¹. Es todavía demasiado pronto para decir si tales esfuerzos por parte de las instituciones europeas serán capaces de marcar a diferencia, dado el carácter enraizado del problema social y cultural afrontado por la población Romaní⁴². De hecho, para alcanzar un progreso real es necesario, probablemente, adoptar una aproximación más amplia, que tienda hacia la inclusión social de los romaníes más que, exclusivamente, a su no discriminación⁴³.

³⁹ Sentencia del 18 de octubre de 2005.

⁴⁰ Cfr. Comisión Europea, *The Situation of Roma in an Enlarged European Union* (2004).

⁴¹ Cfr. *Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los romaníes en la Unión Europea*, 28 de abril de 2005 (P6 TA-PROV(2005)0151; *Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de las mujeres gitanas en la Unión Europea*, 1 de junio de 2006 (P6—TA-2006-0244).

⁴² Cfr. Consejo de Europa, *Informe final relativo a la situación de los derechos de los Romaníes, de los Sinti y de los nómadas en Europa* (2006) CommDH (2006)1. Para una presentación de los avances recientes sobre tal política, seguidas por las reflexiones sobre futuras iniciativas relativas a los gitanos, v. O. DE SCHUTTER y A. VERSTICHEL, « The Role of the Union in Integrating the Roma: Present and Possible Future », *European Diversity and Autonomy Papers 2* (2005), online.

⁴³ Al respecto, véase la sección. 3.6 de la Comunicación a la Comisión, *Una estrategia marco para la no discriminación y la igualdad de oportunidades para todos*, COM (2005) 224 final. Véase también Comisión Europea, *Informe sobre la inclusión social en los 10 nuevos Estados Miembros, 2005*, pgs. 78 y ss.